Tout Grotius ou presque : collection inédite de textes de Grotius proposés en traduction française

Dominique Gaurier
(Université de Nantes)

Après avoir consulté la professeure Emmanuelle Tourme-Jouannet, créatrice de ce site normalement réservé aux questions liées au droit international public, pour savoir si nous pouvions également y mettre nos traductions de textes de Grotius consacrés à des questions tenant plus au droit privé, comme le droit civil romano-hollandais ou le droit maritime des prises, nous avons donc pensé judicieux, avec son autorisation, de regrouper l'ensemble de nos traductions déjà proposées sur ce même site quitte à en supprimer certaines pour en rajouter d'autres, desquelles avaient été d'ailleurs extraites certaines qui avaient déjà été proposées ici. Ainsi, le lecteur éventuel aura l'ensemble d'un ouvrage et non plus seulement un extrait.

Cet ensemble sera regroupé autour de trois grands groupes organisés de façon chronologique. On trouvera donc dans le premier groupe, le premier texte que Grotius avait consacré au droit des prises ou de butin, le *De jure prædæ*, a été rédigé entre 1604 et 1609, qui est la date de publication du seul chapitre XII, réarrangé par Grotius en treize petits chapitres et publié en 1609 sous le titre *Mare liberum* ou « La mer libre ». La totalité de cet ouvrage prendra donc la place du seul chapitre XII que nous avions alors proposé sur le site.

Viendra à la suite la traduction de l'*Inleydinghe tot de Hollandsche rechts-geleerheyt* ou « Introduction à la jurisprudence hollandaise », que Grotius avait rédigée à destination de ses fils alors qu'il avait été emprisonné à vie au château de Loewenstein pour s'être opposé à Maurice de Nassau en lien avec Olden-Barneveldt accusé de trahison par le *stadhouder* des Pays-Bas septentrionaux adepte d'un calvinisme rigoriste face à l'arminianisme soutenu par Grotius, qui présentait une forme plus libérale du calvinisme notamment quant à l'idée de double prédestination consacrée en 1616 lors du Synode de Dordrecht. Grotius composa ainsi pendant sa captivité entre le 6 juin 1619 et le 22 mars 1621 ce magnifique ouvrage qui tranche avec tous les autres qu'il a pu écrire par sa clarté et sa méthode. Nous avons joint à cette traduction du texte de Grotius la traduction des trois commentaires dont l'ouvrage avait fait l'objet, bien évidemment celui de Simon Groenewegen van der Made qui suivit de peu l'édition faite en 1631, celui de Willem Schorer de 1763 et celui de Dionysus van der Kessel de 1800. Cet ouvrage est le fondement de ce qui l'on appellera par la suite *het Romaans-Hollandsch recht* ou le droit romano-hollandais. À notre avis, nous tenons là de façon certaine l'un des meilleurs ouvrages de Grotius, si ce n'est même le meilleur. C'est de ce château qu'il réussit cependant à s'enfuir, caché dans une caisse de livres, pour se réfugier en France et y publier alors ses *De jure belli ac pacis Libri tres* en 1625.

L'édition de la totalité de l'ouvrage de Grotius conduira ainsi à faire disparaître du site les chapitres repris de l'ouvrage portant sur le droit maritime et les assurances maritimes.

Le troisième groupe de textes rassemblera l'ensemble des petits écrits qui ont déjà été mis sur le site ; nous y trouverons donc sa *Défense du chapitre V du Mare liberum combattu par William Welwod*, texte qui remonte à l'année 1619 et qui est resté malheureusement non terminé. Enfin, y seront également joints les deux petites dissertations publiées en 1642 et 1643 à Paris concernant l'origine des Indiens d'Amérique, qui laissent voir les limites de l'auteur sur des questions que ni lui ni les autres auteurs qui avaient abordé cette même question ne maîtrisaient vraiment à son époque.

Le seul absent de ce projet sera bien sur le *De jure belli ac pacis*, qui aurait pourtant mérité une retraduction, mais dont nous avouons humblement que nous n'avons pas eu le courage

d'entreprendre, nous étant jusqu'ici satisfait des deux traductions disponibles, celle d'Antoine de Courtin faite à la fin du XVII[e] siècle et celle de Paul Pradier-Fodéré faite au XIX[e] siècle et rééditée en 1999.

Cet ensemble a pour but de montrer à la fois les très grandes qualités, mais aussi certaines des faiblesses de Grotius, qui doivent permettre de mesurer les éloges dont cet auteur a trop souvent été indûment assommé, sans donc cependant en cacher non plus les qualités certaines mais inégalement réparties dans l'ensemble de ses ouvrages.

Nous nous sommes résolus à proposer cet ensemble sur ce site, dont nous savons tout l'accueil très favorable qu'il a toujours fait à nos travaux, face au silence assourdissant des éditeurs français ou néerlandais sollicités pour la publication de certains d' entre eux, qui n'ont jamais eu même la délicatesse de répondre à nos demandes. Tant pis pour nous, mais nous avons alors pensé dommage de laisser sur notre ordinateur et condamné à la poubelle de l'histoire tout cet ensemble.

Pour beaucoup d'entre eux, ces textes sont proposés en langue française pour la toute première fois, d'autant qu'ils risquent très fortement de ne jamais faire l'objet d'une autre traduction, et peuvent ainsi nourrir une meilleure connaissance d'un Grotius trop souvent uniquement limité à son *Mare liberum* et à ses *De jure belli ac pacis Libri tres*. Cet ensemble, afin de répondre aux exigences du site, sera en accès libre et donc facile d'accès pour tous, tant étudiants qu'enseignants. Espérons qu'il saura exciter leur curiosité, ainsi que celle tant des historiens du droit privé ou du droit maritime que des autres chercheurs, *utinam* !

Préface

Voici une primeur : la première traduction française d'une œuvre d'un auteur célèbre : Hugo Grotius (1583–1645). Il s'agit de « L'Introduction au droit hollandais », un ouvrage important, écrit en 1619 en prison et imprimé pour la première fois en 1631, mais malheureusement écrit dans un langue peu accessible : le néerlandais. Cet ouvrage de Grotius est resté important pour les essais visibles dans l'humanisme juridique de systématiser le droit privé entier dans la forme des Institutes de Justinien, une entreprise dans laquelle le grand humaniste français Hugues Doneau (Donellus 1527–1591), une génération auparavant, a précédé Grotius pour le droit romain issu de la réception.[1] A son tour, Grotius voulait donner une synthèse du droit privé qui était en vigueur dans la province d'Hollande après au moins deux siècles de réception progressive, mais partielle du droit romain.

On pourrait entrevoir encore dans la codification néerlandaise du droit privé (1838) la systématique et même le vocabulaire de Grotius qu'il a conçu dans l'*Introduction*. Etant donné la méconnaissance relative du néerlandais[2] il n'est pas étonnant que l'influence de cet ouvrage est restée assez restreinte. Par contre, pour toutes les anciennes colonies néerlandaises où l'ancien droit néerlandais était en vigueur, par exemple, l'Afrique du Sud, les Indes Néerlandaises, la Namibie, Ceylan, la Guyane néerlandaise, le texte de Grotius est un texte-clef pour comprendre le droit privé en vigueur au passé ou – dans quelques pays – même à présent. Par exemple : il peut arriver maintenant encore qu'un juge de l'Afrique du Sud consulte le texte de l'*Introduction* de Grotius. Il n'est pas par hasard que les premières traductions anglaises ont été publiées dans l'Afrique du Sud après 1816, quand la colonie du Cap fut cédée au Grand Bretagne.[3] Un grand progrès pour la bonne compréhension du texte est fait par la traduction anglaise et le commentaire de R.W. Lee, parus en 1926/1936. Jusqu'à maintenant, une traduction dans une autre langue moderne courante était absente.

C'est grâce aux grands efforts de M. Dominique Gaurier que les juristes francophones peuvent dorénavant apprécier la finesse juridique d'un héros de nos juristes du XVII siècle: Hugo Grotius.

Une particularité de l'ouvrage forment les tables systématiques ajoutées au cours du XVIIe siècle par Grotius. Elles sont incorporées dans l'édition moderne et courante de 1965 d'après l'autographe conservé dans la bibliothèque universitaire de Lund.[4] Elles mettent les essais systématiques de Grotius parfaitement en lumière.

---

1 Hugo DONELLUS, *Commentarii de iure civili*, Francofurti 1595–1597.

2 Il me semble que même en France on lisait au début du 19e siècle plusieurs publications juridiques en néerlandais comme il s'ensuit d'une brève investigation dans la Revue Wolowski du premier moitié du 19e siècle. *Tempi passati* !

3 Cf. R. ZIMMERMANN & D. VISSER, *Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa*, Kenwin 1996.

4 F. DOVRING, H.F.W.D. FISCHER & E.M. MEIJERS*, Hugo de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid,* Leiden 1952, réimprimé Leiden 1965.

Enfin il y a la belle histoire fantôme de l'avant-propos qui serait ajouté par Grotius en Latin à l'*Introduction*. L'histoire de cet avant-propos a même troublé le grand connaisseur de Grotius récemment décédé, Robert Feenstra (1920 –2013), comme il l'avoue dans un article encore récent.[5] En fait la seule chose que l'on peut dire est que le traité *De Aequitate* de Grotius porte au moins deux fois dans un manuscrit le titre *Prolegomena juri hollandico praemittenda*….

Notre collègue Dominique Gaurier, ancien professeur à l'Université de Nantes et spécialiste dans l'histoire du droit international, s'est donné beaucoup de peine de traduire la langue vernaculaire néerlandaise dans un français compréhensible. Pour autant que je puisse le constater, il a très bien accompli cette tâche tout autre que facile. Chose étonnante : tandis que la meilleure biographie de Hugues Doneau est toujours encore de la main d'un juriste néerlandais,[6] c'est maintenant un juriste français qui s'est mis à la traduction française de l'*Introduction* de Grotius.

Enfin la comparaison est faite par M. Gaurier entre l'*Introduction* et l'autre chef d'œuvre de Grotius qui est son traité *De iure belli ac pacis*, un ouvrage dont on ne peut surestimer l'importance. Même quand on ne partage pas nécessairement l'opinion de M. Gaurier que l'*Introduction* serait encore plus importante que *De Iure belli ac pacis,* on se laisse séduire par l'enthousiasme de son premier traducteur français.

Que cette édition et traduction française trouve beaucoup de lecteurs et stimule le débat sur un des mouvements scientifiques le plus intéressants dans l'histoire du droit : l'humanisme juridique dans ses aspirations à la fois historiques et systématiques. Et espérons que plusieurs historiens de droit francophones s'intéresseront à l'ouvrage didactique de Grotius : son *Introduction à la jurisprudence hollandaise*.

Laurens Winkel, professeur émérite, Université Erasmus, Rotterdam

Ancien Président de la Fondation Grotiana (2002–2015)

---

5 R. FEENSTRA, "Een tweede handschrift van de Inleidinge van Hugo de Groot en een dito van de *Prolegomena juri hollandico praemittenda*, *Ex iusta causa traditum*", in *Essays in honour of Eric Pool*, Fundamina – Editio Specialis [2004], 92–108.

6 A. Ph. Th. EYSSELL, *Doneau - sa vie et ses ouvrages*, Paris 1860. Eyssell terminait sa carrière comme président de la Cour de Cassation néerlandaise.

II. L'*Introduction à la jurisprudence hollandaise* de Hugo Grotius Proposition d'une traduction française

Dominique Gaurier
(Université de Nantes)

Pourquoi envisager de proposer une traduction française de ce qui, à nos yeux, restera sans doute le meilleur des ouvrages de Grotius, à savoir son *Inleidynge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyt* ou *Introduction à la jurisprudence hollandaise* ? Tout simplement, parce qu'il existe bien peu de Français qui aient quelque connaissance de la langue néerlandaise, bien que l'ouvrage ait fait aussi l'objet d'une traduction latine au XIX^e^ siècle, mais qui ne fut cependant publiée qu'en 1962. Toutefois, cette dernière ne semble malheureusement pas avoir connu une large diffusion, celle-ci s'étant limitée aux seuls Pays-Bas, mais en tout cas, guère en France, ce qu'il faut regretter. L'exemplaire de cette traduction latine que nous possédons nous avait été offert par le très grand professeur de l'université de Leyde, Robert Feenstra, récemment disparu, lui-même d'ailleurs, parfait francophone, en généreux remerciement d'un envoi de la traduction des chapitres de l'*Inleidynge* portant sur le droit maritime que nous avions proposée peu de temps auparavant [1]. Or il s'agit là véritablement du meilleur ouvrage de Grotius, du moins à notre avis, car l'opinion ne paraît pas avoir été partagée par tous et notamment, par le professeur Robert Feenstra, aujourd'hui décédé, et son élève, notre préfacier Laurens Winkel [2].

De fait, le propos de Grotius semble avoir été plus modeste : permettre à ses fils d'approcher les premiers éléments du droit hollandais. Toutefois, selon notre point de vue, à la différence des autres, cet ouvrage n'est cependant aucunement encombré des éléments repris à la culture antique qui finissent, avec leur accumulation par trop excessive dans les deux ouvrages qu'il publia sur le droit de butin et sur le droit de la guerre et de la paix, par noyer totalement le propos tenu. Conçu sans nul doute pour être un ouvrage d'initiation et rédigé dans la langue maternelle de son auteur, il remplit donc ainsi parfaitement son objectif avec une grande clarté, sans digressions aucunes qui seraient reprises à l'histoire ancienne ou aux différents auteurs tant du droit canonique que du droit civil.

L'ouvrage avait cependant déjà fait l'objet d'une traduction en langue anglaise très utilement complétée de nombreuses notes, entreprise par Robert Warden Lee, sous le titre de *Jurisprudence of Holland* en 1926, à destination de la province du Cap et des deux États de l'Afrique du Sud encore colonie anglaise, les États d'Orange et du Transvaal, qui avaient conservé bien des traces du droit romano-hollandais. Toutefois, cette traduction, faite par un juriste anglais, n'a pas toujours permis d'entrer dans les concepts du droit romano-hollandais, très différentes de ceux du *Common Law*. Mais en France, cette traduction n'a guère permis une meilleure diffusion de l'ouvrage de Grotius, dont la connaissance des ouvrages se limitait tout au plus à son *Droit de la guerre et de la*

[1] Cf. « Grotius et le droit maritime dans son *Inleidynge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyd* » (traduction des chapitres sur le droit maritime extraits de l'*Inleidynge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyd* de Huig De Groot), in *A.D.M.O.*, tome XXIV, Nantes 2006, pp. 17-102.

[2] Ces deux grandes autorités scientifiques des Pays-Bas auraient dû nous pousser à une plus grande prudence dans le jugement que nous portons ici. Le professeur Feenstra était un spécialiste de Grotius pour lequel il ne cachait pas sa très grande admiration. Notre préfacier nous a dit nourrir le même sentiment. Outre-Quiévrain, le jugement que nous portons est plus mesuré, dans la mesure où, tout en reconnaissant les grandes qualités de Grotius et son énorme culture en de nombreux domaines, l'accès que nous avons pu avoir à ses écrits en matière de droit international nous a incité à mesurer cette admiration, dès lors que nous ne l'avons jamais envisagé comme le *Gründungsheros* du droit international, pour reprendre l'expression de Frantz Wieacker dans son ouvrage *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e^ éd. Göttingen 1967, p. 299. Nous nous en étions amplement expliqué dans notre ouvrage *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, PUR, Rennes 2014, p. 163-165.

paix, et encore, en faisant trop longtemps du personnage le fondateur prétendu du droit international moderne, et au chapitre XII de son *De jure prædæ* publié sous le titre *La mer libre* en 1609, seule partie de l'ouvrage d'ailleurs publiée de son vivant et récemment très bellement rééditée en traduction anglaise sous la direction du professeur Robert Feenstra en 2009 [3], à l'occasion du quatrième centenaire de cette publication.

Parmi les deux ouvrages de Huig De Groot, notre Grotius, qui restent cependant importants en matière de droit international, à défaut d'être absolument fondamentaux comme cela a été trop souvent répété, il y a le premier, sans doute rédigé entre 1604 et 1609, le *De jure prædæ*, resté manuscrit jusqu'à sa redécouverte en manuscrit en 1862 par un professseur de l'université de Leyde chez un antiquaire , son achat par la bliothèqyue de cette université et sa publication par H. G. Hamaker en 1868 à Leyde, et tandis que le *De jure belli ac pacis* fut publié plus tardivement en France en 1625, traduit d'abord en français par Antoine de Courtin à la fin du XVII[e] siècle, par Jean Barbeyrac, qui rajouta beaucoup de son cru au texte de Grotius, enfin, par Paul Pradier-Fodéré au XIX[e] siècle, dont la traduction laisse parfois une nouvelle fois à désirer, tout en étant considérablement meilleure que celle de Jean Barbeyrac.

Entre la confection de ces deux ouvrages, Grotius avait toutefois activement participé à la vie politique et religieuse des Pays-Bas septentrionaux, qui étaient très désireux de se détacher de la puissance espagnole. Il avait notamment soutenu le camp animé par Oldenbarnevelt, qui avait réussi à arracher aux Espagnols une forme d'indépendance de fait des sept provinces du Nord des Pays-Bas. Il reste qu'il représentait le courant protestant libéral de la bourgeoisie urbaine, celui qui avait été prêché par Arminszoon ou Arminius, qui s'opposait ainsi au courant des campagnes, plus rigoriste, soutenu par Maurice de Nassau en lien avec un pasteur calviniste rigoriste, Gomar.

Alors qu'un synode protestant réuni à Dordrecht en 1616 avait condamné l'arminianisme pour consacrer le courant calviniste dur sur la question de la double prédestination, ainsi défendu par Gomar, Maurice de Nassau tira profit de ce synode pour accuser Oldenbarnevelt de trahison. Ce dernier, pourtant libérateur des sept provinces du Nord face à l'incroyable brutalité espagnole, fut alors condamné à mort, tandis que ses partisans furent arrêtés. Grotius échappa à la mort et fut quant à lui condamné à la prison perpétuelle, ayant été enfermé au château de Loevenstein. Il put néanmoins continuer à travailler et également s'approvisionner en livres. Il parvint d'ailleurs à s'enfuir de sa prison en se servant justement d'une caisse de livres à cette fin.

C'est alors durant ce séjour forcé qu'il rédigea à l'intention de ses enfants, entre le 6 juin 1619 et le 22 mars 1621, un magnifique ouvrage en langue néerlandaise et, pour cette raison sans aucun doute, très mal, voire pas du tout connu en France, l'*Inleidynge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyt* ou *Introduction à la jurisprudence hollandaise*, qui réalise une forme de synthèse entre le droit des sept provinces du Nord des Pays-Bas et le droit romain. En cela, Grotius peut être jugé comme le fondateur du *romeins-hollandsch recht* ou *droit romano-hollandais*. Il va reprendre la méthode qu'avaient utilisée les rédacteurs des *Institutes* de Justinien et ainsi, décrire le droit hollandais qui avait déjà subi une nette influence du droit romain.

On sait qu'une réception partielle du droit romain s'était déjà opérée dans le droit de l'ensemble des anciens Pays-Bas et qu'elle fut ainsi consacrée dans l'ouvrage de Grotius dans le cadre géographique des sept Provinces-Unies des Pays-Bas septentrionaux. Cette intégration remontait en fait pour l'ensemble des Pays-Bas alors sou tutelle espagnole bourguignonne, puis espagnole par la suite comme héritière des ducs de Bourgogne, au XV[e] siècle, lors de la rédaction en 1459 de la coutume du duché de Bourgogne, dans laquelle il avait été disposé que les lacunes

[3] *Hugo Grotius, Mare liberum (16009-2009*, ed. by Robert Feenstra, introduction and translation by Jeroen Vervliet, Brill, Leiden.Boston 2009. Ce bel ouvrage donne en face de la traduction le texte latin repris de l'édition originale de 1609.

Nous avons nous-mêmes entrepris cette traduction en langue française à partir du texte latin, qui, à défaut de pouvoir trouver nécessairement et rapidement un éditeur, sera au moins mise en accès libre sur le site Global History of Internationalist Ideas établi par la professeure Emmanuelle Tourme-Jouannet.

de la coutume seraient suppléées par le recours au droit romain comme considéré comme le droit commun du duché. Cette empreinte romaine s'est donc progessivement imposée dans la pratique juridique des deux régions des Pays-Bas, c'est-à-dire tant dans les Pays-Bas méridionaux qui restèrent sous la tutelle espagnole jusqu'à la Révolution française, que dans les sept provinces des Pays-Bas septentrionaux qui gagnèrent leur indépendance juridique lors des traités de Westphalie en 1648.

Dès sa première parution en 1631, l'ouvrage fut immédiatement reconnu comme un classique et il connut de nombreuses rééditions tout au long des XVII[e] et XVIII[e] siècles. Il faut reconnaître à cet ouvrage sa très grande clarté d'exposition, mais aussi le fait qu'il embrasse la totalité du droit, sans distinguer les disciplines civile, commerciale, maritime ou autres. Il entend donc couvrir l'ensemble du droit privé de son temps. Cet ouvrage devait alors rester la base de tout enseignement juridique jusqu'à la période de codification sous l'influence française sous le Premier empire.

Le grand professeur Robert Feenstra, disparu depuis peu, avait lui-même affirmé qu'en matière de méthodologie, cette *Inleydinge* avait apporté considérablement plus que son *De jure belli ac pacis* [4]. Nous suivons pour notre part sans réserve l'avis de ce très grand maître.

À cet égard, il est légitime de se demander quelle put avoir été l'influence de Hugues Doneau, dont on sait qu'il avait été professeur à Heidelberg, puis après en avoir été chassé pour cause de calvinisme par le prince qui était de religion luthérienne, qu'il enseigna à Leyde dans les Provinces-Unies. Hugues Doneau avait tenté de trouver un moyen d'enseigner le droit romain en se fondant sur une forme de commentaire à la manière des *Institutes de Justinien*, c'est-à-dire, en appliquant à l'étude du droit romain une méthode synthétique. Or, l'oncle de Huig Grotius, Cornelis, avait lui-même été à Leyde un collègue de Hugues Doneau, dont les ouvrages et l'enseignement lui étaient sans doute bien connus. Par ailleurs, Huig De Groot avait fait ses études de droit à l'université d'Orléans et, appartenant à la nation germanique, il avait sans nul doute pu avoir accès à la bibliothèque de cette nation qui possédait des exemplaires des œuvres de Doneau. Il ne fait pas vraiment de doute que la méthode synthétique dont il fait preuve dans le cadre de cette *Inleydinge*, a pu s'inspirer des travaux de Doneau.

Ce n'est ainsi pas à Grotius que l'appellation de *romeins-hollandsch recht* est due, mais à l'un de ses successeurs, Simon van Leeuwen qui, quant à lui, n'hésita pas à intituler l'ouvrage qu'il publia en 1664 *Het Rooms-Hollands Regt*, dénomination qui fut dès lors acceptée par toute la doctrine juridique néerlandaise. Cet auteur fait d'ailleurs de nombreux renvois à l'ouvrage de son illustre prédécesseur.

Les *Rechtsgeleerde Observatiën* ou *Observations des juristes* [5] ont conservé la trace d'une épître que Grotius réservait certainement pour servir de préface à son *Inleydinge*. Cette lettre est adressée à ses trois fils, Kornelis, Pieter et Diederick, et il y explique qu'il a voulu laisser une présentation du droit hollandais en bon ordre, à l'instar des *Institutiones Justiniani*, mais exprimée dans sa langue maternelle [6].

L'œuvre se compose de trois Livres : le premier est consacré aux principes du droit et à la condition des personnes ; le livre second porte sur les droits réels, incluant tout ce qui ressortit

---

[4] Cf. Robert Feenstra, « La systématique du droit dans l'œuvre de Grotius », in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Biblioteca internazionale di cultura, Roma 1991, p. 333-343, spécialement p. 342 sur l'influence de Doneau.

[5] Cf. Diederik Lulius, Pieter van Spaan, Johan van der Linden, Reinier van Spaan, *Rechtsgeleerde Observatien dienende tot opheldering van verscheide duistere, en tot nog toe voor het grootste gedeelte onbewezene passagien uyt de Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid van wylen Mr Hugo De Groot door een Genootschap van Rechtsgeleerden [Observations jurisprudentielles servant à l'éclaircissement de différentes obscurités de passages non prouvés jusqu'ici pour la plus grande partie pris de l'Introduction au droit Hollandais de feu le sieur Hugo Grotius par une compagnie de juristes]*, By Johannes Mensert, in's Gravenhage [La Haye] 1777, eerste deel, obs. I, p. 9-10.

[6] On trouve également cette « Brief van den Heere Hügo de Groot aan syne kinderen », dans la version qui en a été rééditée sous ce même titre, *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid door Hugo de Groot*, par F. Dovring, H. F. W. D. Fischer et E. M. Meijers, Universitaire Pers Leiden, Leiden 1952, pp. xxvii-xxviii.

aux successions, et le Livre troisième sur les obligations, en néerlandais *Inschuld*, terme que l'on peut traduire, comme l'a fait dans sa traduction latine, Johan van der Linden, par *Droit personnel*, mais qui peu aussi être rendu, comme en allemand, par *Dette*, avec les différents types de contrats et les obligations en général. Nous avons préféré d'ailleurs reprendre l'intitulé quavait donnéà ce livre van der Linden. C'est là à peu de choses près le plan des *Institutes* de Justinien, si ce n'est que ces dernières comportent quatre livres, dont le troisième mêle quelques questions sur les successions *ab intestat*, ici traitées par Grotius dans son second livre, avec les principes généraux sur les obligations et la manière dont elles se contractent, alors que le Livre quatrième porte seulement sur les obligations délictuelles, puis sur les actions et autres questions de procédure.

En tout cas, la parenté est assez certaine entre les deux ouvrages, déjà par leur relative brièveté, même si le plan peut en différer quelque peu, ce qui a tenu à la formulation exclusivement judiciaire du droit romain, qui, comme cela vient d'être dit, a réservé au Livre IV l'exposé des types d'actions offertes aux justiciables, actions qui sont totalement absentes du traitement ici donné de la jurisprudence hollandaise par Grotius. Par ailleurs, Grotius s'est fortement inspiré des institutions juridiques romaines pour constituer également son propre vocabulaire juridique et il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il a très fortement participé à l'élaboration du vocabulaire juridique néerlandais, qu'il a même en grande partie créé.

Le droit romain s'était quant à lui constitué, à l'époque de son plein développement, en tant que droit judiciaire, axé sur les possibilités d'actions offertes aux parties en litige pour éventuellement défendre leurs intérêts. Mais le moule « pandectiste [7] » est déjà en marche depuis les premiers commentateurs du droit romain qui ont tenté de théoriser ce dernier, à commencer par Bartole, puis à sa suite, tous les commentateurs postérieurs comme Jacques Cujas ou encore, Hugues Doneau. Ainsi, cette interprétation, que l'on peut qualifier de déformante, a tendu à construire un exposé théorique du droit romain, non plus à partir des actions en justice disponibles en fonction des cas, mais autour de principes généraux, logiquement agencés, desquels étaient alors tirées les conséquences quant aux situations à réguler ou à résoudre. De là, naquit ainsi un *usus modernus* du droit romain, fort différent de ce qu'avait été le droit romain de la période classique, usage auquel se sont nourris tous les droits de l'Europe continentale, hormis la Russie.

C'était ainsi présenter en tout cas là une vision totalement déformée de ce que le droit romain avait pu être dans sa période de plein développement, entre les second et la fin du troisième siècles de notre ère, sous la plume des jurisconsultes [8]. Il suffit de s'atteler aux seuls textes présentés dans la collection du Digeste pour s'en rendre rapidement compte : ces jurisconsultes ne raisonnaient pas à partir de principes posés d'avance, mais discutaient au cas par cas les espèces qu'ils entendaient résoudre. Il s'agit d'un droit que l'on peut proprement qualifier de purement « casuistique », même encore au sein de sa dernière expression à l'époque où l'empereur Justinien faisait rédiger par ses juristes ses *Institutiones*, qui avaient pour propos de

[7] L'école dite « pandectiste » fut fondée par Georg Friedrich Puchta (1798-1846), un élève de Savigny ; il n'empêche qu'elle fut largement influencée par les jusnaturalistes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, comme Grotius, Pufendorf, et plus particulièrement encore Christian Wolff. Ce dernier avait en effet publié un énorme travail sous le titre *Jus gentium methodo scientifica pertractum*, suivant une forme de modèle mathématique pour exposer le droit. Ce travail assez lourd, voire pesant, fut heureusement abrégé par l'auteur et traduit en français sous le titre évocateur *Institutions du droit de la nature et des gens, dans lesquelles par une chaîne continue, on déduit de la nature même de l'homme toutes ses obligations et tous ses droits* (6 vol., chez Elie Luzac, Leide 1772). L'un des aspects principaux de la méthode mise en œuvre, que reprit en partie la codification civile impériale en 1900 dans le B.G.B., consistait à aborder les concepts généraux valables pour l'ensemble du droit étaient définis dans une partie générale ; ce n'est que dans un deuxième temps qu'étaient alors abordés les thèmes spécifiques, obligations, propriété, famille, successions. C'est une même logique qui présida à la confection du B.G.B. (*Bügerliches Gesetzbuch*) ainsi qu'à la refonte récente du B.W.B. (*Burgelijk Wetboek*) néerlandais. Sur ce courant doctrinal, voir O.F. ROBINSON, T.D. FERGUS, W.M. GORDON, *European Legal History*, Butterworths, London/Dublin/Edimburgh 1994, pp. 266 s.

[8] On pourra, pour s'en rendre compte, consulter la traduction complète que nous avons proposée de cette collection du Digeste aux éditions La Mémoire du droit, à Paris, publiée aux Éditions de La Mémoire du droit, Paris 2017, en trois volumes.

proposer un exposé d'ensemble résumé de tout ce que la collection plus ample du Digeste présentait ; ici, pas vraiment d'exposé de type théorisé comme on les trouve ordinairement dans nos traités de droit civil français.

En outre, comme nous l'avons montré dans notre introduction à notre traduction du Digeste, les extraits retenus par les compilateurs avaient été systématiquement agencés dans l'ouvrage pour constituer un exposé complet d'une matière pécise au fil des titres et des livres, sans cependant, jamais perdre cette approche purement casuistique qui était la leur. En somme, ils étaient fort loin des codificateurs modernes qui ont tenté, notamment dans le Code civil français de 1804, de ramener les cas d'espèce à des principes généraux. Rien de tel dans les collections de droit romain. La doctrine romaniste postérieure d'abord des glossateurs, mais surtout des commentateurs à partir du XIII^e^ siècle, ne sut jamais vraiment considérer ces extraits autrement que comme des extraits détachés les uns des autres, procédant exactement comme l'avaient eux-mêmes fait les premiers commentateurs dès le XIII^e^ siècle, c'est-à-dire en prenant ça et là des extraits un par un sans même tenir aucun compte de leur contexte général historique ou factuel dans le but de soutenir leur projet d'exposé théorique. L'*usus modernus* du droit romain ne sut malheureusement pas se détacher non plus de cette mauvaise habitude et l'on en verra l'illustration au cours des notes données très scrupuleusement par Simon Groenewegen van der Made au fil du texte de Grotius.

L'ouvrage de Grotius connut un premier annotateur avec Simon Groenewegen van der Made (1613-1652) dès 1644. Ce dernier avait été avocat à La Haye avant de revenir dans sa cité de naissance, à Delft, pour y tenir une place de secrétaire de la ville. Ses annotations suivent presque pas à pas le texte de Grotius en en rapportant l'exposé aux textes repris du droit romain, tant du Digeste, que du Code ou des Institutes de Justinien, largement utilisées elles aussi. Toutefois, il n'oublie pas non plus de mentionner les sources proprement néerlandaises, voire étrangères.

L'intérêt que représentent les notes de Groenewegen vient de ce que ce dernier semble avoir surtout cherché à identifier l'ensemble des sources romaines auxquelles Grotius a pu puiser tant dans les *Institutes de Justinien* que dans le *Digeste* ou le *Code de Justinien*. Grotius ne les cite jamais, mais s'en inspire fortement et appuie très souvent ses propos sur elles, quitte parfois à les recopier purement et simplement. On verra ainsi que, bien souvent, ces notes constituent un accompagnement très suivi du texte de l'*Inleydinge*, parfois mot à mot. Le lecteur aura tout loisir de constater que ce travail d'annotation a été fait très scrupuleusement et que l'annotateur n'a rien oublié de ce qui pouvait être pris au droit romain pour appuyer et illustrer le propos de Grotius. Il se rendra vite compte que Groenewegen avait lui-même une parfaite connaissance de ce même droit romain, très détaillée et très fine, ce qui resta longtemps la marque tout à fait particulière des juristes de l'ensemble des Pays-Bas, aussi bien dans les sept provinces septentrionales que dans les provinces méridionales restées sous la tutelle espagnole, d'autant que, depuis le gouvernement des ducs de Bourgogne sur cet ensemble de régions, on rappelle que le droit romain a été envisagé comme la source complémentaire obligée du droit coutumier dès le XV^e^ siècle, au moment de la rédaction des coutumes du Duché et de la Franche-comté de Bourgogne en 1459.

Toutefois, les observations apportées par Groenewegen ne se limitent pas aux seules sources romaines et il renvoie assez fréquemment aux arrêtistes néerlandais comme Cooren ou Nieuwstadt pour la Hollande, Sande pour la Frise et Radelant pour les décisions de la Cour provinciale d'Utrecht, mais également aux différents privilèges concédés aux cités par les différents seigneurs et aux placards en vigueur dans les Provinces-Unies. Il a également beaucoup utilisé l'ouvrage qu'il avait lui-même publié en 1649 intitulé *De legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, auquel de nombreux renvois sont faits dans ses notes. Enfin, Groenewegen avait aussi une bonne connaissance des sources françaises, bien que souvent assez anciennes, car il renvoie à quelques grands commentateurs coutumiers français, comme Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, d'Argentré sur la coutume de Bretagne et Dumoulin sur la coutume de Paris, sans oublier quelques arrêtistes français, comme Job Bouvot, dont la

réputation d'exactitude n'est pourtant pas reçue comme étant la meilleure, mais aussi Papon et Louet.

C'est pourquoi nous avons pris le pari de reprendre les textes de droit romain proposés par Groenewegen dans ses notes et de les traduire intégralement. Le lecteur se verra ainsi faciliter grandement des recherches qu'il n'aurait probablement pas lui-même entreprises. Nous proposerons également nos propres traductions des textes néerlandais des lois maritimes applicables dans les Pays-Bas, dont le texte se trouve dans la *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e^ siècle* de Jean-Marie Pardessus, publiée entre 1828 et 1840 en six volumes, car la traduction qui en est faite dans ces volumes, nous a paru trop souvent bien infidèle.

On sait par les *Rechtsgeleerde observatien* que Grotius avait eu connaissance de ces notes de Groenewegen. En effet, la seconde *Observatie* dit ceci [9] :

> (Notre traduction du néerlandais) *Après que le sieur Simon van Groenewegen van der Made a amélioré et publié avec de nombreuses annotations très utiles en 1643 l'*Introduction à la jurisprudence hollandaise *de Hugo De Groot, le sieur De Groot a fait connaître au ci-devant dit sieur Groenewegen dans une lettre écrite de Paris le 10 décembre 1643 sa satisfaction pour le travail réalisé. Et, puisque la ci-devant dite lettre écrite en langue latine (pour autant qu'ilnous est connu) est seulement trouvée dans les* Epistolis Hugonis Grotii*, imprimées in-folio à Amsterdam en 1687, mais que cet ouvrage est dans peu de mains, nous avons pensé ne pas devoir rendre un mauvais service au lecteur avec l'insertion ici de cette lettre remarquable, le contenu étant mot à mot suivant :*
>
> *Au maître Simon Groenewegen van der Made, jurisconsulte*
>
> (texte en latin) *J'ai vu la nouvelle édition de nos Institutes avec les annotations de votre Clarté, bien travaillées et très utiles ; je me réjouis de cette chose à raison des lecteurs. Votre Clarté ne doit pas s'étonner, si, pour moi, ce ne seront pas pour eux des soutiens. C'est beaucoup que j'ai pu fournir ce que j'ai fourni dans cet endroit et à cette époque* (à savoir dans sa prison de Loevestein). *Je voudrai que certaines choses, que je juge d'un droit controversé, soient déterminées par ceux dont c'est le pouvoir, afin que la matière des procès devienne moindre. Les archiducs Albert et Isabelle l'ont procuré pour le grand bien de leurs peuples dans de nombreuses choses* [10]*. Le noble seigneur Graswinkel* [11]*, auquel, comme à votre Clarté, je souhaite la plus grande prospérité, pourrait promouvoir cette affaire, si elle le voulait. À Paris, le 10 décembre 1643,*
>
> *Le très dévoué à votre Clarté,*
>
> *Hugo Grotius.*

Un autre long commentaire fut publié en latin en 1767 par Willem Schorer (1717-1800) [12], Président de la cour de Flandre, commentaire qui sera par la suite traduit en néerlandais. Ce commentaire porte en fait beaucoup plus sur le premier annotateur de l'ouvrage de Grotius, Simon Groenewegen van der Made, que sur l'ouvrage de Grotius lui-même, sans être tout à fait absent cependant. L'édition de l'*Inleiding* qui sert de base à cette collection de notes s'accompagne également des notes données par Simon Groenewegen van der Made. Un dernter auteur, Dyonisus Godefried van der Keessel, proposa des développements postérieurs à l'ouvrage de Grotius en rapport avec son ouvrage, développements qu'il avait d'ailleurs proposés dans l'enseignement qu'il avait dispensé à l'université de Leyde et qui furent publiés en 1800 sous le

---

[9] Voir *Rechtsgeleerde observatien*, by Johannes Mensert, La Haye 1777, part. I, p. 10-11.

[10] Grotius fait ici allusion au fameux Édit perpétuel promulgué le 12 juillet 1611 pour être appliqué dans les Pays-Bas méridionaux restés sous la tutelle espagnole par les archiducs Albert et Isabelle, qui entendaient apaiser ces régions fort malmenées sous la tutelle du duc d'Albe au nom de l'Espagne dans le dernier tiers du XVI^e^ siècle et les sortir du régime d'exception qu'elles avaient dû subir. Cet Édit entendait au départ procéder à une refonte du droit applicable dans les provinces méridionales, mais n'atteignit pas tout à fait son but de refonte générale, tout en améliorant assez considérablement cependant le droit de ces provinces. L'Édit perpétuel fut commenté en latin par Antoine Anselmo, juriste d'Anvers.

[11] Il s'agit de Dirk Graswinkel (1601-1666), qui était un juriste s'intéressant notamment à la question de la liberté des mers. Il était le cousin de Grotius et son élève. Il obtient en Hollande la haute position de procureur fiscal du pays.

[12] L'exemplaire en notre possession est celui de l'édition originale de ce commentaire sur l'ouvrage de Grotius, *met Latynische Aanteekeningen iutgebreidt door Mr Willem Schorer, President in den Ed. Hove van Vlaanderen en Super-intendent van de Leenen* [*i. e.* des fiefs], By Pieter Gillissen, Te Middelburg 1767. Ces notes seront par la suite traduites en langue néerlandaise dans les éditions postérieures.

titre de *Theses selectæ juris Hollandici et Zelandici ad supplemendum Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam et definiendas celebriores juris Hollandici controversias* ou *« Thèses choisies du droit hollandais et zélandais pour compléter l'Introduction à la jurisprudence hollandaise et pour terminer les plus célèbres controverses du droit hollandais »*. Dionisus Godefried van der Keessel compléta ainsi le texte de Grotius à l'occasion des *Theses selectæ* qui reprenaient les leçons qu'il avait donnée lors de ses cours, en indiquant notamment les dernières lois publiées en son temps, à savoir la seconde moitié du XVIII[e] siècle [13].

Ces deux commentateurs font grand usage des auteurs que Grotius n'a pas pu connaître pour lui avoir été postérieurs. Parmi les plus cités, on trouve Cornelis van Bijnkehoek, avec ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, édités en 1744, ou encore Johan Voet, avec sa remarquable collection de commentaires sur les titres du Digeste, *Commentarius ad Pandectas*, qui connut plusieurs rééditions, l'édition que nous possédons ayant été faite en quatre volumes à La Haye en 1716, mais aussi d'autres auteurs comme Schrassert avec son *Codex Gelro-Zutphanicus,* Arthur van Zurck avec son *Codex Batavus*, dont, malgré le titre en latin des ouvrages, les traitements des questions sont donnés en langue néerlandaise, Georges de Ghewiet, avec le *Précis des institutions et du droit Belgique* qu'il donna à Bruxelles en 1732 et qu'il reprit par la suite en 1736 sous le titre d'*Institutions du droit Belgique par rapport tant aux XVII provinces qu'au pays de Liège*, publié à Lille chez Charles-Maurice Cramé à destination des Français qui avaient pris possession de la partie Sud de la Flandre. Ce sont aussi les *Rechtsgeleerde observatien*, ainsi que les divers corpus de *Consilia et responsa* des juristes de Hollande, d'Utrecht ou autres. Il est également fait usage de l'ouvrage que donna par la suite Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands regt*, qui, semble-t-il, doit beaucoup à son prédécesseur Grotius, d'ailleurs cité à maintes reprises dans ce dernier ouvrage. Il s'appuie également sur Benedikt Carpzov, qui produisit plusieurs ouvrages de grande réputation sur le droit saxon tant religieux ou civil que criminel, ou sur le travail d'Andreas Gail, surnommé le « Papinien germanique », qui donna au début du XVII[e] siècle deux livres d'observations sur les jugements de la Chambre impériale, sans compter divers ouvrages des commentateurs italiens des XVI[e] et XVII[e] siècles. Il semble avoir ainsi eu une très bonne connaissance de la totalité d'un environnement juridique sans se limiter au seul domaine terrestre des Pays-Bas septentrionaux.

Afin de permettre à tout lecteur intéressé de voir quelle a pu être la destinée de cet ouvrage, nous proposerons également de joindre ces deux derniers commentaires, mais sans toutefois en mentionner les paginations spécifiques qui resteront celles de l'édition de 1738 qui a servi de base à notre traduction du texte de Grotius et, de même, sans développer non plus en note les références données tant par Schorer que par van der Keessel. On aurait tout aussi bien pu y rajouter aussi les quatre parties des *Rechtsgeleerde observatien* publiées en 1777, mais cela aurait rendu l'ouvrage beaucoup trop important et difficile à utiliser. Toutefois, nous prendrons aussi appui sur l'édition moderne du texte donnée en 1952, à partir d'un manuscrit retravaillé et un peu complété ou corrigé par Grotius découvert en Suède à Lund, par F. Dovring, H. F. W. D. Fischer et E. M. Meijers en 1952 [14].

À côté, de plus récents commentaires sont parus depuis : d'abord celui de S. J. Fockema Andreæ et de van Apeldoorn, à caractère historique, et celui de van Lee qui compare le droit tel qu'exposé dans l'ouvrage avec la pratique juridique de l'Afrique du Sud et de Ceylan. Nous n'en reprendrons que très occasionellement certains éléments qui nous ont paru nécessaires.

---

[13] Nous avons utilisé l'édition originale de cet ouvrage donnée par S. & J. Luchtmans, Lugduni Batavorum (Leyde) 1800.

[14] Nous avons proposé une traduction en langue française, à partir du texte de cette dernière édition, des chapitres de cet ouvrage portant sur le droit maritime, un droit que Grotius n'avait pas, de manière fort sage, séparé de son exposé général sur le droit. Cf. GAURIER (D.), « Grotius et le droit maritime dans son *Inleidynge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyt* » [traduction des chapitres sur le droit maritime extraits de l'*Inleidynge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyt* de Huig De Groot], in *A.D.M.O.*, tome XXIV, Nantes 2006, p. 17-102.

Quant à l'ouvrage lui-même, l'*Inleydinge* a été traduite à trois reprises en langue anglaise, une première fois par Charles Herbert en 1845, un avocat qui exerçait sa pratique auprès de la cour suprême de la Guyane britannique, puis plus tardivement, par le Président de la cour de la colonie d'Orange en Afrique du Sud, Sir Andries F. S. Maasdorp. La troisième traduction en langue anglaise remonte à 1926, comme cela a déjà été signalé plus haut, et fut reprise en seconde édition en 1953 ; elle émane de Robert Warden Lee avec de brèves notes et des commentaires rajoutés par le traducteur [15]. Le droit romano-hollandais est applicable d'abord dans la province sud-africaine du Cap, puis dans les États du Transvaal et d'Orange. Les choses sont restées ainsi en l'état depuis 1920.

Le texte néerlandais de l'ouvrage manquait cependant de clarté dans sa disposition originelle. C'est pourquoi, dès sa réédition de 1727, il fut amélioré par une division des chapitres en paragraphes bien distincts, disposition qui ne fut jamais abandonnée par la suite. Une nouvelle version en néerlandais fut également pubiée, qui retenait cette même division en paragraphes, et reprise d'un manuscrit trouvé à Lund en Suède, qui comportait des annotations et des améliorations apportées de la main même de Grotius, et donnée aux Universitaire Pers Leiden par F. Dovring, H. F. W. D. Fischer et E. M. Meijers en 1952.

Les deux dernières traductions faites en langue anglaise incluent les annotations de Groenewegen et une sélection des commentaires repris de Willem Schorer ou des *Theses selectæ* de van der Keessel.

Il nous a donc semblé important de mettre à la disposition des juristes français qui savent s'intéresser à autre chose que la pure technique stérile de leur droit national, cet ouvrage dans une traduction en langue française, qui sera sans doute la première et très probablement aussi la dernière. Sans doute, aujourd'hui, la langue française tend-elle à devenir une langue locale face à un *globish* bien jargoneux et imprécis. Que dire alors du néerlandais ? Cependant, nous osons ce pari d'en proposer une traduction en langue française. Nous avions déjà donné une traduction des passages concernant le droit maritime, comme cela a été dit un peu plus haut, auxquels nous avions joint les notes éclairantes reprises de la traduction anglaise de Robert Warden Lee il y a déjà quelques années [16].

Le travail ainsi entrepris est à nos yeux loin d'être sans utilité, d'abord parce que la langue originelle, le néerlandais du début du XVII[e] siècle, a-t-il été déjà dit, en facilite peu la diffusion auprès des lecteurs francophones, ce qui est sans doute un peu moins le cas des lecteurs germanophones ou en Belgique, aussi chez les francophones, et ensuite, parce qu'il est important que tant les historiens du droit des pays de l'Europe continentale que les positivistes de ces mêmes pays puissent avoir accès à cet important ouvrage, dont on ne répétera jamais assez qu'il est certainement le meilleur que Grotius ait jamais écrit, très au-devant des ouvrages sur le droit de la guerre et de la paix ou sur le droit de butin antérieurement, qui ont pourtant fait la réputation de l'auteur, toutefois assez largement injustifiée à nos yeux [17].

Il permet également de prendre une claire conscience que la doctrine juridique des Pays-Bas septentrionaux avait atteint une très grande qualité de richesse et de réflexion, notamment avec les grandes figures des deux Voet, le père Paul, et le fils Johan, d'Ulrik Huber ou de Cornelis van Bijnkershoek encore au XVIII[e] siècle, en compagnie de bien d'autres. Il ne fait aucun doute que la doctrine juridique était dans l'ensemble des deux Pays-Bas certainement considérablement plus importante que celle de la France, dont bien peu des auteurs anciens peuvent être véritablement qualifiés d'auteurs de doctrine. Les auteurs français ont été essentiellement de leur côté avant tout

[15] L'édition de cette seconde réédition de la traduction de Lee a été faite aux Oxford Press en 1953 en deux volumes. Elle était à destination des peuples *Afrikander* de la province d'Orange.

[16] Cf. Dominique Gaurier, « Grotius et le droit maritime dans son *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* » cité *supra* note 6.

[17] Voir notre *Histoire du droit international, de l'Antiquité à la création de l'ONU*, PUR, Rennes 2014, part. I, 4.2., p. 161-165.

des commentateurs des textes des ordonnances royales sans grande originalité et, après un Charondas le Caron au début du XVII[e] siècle et un Domat à la fin de ce même siècle, il faut alors attendre un Pothier, milieu XVIII[e] siècle, pour voir renaître quelque qualité à la doctrine française. Beaucoup d'autres auteurs sont plus attachés aux commentaires des coutumes ou des ordonnances royales, faisant de plus souvent preuve de bien peu d'esprit critique vis-à-vis du législateur royal ou de ses conseillers lorsqu'ils se sont bornés à commenter les ordonnances royales.

En tout cas, dans son *Inleydinge*, à la différence de son *Droit de la guerre et de la paix* ou de son *De jure prædæ*, Grotius n'encombre jamais ici son propos de citations et de références peu utiles qui noient généralement son discours. Il reste sur l'énoncé du droit tel qu'il en propose les éléments à ses fils. Sans doute, à deux ou trois reprises, on voit Grotius développer une conception du droit naturel qu'il reprendra beaucoup plus largement dans son *Droit de la guerre et de la paix*, mais sans en user à l'excès, comme il a pu l'avoir notamment et trop abondamment fait dans son *Droit de la guerre et de la paix*. L'annotateur Groenewegen van der Made ne s'y est pas trompé, lorsqu'il signale systématiquement les passages de ce dernier ouvrage qui développent les mêmes thèmes.

On peut néanmoins regretter, comme cela a été dit plus haut, que la traduction latine proposée par Johan van der Linden publiée seulement en 1962 n'ait pas reçu en France l'accueil qu'elle aurait dû y recevoir au moins de la part des latinistes et des romanistes qui l'ont assez malheureusement superbement ignorée.

Ainsi, contrairement aux ouvrages précités qui montrent un Grotius resté très attaché aux méthodes traditionnelles qui accumulent une connaissance généreusement étalée, tout comme le faisaient déjà ses prédécesseurs du XVI[e] siècle, ici, Grotius apparaît résolument comme un auteur moderne. Cette *Inleydinge* nous montre un auteur non seulement parfait connaisseur du droit romain, ce qui n'est pas étonnant lorsqu'on sait qu'il fut reçu docteur en droit à l'université d'Orléans à l'âge de quinze ans, mais aussi du droit de son propre pays. La critique et les jurisconsultes néerlandais ne s'y sont pas trompés, qui ont tout de suite vu dans cette *Inleydinge* un ouvrage de très grande qualité, dont nous avons déjà dit qu'il avait constitué la base de l'enseignement juridique jusqu à la codification de la période de Bonaparte.

Pour cette traduction, nous avons tiré bénéfice des exemplaires écrits en néerlandais de l'ouvrage de Grotius qui sont en notre possession. Nous en avons une édition donnée à Amsterdam, chez Jan Boom en 1738, celle qui va justement servir de base à notre traduction. Il faut y ajouter aussi l'édition publiée avec les notes conjointes de Groenewegen et de Willem Schorer, donnée à Middelburg en 1767, à partir de laquelle nous reprendrons les notes de ce dernier. Quant aux *Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Kessel, nous les reprendrons de l'édition qui en a été faite à Leyde chez S. et J. Luchtmans en 1800. Nous avons enfin le volume publié à partir du manuscrit retrouvé à Lund en 1952, qui, comme cela a été dit un peu plus haut, permettra de corriger parfois ou de compléter le texte de 1738, ainsi que l'édition latine opérée par Johan van der Linden. Parfois, nous aurons occasionnellement recours aux commentaires historiques de S. J. Fockema Andrea à partir de la quatrième édition qu'en donna L. J. van Apeldoorn à Arnhem en 1939 en deux volumes, comme cela a déjà été dit.

* *
*

[1] Premier livre
Des principes du droit et de la condition juridique des personnes

Premier tableau du premier livre
Contenu du premier livre

La jurisprudence *est comprise dans le premier livre, le premier chapitre demande la connaissance de* la justice *et* des lois *que l'on appelle aussi parfois les* droits.

La justice *repose sur* le droit.

Le droit *est appelé* de façon large *et* étroite.

La justice qui regarde le droit pris de façon large *est appelé* général.

La justice qui regarde le droit pris de façon étroite *fait attention à* la célérité, *elle est appelée* justice attributive *et utilise le plus* la proportion, *ou elle fait attention à* la propriété *et est appelée* justice rémunératrice, *et utilise le plus* une commune similitude.

Les lois *sont différenciées d'après leur* origine *en* lois naturelles *et* lois positives.

De la loi naturelle, *livre I, chap. II.*

La loi positive *est* divine *ou* humaine.

La loi humaine *est* la loi commune des nations *ou* la loi civile.

De la loi civile, *il y a à en savoir les* sortes *et les* effets

Les sortes de loi civile *sont* écrites *ou* non écrites.

La loi civile écrite *est* générale *ou* locale.

La loi écrite générale *consiste en Hollande dans les* résolutions des Etats *ou dans les* ordonnances des cours provinciales.

Il y a plusieurs sortes de loi civile locale écrite.

Les effets de la loi civile *sont posés en général.*

Les lois *sont aussi distinguées* d'après leur matière, *car* certaines lois *touchent* le droit public*, certaines touchent* en particulier le droit civil.

[2] *Le traitement concernant les* lois du droit public *est posé par nous à une meilleure occasion au moyen de laquelle une grande partie de cela pourra être entendu à partir de nos ouvrages publiés.*

Les lois qui touchent en particulier le droit civil, *dont nous traitons du reste, nous enseignent que* chaque droit est pour certaines choses *ou les* moyens de protéger ce même droit et de le poursuivre.

Pour le droit civil particulier *qui nous enseigne* que chaque droit est pour une seule chose, sert *en premier lieu* la préparation, *ainsi*, de la condition juridique des hommes, *qui est traitée au début du livre I, comme aussi* de la condition juridiques des choses, *qui est traitée dans le livre II, premier chapitre. En second lieu, sert aussi à* ce droit civil l'exposé du droit lui-même *qu'il y a sur* la propriété *ou* le droit personnel.

De la propriété, *il est traité au début du livre II. Sur le* droit personnel, *sert le livre III.*

Le chapitre des lois qui touchent en particulier le droit civil *et qui nous enseigne* les moyens pour tenir et poursuivre ce même droit *est traité* par van Merle [1] *et, pour cela, négligé par nous.*

[1] Paul van Merle (1558-1607), était un juriste, historien et géographe néerlandais. Il avait étudié à Paris, Orléans et Bourges, où il reçut les enseignements de Cujas. Il continua à Genève, Bâle et Strasbourg. A partir de 1587, rentré dans les Pays-Bas, il travailla comme avocat à la Cour de Hollande. Il travailla à un manuel de droit civil, auquel renvoie ici Grotius, intitulé *Manier van procederen in de provintiën van Holland, Zeeland ende West-Vriesland, belangende civile zaaken*, qui fut publié en 1592 à Leyde. En 1597, il devint bibliothécaire de l'université de Leyde et travailla sur l'histoire des Etats Généraux, sur le droit et aussi sur la géographie. En 1605, il publiait à Amsterdam sa *Cosmographiæ generalis Libri tres.* Un opuscule qu'il avait également rédigé, *Dissertation de maribus*, a été également adjointe à la réédition du *Mare liberum* de Grotius publié à Leyde à partir de 1633.

*

Livre I
Chapitre I
De la jurisprudence et de la justice

§ 1. La JURISPRUDENCE *est un art de vivre selon la justice.*

§ 2. La JUSTICE *est un acte de la volonté pour faire ce qui est juste.*

§ 3. Est JUSTE *ce qui est en accord avec le droit.*

§ 4. Le DROIT *est pris de façon large ou étroite.*

§ 5. PRIS DE FAÇON LARGE, le DROIT *est l'accord de l'acte d'un être raisonnable avec la raison, pour autant qu'une autre [personne] y est intéressée.*

§ 6. PRIS DE FAÇON ÉTROITE, le DROIT *est la relation qu'il y a entre un être raisonnable et ce qui s'y accorde à travers une valeur et une propriété* [2].

§ 7. La VALEUR *est la capacité d'un être raisonnable à ce qui est désiré.*

[3] § 8. La PROPRIÉTÉ *se trouve là où quelque chose est appelé nôtre*, et consiste (comme il sera expliqué ci après) en UN DROIT RÉEL et un DROIT PERSONNEL.

§ 9. LA JUSTICE QUI REGARDE LE DROIT PRIS DE FAÇON LARGE est appelée par les sages ou GÉNÉRALE, parce qu'elle comprend en elle tous les actes d'une autre vertu, cependant, avec une acception particulière, à savoir pour autant qu'elles servent à la conservation de quelque société, ou aussi LÉGALE, parce qu'elle a autant de force que les lois et qu'à travers les lois, elle reçoit la mesure et la règle.

§ 10. Cette sorte de JUSTICE QUI REGARDE LE DROIT PRIS DE FAÇON ÉTROITE, *qui prend garde à la valeur est appelée* [JUSTICE] DISTRIBUTIVE ; l'autre qui envisage la propriété, [est] la [JUSTICE] COMMUTATIVE ; celle-ci emploie *la [règle de] proportionnalité*, celle-là, plus souvent, *la commune équivalence* [3].

---

[2] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *De jure belli*, liv. I, chap. I, § IV.

Voici ce passage : *« IV. Il y a une signification du droit différente de la précédente, mais qui en découle, et qui se rapporte à la personne. Pris dans ce sens, le droit est une qualité morale attachée à l'individu pour posséder ou faire justement quelque chose. Ce droit est attaché à la personne, bien qu'il suive quelquefois la chose, comme cela se voit dans servitudes de fonds qui sont dites des droits réels, par comparaison avec d'autres droits purement personnels ; non que les premiers ne soient pas aussi attachés eux-mêmes à la personne, mais parce qu'ils n'appartiennent à aucun autre qu'à celui qui possède une chose déterminée. Lorsque la qualité morale est parfaite, je l'appelle* faculté *; lorsqu'elle ne l'est pas,* aptitude *: celle-là répondant à ce qu'en matière de choses physiques, on désigne par* acte *et celle-ci à ce que l'on nomme* puissance *».* Cf. *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Paul Pradier-Fodéré, PUF (coll. Léviathan), Paris 1999, p. 35.

[3] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *De jure belli*, liv. I, chap. I, § VIII.

« VIII. - 1. La faculté *est l'objet de la justice* explétrice*, ainsi nommée proprement et à la rigueur, et qu'Aristote qualifie de* justice des contrats *: expression trop bornée ; car, que le possesseur d'une chose m'appartenant me la rende, ce n'est pas en vertu de quelque contrat qu'il agit ainsi, et cependant son action se rapporte à cette même justice. Aussi le même philosophe l'a-t-il appelée plus heureusement corrective. L'*aptitude *est l'objet de la justice* attributrice*, qu'Aristote a nommée* justice distributive*, et qui est la compagne des vertus dont l'objet est de procurer du bien aux autres hommes : la libéralité, la clémence, la sage conduite dans le gouvernement de l'Etat.*

2. Quant à ce que dit Aristote, que la justice explétrice *suit une proportion simple, qu'il appelle* arithmétique*, et la justice* attributrice *une proportion de comparaison, qu'il nomme proportion* géométrique*, laquelle a seule le nom de proportion chez les mathématiciens, ce sont de ces sortes de choses qui se présentent souvent, mais pas toujours. La justice* explétrice*, en effet, ne diffère pas de l'*attributrice *par l'usage de ces différentes proportions, mais par la matière sur laquelle elle s'exerce, comme nous l'avons déjà dit. C'est ainsi que le contrat de société s'exécute par une proportion de comparaison, et que s'il ne se rencontre qu'un seul individu capable d'un emploi public, il n'est plus besoin que d'une seule proportion pour le lui conférer.*

3. Il n'y a pas plus de fondement dans ce que quelques-uns disent que la justice attributrice *a pour objet les choses communes, et la* justice explétrice *celles qui appartiennent aux particuliers. Tout au contraire, l'individu qui veut disposer par legs d'une chose comprise dans ses biens fait usage de la justice* attributrice *; l'Etat qui rembourse sur les fonds publics ce qu'un citoyen a dépensé dans l'intérêt commun ne fait acte que de* justice explétrice*. C'est avec raison que cette distinction a été observée par le maître de Cyrus. Ce dernier ayant attribué à un enfant plus petit que les autres la tunique qui était proportionnée à sa taille, mais qui ne lui appartenait pas, et une tunique plus ample à celui qui était de plus haute stature, son maître lui dit, pour lui donner une leçon : qu'il aurait dû en user ainsi, dans le cas où il aurait été établi arbitre pour apprécier ce qui convenait le mieux à chacun ; mais que du moment où il*

§ 11. Les mots sont pris des mathématiciens.

§ 12. La COMMUNE ÉQUIVALENCE *se trouve là où deux choses sont comparées ensemble*, comme deux matières pesant une livre sont d'un poids équivalent.

§ 13. La [RÈGLE DE] PROPORTIONNALITÉ *se trouve là où deux choses sont dites égales en considération de quelque chose d'autre.* Ainsi, les poids d'une livre sont dits être égaux en considération d'une simple force et les poids de deux livres, en considération d'une force doublée. Beaucoup appellent celle-ci la proportion arithmétique, celle-là, la proportion géométrique, cependant, improprement.

*

Chapitre II
De la différence et des effets des lois

§ 1. LA LOI [4] (qui, aussi, est appelée le DROIT, parce qu'elle prescrit le droit) *est une œuvre de la raison qui règle ce qui est honorable pour le bien commun,* **[4]** *établi et publié* [5] *par celui qui arrive à l'autorité sur une communauté.*

[**Note de Willem Schorer :**

Publié : nul doute que, pour la validité d'une loi, comme [le dit] ici l'auteur, une promulgation soit requise, voir van Merle, *Manuel de procédure*, liv. I, tit. 4, chap. 5, nb 1, pour moi, p. 58, et cela avec une certaine solennité, voir Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, chap. 10, § 10, nb 1. Et si, par manque de soin, elle n'a pas été promulguée, que l'on agisse quant à une peine ou quant à l'acquisition de biens, elle n'oblige pas ; la raison en est que que l'obligation, en dehors du droit de la nature, vient de la volonté de celui qui fait la loi, voir l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, § XVI, nb 7 ; § VII, nb 13 ; § XIII, nb 16, et en outre Fredrick Adolf van der Marck, *Institutiones juris civilis privati communis et reipublicæ Groningo-omlandico proprii*, § 8 p. 10, § 11 p. 14, § 14 p. 66 et § 48 p. 75, et de là aussi, il conclut que l'acte de Caligula était tyrannique qui ordonnait que les édits soient écrits avec des lettres su petites et affiché dans un endroit si haut qu'ils ne pouvaient pas être lus ; mieux, la promulgation est à ce point nécessaire que le transgresseur ne peut pas être puni, bien qu'il ne fût honnêtement pas ignorant que la loi avait été faite, mais non encore promulguée, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 64, p. 140 ; de même, *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 119, nb 9 ; van Merle dans ledit endroit, nb 2 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3 *De legibus*, nb 10 ; Cooren, *Observationes rerum in Supremo Senatu Hollandiæ, Zeelandiæ et Frisiæ judicatarum*, obs. 1 aux mots *Secundo non obstat.* Cependant, il peut être fait qu'immédiatement, elle n'oblige pas ou ne lie pas si, bien sûr, quelqu'un a allégué une ignorance plausible et sérieuse d'une loi récemment promulguée et ainsi la Cour l'a-t-elle jugé le 3 janvier 1600, sentence que la Cour Suprême a confirmée le 25

---

s'agissait de juger auquel des deux appartenait la tunique, il ne fallait considérer qu'un point : de quel côté se trouvait la possession la plus légitime, à qui devrait appartenir l'objet, à celui qui l'avait enlevé violemment, ou à celui qui l'avait soit fait, soit acheté ? » Cf. *Le droit de la guerre* …, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 36-37.

[4] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 3, 1 et D. 1, 3, 2.

Extrait du livre Ier des *Définitions* de Papinien : *« La loi est le commandement commun, l'avis des hommes sages, la punition des délits qui sont commis volontairement ou par ignorance, l'engagement commun de la République ».*

Extrait du livre Ier des *Institutes* de Marcianus : *« Car l'orateur Démosthène donne la définition suivante :* (texte cité en grec) *"Est une loi celle à laquelle tous les hommes ont convenu d'obéir, d'une part à raison de nombreuses autres choses, d'autre part surtout parce que toute loi est une invention et un don de Dieu, voire la décision d'hommes sages, le châtiments des fautes tant volontaires qu'involontaires et l'accord commun de la cité, suivant lequel tous ceux qui s'y trouvent ont convenu de vivre". Mais Chrysippe, philosophe d'une très grande sagesse stoïcienne, commence ainsi, dans le livre qu'il a fait sur la Loi :* (texte en grec) *"La loi est la reine de toutes les choses divines et humaines ; aussi faut-il qu'elle préside tant aux choses bonnes qu'aux choses mauvaises, elle est le chef et la maîtresse des animaux, elle qui a voulu que les affaires politiques soient et de là, elle est la norme du juste et de l'injuste qui commande ce qui doit être fait et interdit ce qui ne doit pas être fait" ».*

[5] (Note de Groenewegen) Car autrement, celle-ci ne lie pas. Voir Cooren, *Supremæ Curiæ observationes*, I ; de plus, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 50, 9 *(De la confection desdécrets par un ordre)*, 6 et sur la Novelle LXVI, cap. 1.

septembre 1603 et de nouveau, une autre question étant apparue, le 23 juin 1621, comme ici dans les notes sur van Merle.

Cependant, quant à une promulgation ordinairement faite selon les usages, les citoyens sont obligés d'y obéir immédiatement, voir Voet, *Commentarius*, lib. I, tit. 3 *De legibus*, nb 9, ce que Cyprianus Regnerus van Oosterga, *Censura Belgica seu Novæ notæ et animadversiones in Libros IV Institutionum imperatoris Justiniani*, § 4, p. 703.

Il est à peine besoin de signaler qu'une promulgation n'est pas requise pour une coutume ou un droit non écrit, parce qu'avec la longueur du temps, par la fréquence des actes, elle est présumée observée par les citoyens comme le dit de même van der Marck, § 49, p. 78. Et cela est vrai là où, par une conséquence légale, la volonté du prince est à bon droit obtenue, elle peut être du moins obtenue ;voir Barbeyrac dans ses notes sur Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. I, chap. 6, § 4, note 2 et l'auteur dans ce chapitre, § 23 dans le passage *comme par exemple.* À partir de là, on peut douter [de savoir] quand les statuts sont imprimés et, de cette façon, sont venus à la connaissance du commun, si en outre, une promulgation sera requise. Voir Cooren dans ladite *Obs. 1*, p. 2. Parfois cependant, [le statut] est mis par écrit et alors il est appelé *Keur et Statut*, comme cela est enseigné dans les notes sur van Merle, lib. I, tit. 5, cap. 1, note 1, p. 66 et ainsi [les archiducs] Albert et Isabelle l'ont-ils expressément statué dans l'Édit perpétuel du 12 juillet 1611, art. 2.

Par celui qui arrive etc. Il est nécessaire, selon l'auteur, que la loi soit portée par celui qui a le pouvoir suprême, autrement, à personne, n'incombe la nécessité d'obéir et les transgresseurs la violeront impunément. De là, par Papinien dans D. 1, 3, 1, est défini le châtiment des délits et ainsi aussi, le dit Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. II, chap. 2, § 5. Cependant, Barbeyrac défend ici cette force de punir dans sa note 2 ; il illustre cela avec un exemple : quand l'autorité suprême, dit-il, est injustement privée de son royaume, avec cela même, elle ne perd pas le droit de porter des lois bien qu'elle perde la faculté de punir les transgresseurs. Cependant, il est en désaccord avec l'auteur et la sentence commune des jurisconsultes, voir Richard Cumberland, *Des loix naturelles*, prol. § 14 et chap. 5, § 40, à un point tel qu'il entre dans la voie opposée, car il rapporte que les lois sont plus soutenues par les récompenses que par les peines, parce que les âmes des mortels ne sont pas tant mues par la crainte des peines que par l'espoir de récompenses. Mais Pufendorf repousse cette opinion, *Le droit de la nature et des gens*, liv. I, chap. 1, § 14 et ainsi [le dit] aussi, très récemment, un homme d'une érudition non commune, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. 4, p. 396, auquel on peut ajouter l'*Encyclopédie ou dictionnaire raisonné*, discours préliminaire, p. 3 et Locke, dans son *Essai philosophique sur l'entendement humain*, liv. II, chap. 22, § 35, a établi que la volonté était plus conduite par la crainte que par l'espoir d'une récompense. Quoi qu'il en soit, à partir de ces opinions de ceux qui sont en désaccord, il s'ensuit que le célèbre Voltaire loue à bon droit l'empire des Chinois où les crimes sont non seulement punis, mais aussi, les vertus sont récompensées, voir *Essay sur l'histoire générale*, t. I, p. 18, comme requiert ce double lien aussi l'illustre Anton Schultingh dans son discours académique *De angusta hominis innocentia ad legem boni* (ou *De l'innocence bornée de l'homme pour la loi du bien*). De même, Benedikt Carpzov, *Praxis criminalis*, part. III, quæst. 101, nb 2 et élégamment Ulpien dans D. 1, 1, 1 § 1. Mieux, pour embrasser tout brièvement, il a agréé au plus haut point de joindre ces deux passages au législateur des Juifs, Ex 20, 5-6 et Dt 5, 9-10.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

I. Les lois générales doivent être promulguées partout où il est du'sage que cela soit fait ; autrement, elles n'obligent pas dans le lieu où la promulgation n'a pas été faite ; un exemple notoire se trouve dans la décision des deux Cours chez van Merle, *Praxis civilis*, part. I, lib. I, tit. 4, cap. 5, nb 3, note 28 (édition de 1780).

II. Les privilèges accordées à certaines places, promulguées dans ces places pour lesquelles elle sont portées, comme les autres lois particulières, font ici la loi.

III. Cependant, les interprétations authentiques des lois et les décisions, pourvu qu'elles aient été signalées publiquement, ont aussi force de loi sans promulgation.]

§ 2. Une Loi peut avoir trois effets, le premier *est une obligation concernant aussi la conscience* [6] ; car on doit obéir non seulement par crainte, mais aussi pour la conscience. C'est là une suite de

[6] (Note de Groenewegen) Voir Rm 13, 5.
« 5. Aussi doit-on se soumettre non seulement par crainte du châtiment, mais par motif de conscience ».

toutes les lois. Car les lois qui commandent obligent à faire, les lois qui interdisent, à éviter [7]. Les lois qui permettent sont tenues commander, non au regard de ceux auxquels cela est permis, mais au regard de tous les autres auxquels il n'est pas permis d'empêcher une telle chose. Le second effet est *la peine* [8], à savoir quand celle-ci est ajoutée par la loi et qu'elle porte avec elle une obligation à la souffrir quand elle-même est réclamée judiciairement, mais autrement, non [9], à moins que cela ne soit trouvé par la suite dans la loi. Le troisième effet *est une annulation* [10] *de tous les actes qui s'opposent à la loi*, à savoir quand la loi exprime une telle chose, qu'elle enlève à quelqu'un le pouvoir [de le faire] ou aussi, quand l'acte a une injustice constante.

[**Note de Willem Schorer :**

Une loi peut avoir trois effets. L'auteur enseigne ici que la vertu de la loi est triple ; en revanche, Modestinus dans D. 1, 3, 7, dit qu'elle est quadruple : commander, interdire, permettre, punir ; elle commande donc des choses justes, c'est-à-dire en accord avec la paix et la société humaine ; elle interdit les choses contraires. Cependant, en aucune façon, il ne peut être fait en sorte qu'elle soit adéquate et à propos pour chaque individu, seulement, elle convient à la plus forte partie des sujets, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. VI, p. 19 ; Antonio Gomez, *Ad leges Tauri commentarius* [promulguées par Alphonse X en 1326], sur la loi 1, nb 5. Mais la loi, comme le signale Modestinus, permet aussi, parce qu'elle ne peut pas tout embrasser, voir Mantica, *De conjecturis*, dernier vol. lib. XII, tit. 18, nb dernier. En outre, elle est portée pour des hommes imparfaits et exposés aux erreurs et aux passions ; de là, , plus souvent, le législateur fait ordinairement remise de quelque chose à la fragilité humaine ou aux vices du siècle, lorsque la coutume retire quelque chose au crime, voir l'auteur dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § XXXV, ce qu'aussi Pufendorf approuve dans le *Droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. 3, § 23, et de Réal, t. I, p. 326. À partir de là, il conclut dans son t. VI, p. 165, qu'aucune loi de la République ne sera nuisible à ce point que celle qui obligerait les sujets à trop de perfection et il en a déjà indiqué la raison dans son t. IV, p. 737, [en disant] que' le corps politique est bien sûr à l'instar du corps humain qui ne peut pas subsister s'il était privé de toute humeur saine, et cela a été ainsi répondu dans des termes plus forts, voir *Consilia Batavorum*, cons. 2, p. 5 aux mots *zulks dat indien*. Nous avons aussi un illustre exemple de cela dans les Écritures saintes, où Dieu avait permis aux Juifs le divorce et avait prescrit une mesure au renvoi, voir Dt 24, 1 et Esd 10, 3. Il est cependant très clair que cela a été accordé à ceux-ci à raison de la dureté de leur cœurs à partir des termes du Sauveur, Mc 10, 4-5. De cela, il appert que les règles du droit sont une chose, une autre, les préceptes, ce à quoi fait peut-être une allusion Jb 31, 11 et 28. Alors que cela inclut les conseils spéciaux des devoirs et exhorte à ce qui est convenable à la vie

---

[7] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 3, 7.

Extrait du livre premier des *Règles* de Modestinus : *« Cette vertu de la loi est de commander, d'interdire, de permettre et de punir ».*

[8] (Note de Groenewegen) Voir Rm 13, 4 et D. 1, 3, 2.

« (4) Car [l'autorité] est un instrument de Dieu pour te conduire au bien. Mais crains, si tu fais le mal ; car ce n'est pas pour rien qu'elle porte le glaive : elle est un instrument de Dieu pour faire justice et châtier qui fait le mal ».

D. 1, 3, 2 a déjà été repris ci-dessus dans la note 4.

[9] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla ad D. 3, 2 (De his qui notantur infamia),* nb 6 ; Lessius, *De justitia et jure,* II, cap. 20, *dubit. 15*, nb 135-136 ; Covarruvias, *De sponsaliis*, part. II, cap. 6, nb 11.

[10] (Note de Groenewegen) Voir C. 1, 14, 5.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée au Préfet du prétoire Florentius et donnée en 439 : *« Il n'est pas douteux qu'agit contre la loi celui qui, embrassant les termes de la loi, s'appuie [sur eux] contre la volonté de la loi. Il n'évitera pas les pénalités incluses dans les lois celui qui s'excuse frauduleusement avec un cruel gage à l'encontre de la sentence du droit. En effet, nous voulons que nul pacte, nulle convention, nul contrat ne soit considéré s'être ensuivi entre ceux qui contractent, la loi interdisant de contracter. Nous commandons que l'on interprète généralement tant pour les anciennes interprétations des lois aussi que pour les nouvelles, de sorte qu'il suffise que l'on interdise au législateur ce que l'on ne veut pas qu'il fasse et qu'il soit permis de rassembler les autres choses comme si elles avaient été exprimées sur le fondement de la volonté de la loi, c'est-à-dire, de façon à ce que l'on interdisait de faire avec la loi, si cela a été fait, soit aussi tenu pour non réalisé, bien que le législateur ait seulement interdit qu'on le fasse e »t n'a pas spécialement dit que ce qui avait été fait devait être sans effet ; mais, si quelque chose s'est ensuivi à partir de cela, ou à cause de cela, ce qui a été fait, la loi l'ayant interdit, nous commandons que cela soit aussi cassé et soit sans effet. 1 - C'est pourquoi, suivant la règle précitée, avec laquelle nous avons pensé que, nulle part, l'on n'observe ce qui a été fait, la loi l'ayant interdit, qu'un mandat n'est d'aucune importance et que l'on ne reçoive pas de serment ».*

des hommes les plus intègres, si quelqu'un a observé cela, il sera loué, sinon, il se le verra reprocher ; cependant, dans un tribunal humain, elle ne ne rachète aucune peine ; par exemple, si quelqu'un n'a pas montré la voie à celui qui erre, une trace de cela sera tenue dans la loi mosaïque, voir Dt 27, 28 ; s'il a refusé une aumône au pauvre, s'il mène une vie oisive à un point tel que le poids de la terre soit inutile ; si un vendeur a réclamé plus de l'acheteur qu'il est équitable ou si l'acheteur, à un pris plus bas que le bien vaut, a acheté du vendeur, du fait que, dans tous les échanges, une égalité doit être observée avec soin, voir l'auteur dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § XI, nb 1 et 2. Ce qui est communément cru d'un bon père de famille. Sur la seule loi, il a déclaré innocents les parents qui déshéritent les enfants nés d'eux-mêmes qui ont bien ou, au moins, mal mérité, de même, les enfants dans un ordre inversé de mortalité, cédant au destin, qui laissent de côté leurs parents, voir Schultingh dans ledit *Discours académique*, p. 41. Et, quant au droit, [Juan Yañes Parladorio réprouve que la prescription soit égalisée, dans ses *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, XII, § 2, nb 3 que l'on ne possède pas à bon droit le bien d'autrui, que l'on sait être celui d'autrui, par une sentence du juge, nb 6. Dans tout cela, il forme un tout harmonieux qui est dit dans D. 50, 17, 144, non tout ce qui est quoiqu'honorable et celui-ci, à bon droit, il est plus que clair qu'il agit en philosophe ou à partir du propos de Saint Paul dans 1Cor 6, 12 et 10, 23. Delà, également, on doit s'en abstenir comme si cela avait été interdit dans les lois, car les législateurs n'ont pas toujours touché avec précision le juste et le bon, cependant la racine et le fondement de toutes les lois, ce qui est, de façon certaine, plus certainement, vrai et à partir de différentes lois contraires des différents endroits envers soi et à partir de ce qui manque réciproquement, peut être démontré de façon péremptoire et, assurément, a été posé en dehors te tout aléa de controverse ; car, par exemple, Dracon, le législateur des Athéniens, a ordonné que soit puni de mort tout vol, cependant, cette rigueur a été adoucie par Solon ; en sens contraire, Lycurgue, pour les rendre plus rusés, a permis aux Lacédémoniens le vol, qui n'est pas interdit aux Égyptiens. Bielefelt observe bellement combien ces trois très célèbres législateurs, de façon fâcheuse, en recherchant les sources du juste et du bon, avaient réunies, dans ses *Institutiones politicæ*, t. I ; cap. 1, §§ 13, 14 et 15 ; à celui-ci, on peut ajouter de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 44 et suivantes. Et, selon les anciennes lois des Frisons qui étaient en vigueur entre l'Escaut et la Weser, les crimes les plus atroces n'étaient pas même châtiés du dernier supplice, mais seulement avec une amende, à un point tel que le parricide n'était pas puni de mort, mais opérait uniquement un abandon de la succession paternelle, voir *Vaderlands Historie*, part. II, p. 27. D'où, peut-être, chez nous est passée en proverbe [l'expression] : *la main couverte de sang ne prend aucun héritage*, comme [le dit] l'auteur ci-dessous dans le liv. II, chap. XXVIII, § 42. Il y a aussi un statut de Willem II de 1245 donné aux gens de Haarlem selon lequel l'homicide n'est pas puni de mort, un auteur loué avec mesure ; et cette barbarie, aucun crime n'étant excepté, a triomphé à l'époque de Charlemagne à la faveur de la dignité des personnes, voir Voltaire, *Essay sur l'histoire générale*, t. I, p. 82 et 107. Et, dans la République de Pologne, jusqu'à ce jour, il est permis à un noble, à la faveur de son plaisir, de tuer un paysan attaché à la glèbe, quand tous, ici, sont attachés à la glèbe, il paie seulement quinze florins, une loi criminelle qui est détestée à juste titre, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. II, p. 605, *Le philosophe bienfaisant*, t. III, p. 3.

Dans notre Code aussi, elle disparaîtra comme très injuste et également, indigne pour des oreilles tant barbares que chrétiennes, plût au ciel, et inouïe ! Voir C. 9, 8 *(Sur la Loi Julia de la haute-trahison)*, 5 § 1, selon laquelle ceux qui sont nés innocents sont punis à raison du crime du géniteur qui a nui, à un point tel que pour ceux qui sont méprisables avec une pauvreté perpétuelle, la mort est une consolation et la vie un supplice ; à juste titre, l'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XXI, § xii, nb 2, s'étonne que l'empereur Arcadius, bien que chrétien, ait osé dire qu'il devait mourir avec le supplice paternel ; pour ceux-ci, les exemples du crime paternel étaient craints, il n'y a personne qui l'objecte, comme le tient Grotius dans le § 14, nb 1, [disant] que Dieu, Ex 20, 5, menace certes que l'impiété paternelle sera vengée ; l'auteur répond que Dieu a le droit le plus entier d'un maître, d'une façon telle qu'il peut ôter notre vie et nos biens sans aucune cause ; en outre, il n'use pas de ce droit à la place d'une peine pour punir les enfants, mais pour que les parents soient plus lourdement punis. En revanche, récemment, le révérend Magnet, prédicateur chez les gens de Haarlem, ne se contentant pas de cette réponse (si j'en juge à bon droit quelque chose, il ne supprime pas du tout la difficulté), a interprété autrement la loi divine, car, à partir d'une dissertation singulière faite *ex professo*, publiée en langue française, entreprend de montrer savamment que les menaces de la vengeance divine ne s'étendent pas au troisième ou au quatrième degré, mais que Dieu venge cette transgression seulement au troisième ou au quatrième degré, si, bien sûr, ils ont persévéré dans ce

crime, les suivants qui cultivent opiniâtrement les idoles, et ainsi, les interprètes aussi le disent-ils dans les notes sur Ex 34, 7, s'il n'est pas à bon droit ou au contraire de faire une enquête de ce tribunal ; rien n'est impossible qui ne soit pas fait, en le disant, plausible. À bon droit, peut-être, on répondra que la différence est si grande entre la majesté divine immuable et la majesté humaine que l'argument ne procède pas de l'une à l'autre, mais non au-delà de la chaussure, à partir d'un détour sur la route. Pour que rien ne fasse défaut à la démesure de cette loi, aucune différence clairement, [savoir] si avant ou après le délit paternel, le fils est né, à un point tel que la légitime n'est pas même laissée, mais que celle-ci lui sera aussi enlevée et qu'il est écarté aussi de toute succession des étrangers, voir von Stromberg, *De criminibus*, cap. 24, p. 382. Cependant, la fille peut recevoir à partir des biens de la mère la légitime, que ce soit à partir d'un testament ou ab intestat, voir Antonio Gomez, *Resolutiones*, t. III, cap. 2, nb 13. Il y a dans l'histoire d'Écosse une sentence très injuste ; car, alors que le comte d'Argill, le 16 juin 1661, fut puni de mort, non seulement, tous ses biens furent adjugés au roi, mais tous les enfants de celui-ci furent exclus des charges publiques de n'importe quelle dignité, voir Aizema, *Historie van Staet*, part. X, p. 67, et ce droit ou plutôt cette injustice a été surtout usitée par les Anglais, signale Hemskerk dans *Batavorum Arcadia*, p. 373 et il réprouve que la peine dépasse la personne du délinquant, voir Abraham de Pape, *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, t. II, p. 47 et suivante. Voyez ce que nous tiendront ci-dessous dans le liv. II, chap. XXXII, § 34.

Du reste, sur la différence des lois et des préceptes, il faut relever que les préceptes, plus souvent, les mœurs des hommes ayant été modifiées, ont été changés en règles ; ainsi, chez les Romains, un père frappait impunément sur un mur un enfant récemment né encore rouge [du sang] de sa mère ; cette monstruosité horrible, dont vous vous étonnerez, a duré jusqu'à l'époque de Constantin le Grand et jusqu'en 1500. Les Polonais tuaient les enfants qui soufraient d'un défaut du corps, de même, les vieillards décrépis, voir Voltaire, *Essay*, t. I, p. 217. Ainsi aussi, les épouses romaines faisaient disparaître un fœtus jusqu'à ce que le divin Sévère et Antonin [le Pieux], contre l'avortement, s'en étant préoccupés, aient statué une peine d'exil temporaire, voir C. 47, 11, 4. L'illustre Noodt poursuit plus largement cette matière, cap. 10 et 11, Barbeyrac, *Discours sur la permission des loix* en entier et l'auteur du *Droit de la guerre et de la paix*, liv. III, chap. IV, § II.

Enfin, nous voyons que Modestinus rapporte aussi la permission à la vertu de la loi ; cette sentence est cependant démentie par Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. I, chap. 6, § 15 ; car la permission, dit-il, n'est pas une action de la loi ; mais de nouveau, elle est réfutée par Barbeyrac dans ses notes sur cet endroit.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 9 de Groenewegen van der Made :**

La confiscation des biens ne peut pas être faite, ni l'exécution de l'amende, bien que qu'établie selon le désir des États, sans une condamnation préalable du juge, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 342, p. 641 (cette sentence a été commandée par les magistrats pour une exécution *par sommation* ou *renouvellement*) et, celle-ci faisant défaut, si le magistrat a voulu user de ces remèdes, une supplique peut être présentée et demandée aux États pour que l'exécution soit interdite au magistrat, voir Wassenaar, *Practica judicialis*, cap. 22, nb 5, et l'auteur lui-même, liv. III, chap. XXXII, § 21.]

§ 3. La loi étant ainsi décrite en général a ses distinctions. En premier lieu, à partir de sa cause efficiente.

§ 4. Car toute LOI est NATURELLE ou POSITIVE.

§ 5. La LOI NATURELLE, dans l'homme, *est le jugement de l'entendement donné de savoir quelles choses, à partir de leur propre nature, sont honorables et non, honorables avec l'obligation de suivre cela même à raison de Dieu* [11].

[11] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)*, début et § 1 ; Grotius, *De jure belli*, I, chap. I, § X.

Le passage des *Institutes* est le suivant : *« Le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les êtres vivants. Car ce droit n'est pas propre au genre humain, mais à tous les êtres vivants qui, dans le ciel, sur la terre et dans la mer, naissent. De là, vient l'union du mâle et de la femelle que nous appelons le mariage, de là, la procréation et l'éducation des enfants ; le fait est que nous verrons aussi les autres êtres vivants être jugés avoir l'expérience de ce droit. § 1. Mais le droit est ainsi divisé en droit civile et droit des gens ; tous les peuples qui sont gouvernés par des lois et des coutumes, usent en partie de leur droit propre, en partie du droit commun de tous les hommes ; car ce droit que chaque peuple a lui-même établi pour lui est le droit propre de la cité elle-même et appelé le droit civil,*

§ 6. De ces choses, certaines sont propres à l'homme, certaines communes à lui et aux autres créatures, non que les créatures sans raison ne prennent pas proprement part au droit [12], **[5]**

---

comme le droit propre de cette même cité ; mais ce que la raison naturelle a établie entre tous les hommes est gardé chez la plupart des peuples et est appelé le droit des gens, comme si tous les peuples usaient de ce droit. C'est pourquoi le peuple Romain *use en partie de son droit propre, en partie du droit commun de tous les hommes. Nous exposerons à leurs places ce qu'est chacune de ces choses ».*

Quant au passage repris de Grotius, il est le suivant : *« X. - 1. Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action, suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est normalement nécessaire et que, conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne.*

2. Les actes à propos desquels se manifeste cette règle sont, par eux-mêmes, ou d'obligation, ou illicites, et comme tels ils sont censés nécessairement ordonnés ou défendus par Dieu. Voilà en quoi ce droit diffère non seulement du droit humain, mais aussi du droit divin volontaire, qui ne prescrit pas ou ne prohibe pas des choses obligatoires ou illicites par elles-mêmes et de leur propre nature, mais qui rend ces choses illicites en les interdisant, et d'obligation en les commandant.

3. Il faut remarquer, pour l'intelligence du droit naturel, qu'il y a certaines choses qu'on attribue à ce droit d'une manière impropre, mais – suivant l'expression qu'affectionnent les Scholiastes – par réduction, auxquelles le droit naturel n'est pas formellement contraire. C'est ainsi que nous avons dit tout à l'heure qu'on qualifie de justes les choses exemptes d'injustice. Quelquefois aussi on rapporte par abus au droit naturel des choses que la raison fait regarder comme honnêtes, ou comme meilleures que celles qui leur sont opposées, quoiqu'elles ne soient pas d'obligation.

*4. Il faut savoir de plus que le droit naturel ne regarde pas seulement les choses qui sont en dehors de la volonté des hommes, mais qu'il a aussi pour objet beaucoup de choses qui sont une suite de quelque acte de cette volonté. C'est ainsi que la propriété, telle qu'elle est à présent en usage, a été introduite par la volonté humaine ; mais du moment où elle est introduite, c'est le droit naturel lui-même qui m'apprend que c'est un crime pour moi de m'emparer, contre ton gré, de ce qui est l'objet de ta propriété. Aussi le jurisconsulte Paul a-t-il dit que le vol est interdit par le droit naturel ; Ulpien, que c'est une action naturellement déshonnête ; Euripide, dans ces vers d'*Hélène*, que c'est un acte qui déplaît à Dieu (…).*

5. Le droit naturel est tellement immuable, qu'il ne peut pas même être changé par Dieu. Quelque immense, en effet, que soit la puissance divine, on peut dire cependant qu'il y a des choses sur lesquelles elle ne s'étend pas ; parce que celles auxquelles nous faisons allusion ne peuvent être qu'énoncées, mais n'ont aucun sens qui exprime une réalité, et sont contradictoires entre elles. De même donc que Dieu ne pourrait pas faire que deux et deux ne soient pas quatre, de même il ne peut empêcher que ce qui est essentiellement mauvais ne soit mauvais. C'est là ce qu'Aristote donne à entendre quand il dit qu'il y a certaines choses dont le nom n'est pas sitôt prononcé, que l'on conçoit qu'elles sont vicieuses. Car comme l'essence des choses, dès qu'elles existent, et de la manière qu'elles existent, ne dépend plus d'ailleurs, il en est de même des qualités qui sont la conséquence nécessaire de cette essence ; or, telle est la malignité de certaines actions comparée avec une nature douée d'une saine raison. Aussi Dieu souffre-t-il que l'on juge de lui d'après cette règle, ainsi qu'on le voit dans la Genèse *(18, 22),* Ésaïe *(5, 3)*, Ézéchiel *(18, 25)*, Jérémie *(2, 9)*, Michée *(6, 2)*, Rm *(3, 6).*

6. Il arrive cependant parfois, dans les actes à propos desquels le droit naturel a prescrit quelque chose, une espèce de changement qui trompe les inattentifs, puisqu'en effet, ce n'est pas le droit naturel qui change, lui qui est immuable, mais c'est la chose à l'égard de laquelle le droit naturel a statué, qui subit le changement. Prenons un exemple : si mon créancier me tient quitte de ce que je lui dois, je ne suis plus tenu de lui rien payer, non parce que le droit naturel aurait cessé de me prescrire de payer ce que je dois, mais parce que l'objet de ma dette a cessé d'être dû. C'est ainsi qu'Arrien dit avec raison dans Épictète, qu'il ne suffit pas, pour qu'une somme d'argent soit due, qu'elle ait été donnée en prêt, mais qu'il faut que la dette subsiste encore, qu'elle n'ait pas été éteinte. De même, si Dieu prescrit d'immoler quelqu'un, de le dépouiller de ses biens, non seulement il n'y aura pas là un homicide ou un vol licites - termes qui impliquent l'idée de crime -, mais il n'y aura même ni homicide ni vol, parce que ces actes auront eu lieu sur le commandement de Dieu, maître suprême de la vie et des biens.

7. Il y a aussi des choses qui sont du droit naturel, non purement et simplement, mais à raison d'une situation déterminée. C'est ainsi que tant que la propriété n'avait pas été introduite, l'usage des choses en commun a été de droit naturel, et qu'on a eu le droit de poursuivre son bien par la force avant que les lois aient été promulguées ». Cf. *Le droit de la guerre …, op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 38-40.

[12] (Note de Groenewegen) Voir les docteurs sur le début des *Institutes*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)* ; Grotius, *De jure belli*, I, chap. I, § XI ; Selden, *De jure naturæ*, I, cap. 4 et 5.

Voici le passage repris de Grotius : *« XI. - 1. La distinction qui existe dans les livres de droit romain, entre un droit immuable commun commun aux animaux et à l'homme - que dans un sens plus étroit les jurisconsultes de* Rome *appellent* droit de nature *-, et un droit propre à l'humanité - que les mêmes jurisconsultes désignent par le nom de* droit des gens *- n'est presque d'aucun usage ; car il n'y a d'être à proprement parler susceptible de droit, que celui qui se dirige d'après des principes généraux. C'est ce que remarque parfaitement Hésiode. "La loi, dit-il, est donnée par le grand Jupiter au genre humain ; les bêtes sauvages, les poissons, le oiseaux au vol élevé, deviennent la pâture les uns des autres : le droit n'a pas lieu entre eux. Mais la justice, qui est la chose la plus excellente, a été notre partage". "Nous ne disons pas qu'il existe une justice pour les chevaux, pour les lions", écrit Cicéron, dans le livre I de son* Traité des devoirs. *Plutarque, dans la vie de Caton l'Ancien, dit aussi que "nous ne nous servons naturellement des lois et de la justice qu'à l'égard des hommes". "Nous voyons, en effet, dit Lactance, que dans tous les êtres animés dépourvus de raison, il y a une nature qui prend soin d'elle-même. Ils nuisent aux autres pour se faire du bien ; ils ne savent pas que nuire ce soit un mal. Mais l'homme, qui possède la science du bien et du mal, s'abstient de nuire à autrui, même à ses propres dépens". (…)*

2. Que si quelque fois on attribue aux brutes une notion de justice, c'est improprement, et parce qu'on remarque en elle quelque ombre et quelque vestige de raison. Que, d'ailleurs, une action sur laquelle le droit naturel s'est prononcé nous soit commune avec les autres

lequel convient seulement aux êtres raisonnables, mais que l'homme, à travers la raison qu'il y a en lui, trouve qu'est juste pour lui ce que font les autres créatures ou ou seulement à travers leur force innée ou aussi, avec un certain appétit et une certaine inclination. Car, de même que tout ce qui existe recherche le bien commun et, de plus, le sien propre, en particulier sa conservation, de même aussi les animaux, à travers l'union du mâle et de la femelle, recherchent la multiplication de leur espèce et entretiennent leurs enfants, ainsi est-ce ce qu'un homme qui fait une telle chose aussi trouve dans sa conscience qu'il fait ce qui est juste ; mais pour autant qu'il est une créature raisonnable, il est en outre conduit au service de Dieu et à une communauté raisonnable avec les autres hommes, dont les principes fondamentaux sont : faire à autrui ce que l'on veut que la même chose se produise pour soi [13], tenir sa foi, son obéissance, sa reconnaissance et comme aussi en outre, les vertus de toutes sortes des mœurs. Ce qui est interdit par la loi naturelle n'est pas enjoint ; ce qui est enjoint par la loi naturelle ne peut pas être interdit, les choses restant dans le même état ; et c'est en ce sens que loi loi est appelée immuable [14], bien qu'autrement, ce qui était laissé libre par la loi naturelle peut être enjoint ou interdit par d'autres lois et les choses elles-mêmes peuvent être changées par une autre loi ou un acte de volonté de telle façon que l'obligation de la loi naturelle cesse de jouer [15].

§ 7. La LOI POSITIVE *est celle qui tire sa première origine de la volonté du législateur* [16].

§ 8. Elle est DIVINE ou HUMAINE.

§ 9. Pour la LOI POSITIVE DIVINE, nous savons qu'après la venue de notre Seigneur Jésus-Christ, [il n'y en a] aucune autre que celle que Dieu le Père, par l'intermédiaire de notre Seigneur Christ, nous a révélée.

[***These selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

IV. le droit n'est pas prononcé en Hollande à partir des lois mosaïques, *Décret de Hollande* du 19 mars 1735.]

§ 10. La LOI HUMAINE [POSITIVE] est le DROIT DES GENS ou le DROIT CIVIL ; laquelle distinction a eu son origine **[6]** à l'époque où les hommes sont devenus si nombreux qu'ils n'ont pas pu se trouver ensemble sous un seul gouvernement et ont donc dû se partager en différentes communautés civiles.

§ 11. Le DROIT DES GENS *est celui qui a été accepté par les peuples pour la conservation de la communauté du genre humain* [17].

---

animaux, telle que l'éducation des enfants, ou qu'elle nous soit propre à nous, tel que le culte de la divinité, cela n'importe en rien à la nature du même droit ». Cf. *Le droit de la guerre …, op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 40-41.

[13] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, i *(De la justice et du droit)*, § 3.

« § 3. Les principes du droit sont : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun ce qui lui revient ».

[14] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)*, § 11.

« § 11. Mais, certes, les droits naturels qui sont observés chez tous les peuples ou la plupart, établis par une certaine providence divine, restent toujours fermes et immuables. ; mais ce que chaque cité a elle-même établi pour elle est ordinairement souvent modifié avec le consentement tacite du peuple ou par une autre loi promulguée par la suite ».

[15] (Note de Groenewegen) Voir les docteurs sur ledit § 11 ; Grotius, *De jure belli*, I, chap. I, § X.

La passage de Grotius a déjà été repris ci-dessus, cf. note 11.

[16] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)*, § 2.

« § 2. Mais le droit est certes appelé civil à partir de chacune des cités, comme celle des Athéniens ; car, si l'on veut appeler les lois de Solon ou de Dracon le droit civil des Athéniens, on ne s'est pas trompé. Ainsi, en effet, nous appelons le droit dont use le peuple Romain le droit des Quirites, dont usent les Quirites ; en effet, les Romains sont appelés par Quirinus les Quirites. Mais chaque fois, nous n'ajoutons pas que nous signifions à quelle cité appartiendra notre droit, de même quand nous disons avec le poète et n'ajoutons pas le nom, le distingué Homère chez les Grecs le sous-entend et chez nous, Virgile. Mais le doit des gens et commun à tout genre humain. Car, l'usage et les nécessité humaines le réclamant, les peuples humains se sont établis certaines choses ; le fait est que des guerres sont nées, les captivités et les servitudes se sont ensuivies, qui sont contraires au droit naturel. En effet, selon le droit naturel, dès le commencement, tous les hommes naissaient libres. A partir de ce droit des gens, presque tous les contrats ont été introduits, comme l'achat-vente, l'offre de bail-prise de bail, la société, le dépôt, le prêt et d'autres innombrables ».

[17] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des genset du droit civil)*, à la fin du § 1.

§ 12. Celui-ci, bien qu'il ne s'ensuive pas nécessairement de la loi naturelle, est cependant très proche d'elle ; et ainsi, pour cela, comme à raison de son extension et de son utilisation durable, est très difficilement modifié ; de même, la loi de libre conduite des ambassadeurs [18] et plus les autres concernant la paix et la guerre.

§ 13. Nous appelons DROIT CIVIL *celui qui a pour première origine la volonté de l'autorité d'une communauté civile* [19].

§ 14. Celui-ci est propre à un peuple, comme la puissance des maris sur leurs épouses qui est particulièrement propre à la Hollande, ou commun que ce soit à tous, que ce soit le plus à tous les peuples ; cependant, [il est] muable aussi sans la volonté d'un peuple, comme ne concernant pas la communauté réciproque de tous les hommes, comme le sont beaucoup de lois portées sur le commerce et les successions.

[**Note de Willem Schorer**

Comme la puissance des maris. L'auteur, traitant ici du pouvoir du mari, enseigne que celui-ci est propre aux Hollandais ou commun à un grand nombre d'autres peuples au moins et, chez les Juifs aussi, il est clair que l'épouse était soumise à la puissance du mari. De là, nous lisons que Bethsabée avait pleuré son mari Urie, son seigneur, mort au combat, voir 2S 11, 26, et exactement dans le même sens Pr 12, 4. Ailleurs, cependant, le mari est appelé dans les Écritures saintes, un ami, voir Jr 3, 20, Os 3, 1, et l'épouse, la compagne du mari, voir Ml 2, 14, l'apôtre [Paul], conduit pas l'inspiration divine, dans 1Cor 11, 7-12, l'auteur ci-dessous dans le liv. I, chap. V, §§ 31, 32, 33 et 34 et, dans le liv. II, chap. XI, § 17 et il signale que celui-ci provient du droit de la nature, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. V, § VIII.]

§ 15. Le DROIT CIVIL est ÉCRIT ou NON ÉCRIT [20].

§ 16. Le DROIT ÉCRIT, dans les provinces de Hollande et de Frise occidentale est GÉNÉRAL ou LOCAL.

§ 17. La LOI [CIVILE] ÉCRITE GÉNÉRALE DU PAYS consiste dans les RÉSOLUTIONS DES ÉTATS, c'est-à-dire de la chevalerie, des nobles et des grandes villes, ou dans les PLACARDS DES GOUVERNEURS PROVINCIAUX, auxquels un tel pouvoir est délégué légalement par les Etats **[7]** sous le nom des COMTES, SEIGNEURS, GOUVERNEURS ou HAUTS MAGISTRATS.

[**Note de Willem Schorer**

La loi civile écrite générale du pays. Qu'en est-il, si les statuts ou les ordonnances des États s'opposent au droit romain, également, comme dans les lois romaines, l'interprétation étendue aux cas semblables pourra-t-elle être permise ? Il y en a qui le refusent et enseignent qu'il faut s'attacher très strictement aux termes de l'édit, et parmi ceux-ci, Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. III, cap. 3, dans le passage *loquitur*. Pas même à partir d'une identité ou une égalité de raison,

---

Voir ci-dessus le passage note 11.

[18] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 7, 18.

Extrait du livre XXXVII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si quelqu'un a frappé un ambassadeur des ennemis, il sera jugé l'avoir fait contre le droit des gens, parce que les ambassadeurs sont tenus pour sacrés. Et c'est pourquoi si, alors que les ambassadeurs d'un autre peuple se trouvent chez nous, une guerre a été déclarée avec eux, il a été répondu qu'ils demeuraient libres. C'est pourquoi Quintus Mucius avait coutume de répondre que celui qui avait frappé un ambassadeur serait remis aux ennemis dont il était l'ambassadeur. Si les ennemis ne l'avaient point reçu, on a demandé s'il restait citoyen romain : pour certains qui le pensaient, il le restait, pour d'autres non, parce qu'une fois que le peuple avait ordonné qu'il soit remis, on considérerait qu'il avait été chassé de la cité, comme on le ferait, tandis que l'on s'est vu interdire de feu et d'eau. Publius Mucius semble avoir été de cet avis. Cela a surtout été demandé pour Hostilius Mancinus, que les Numantins ne reçurent point, alors qu'il leur avait été remis ; cependant, à cet égard, une loi a été par la suite passée pour qu'il soit citoyen romain et l'on dit qu'il avait même exercé une préture ».*

[19] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)*, § 2.

Cf. ci-dessus le passage dans la note 16.

[20] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)*, § 3.

« § 3. Notre droit existe à partir d'un écrit ou sans un écrit, comme chez les Grecs, (texte en grec) *"certaines des lois [sont] écrites, d'autres, non écrites". Le droit écrit est la loi, les plébiscites, les sénatus-consultes, les volontés de l'empereur, les édits des magistrats et les réponses des jurisprudents ».*

voir Cooren, *Observationes rerum in Supremo Senatu Hollandiæ, Zeelandiæ et Frisiæ judicatarum*, obs. 38, nb 9. La Cour d'Utrecht a aussi ainsi jugé le 25 octobre 1582, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 44, nb 3. Il y en a qui l'affirment, comme plus longuement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3, nb 24 et en outre, van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 50 dans les notes, et p. 56. Cette opinion me semble plus vraie, lorsqu'il n'y a pour tout dite aucune raison pour laquelle l'autorité [serait] moindre pour nos législateurs que pour les Romains et, ceci étant posé, il s'ensuivrait aussi qu'une loi étrangère et portée ailleurs, mais en revanche ici reçue, serait plus puissante que la loi même de la patrie, ce que l'on peut à peine admettre, et cette opinion que je suis ici convient à une saine méthode d'interprétation de la loi, comme [le dit] Pufendorf dans *De Officiis hominis et civis*, lib. I, cap. 17, § 10 : *"La loi peut en conséquence*, dit-il, *être étendue à un cas qui n'est pas exprimé dans la loi, s'il est évident que la raison qui cadre dans ce cas, était unique qui a touché le législateur et que celle-ci a été considérée par celui-ci même dans sa généralité et de sorte qu'elle embrasse aussi des cas équivalents ; mais la loi doit être étendue à ces cas qui sont trouvés en fraude de la loi par des hommes habiles de façon défectueuse"*. Il explique plus largement la méthode d'interprétation de la loi dans son *Droit de la nature et des gens*, lib. V, cap. 12, et l'auteur lui-même [le fait] dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XVI. Du reste, les statuts reçoivent parfois leur interprétation des lieux voisins, là où une coutume non totalement différente est en vigueur ou est trouvée avoir été exprimée plus clairement, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cap. 5, nb 51-52, p. 45.]

§ 18. Les LOIS [CIVILES] ÉCRITES LOCALES sont faites non seulement par les Etats par le biais des résolutions concernant certaines places en particulier et par les autorités provinciales à travers des privilèges et des *keuren* [21] particulières, mais aussi par le Stadthouder, le président et autres conseillers de la Cour de Hollande [22], et en outre, par l'assemblée légale ou le bailli, les bourgmestres et les échevins [23], avec ou sans conseillers ou le grand conseil dans les villes, l'intendant des digues et les inspecteurs des digues, le bailli et les hommes [24], aussi le bailli et les échevins dans le plat pays, pour autant qu'ils ont obtenu des Etats ou des autorités provinciales le droit de faire des *keuren*.

§ 19. Il y a à faire attention à ce que ce qui est accordé par les Etats ou les autorités provinciales à partir de considérations particulières à certaines personnes ou communautés n'obtient pas force de loi pour d'autres [25].

---

[21] Dans les petites communautés d'habitants, les règles juridiques peuvent avoir été fixées à la suite d'un accord commun des membres des communautés, à côté des règles coutumières qui se sont imposées par un long usage : une assemblée générale des hommes libres de la communauté peut alors décider des règles qu'il faudra suivre dans l'avenir, droit « choisi » par ces communautés et donc non imposé par une autorité supérieure ou rappelant simplement les règles coutumières existantes, comme le faisaient les « records de coutumes ». On trouve d'assez nombreux exemples de ces droits « choisis » (tel est le sens du mot néerlandais *« keur »*) dans les communautés du Nord de l'Europe, comme en Scandinavie, en Islande, dans le Nord de l'Allemagne, en Frise ou en Flandre.

[22] (Note de Groenewegen) Voir les *Instructions de la Cour de Hollande*, art. 33 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. 1, decis. 51, nb 8 et decis. 65, nb 3-4.

[23] (Note de Groenewegen) Voir le *Privilège* par le comte Willem à la ville de Delft donné en 1246, art. 63 et celui donné par le comte Floris à la ville de Leyde en 1266, celui donné par le compte Willem à Amsterdam en 1342 et celui donné par le duc Johann de Bavière le 18 janvier 1420, celui donné par l'empereur Charles à Wesep le 2 septembre 1552, ayant avec l'agrégation de celui de la reconnaissance [faite] par le duc Philippe de Bourgogne à Naarden le 2 juin 1459. Voyez van Merle, *Manier van procederen in civile zaaken*, I, tit. IV, chap. VI, § I ; Dietrich Reinking, *De regimine seculari et ecclesiastico* II, class. 2, cap. 10.

[24] (Note de Groenewegen) Voir les *Privilèges et coutumes de la Hollande du Sud*, p. 410, art. 38.

[25] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des genset du droit civil)*, § 6.

« § 6. Mais ce qui plaît au prince a force de loi, du fait que, par la loi royale qui a été promulguée au sujet de son pouvoir de commandement, le peuple lui a accordé tout son pouvoir de commandement et tout son pouvoir. En conséquence, tout ce que l'empereur a établi par une lettre, ou, le sachant, a décrété, ou a prescrit par un Édit, il est clair que c'est une loi ; telles sont ce que l'on appelle des constitutions. Assurément, certaines d'entre elles sont personnelles, qui ne sont pas interprétées pour servir d'exemples, parce que l'empereur ne le veut pas ; car ce qu'il a concédé à quelqu'un à raison de mérites, s'il a réclamé une peine pour quelqu'un, ou s'il a secouru quelqu'un sans exemple, ne sort pas de la personne. Mais les autres, quand elles sont générales, tiennent sans aucun doute tout le monde ».

§ 20. Sur la force des privilèges, des différences sont parfois tombées en Hollande et dans les Pays-Bas voisins. Il est connu que les privilèges qui n'ôte un droit à personne doivent avoir avoir une place comme d'autres lois ; mais cela est enlevé par quelque droit, dans le cas où c'est le droit propre du comte, alors les privilèges sont sans aucun doute établis ; mais c'est la justice du pays, comme dans une concession de liberté des péages ou des réquisitions, une telle chose ne peut pas, sans la volonté des Etats, **[8]** se produire, chose qui est appliquée par Philippe de Leyde, un juriste hollandais qui a vécu à l'époque du comte Willem V, à beaucoup de choses différentes survenues en Hollande [26]. Un troisième droit ne peut être amoindri par des privilèges [27] que pour l'intérêt reconnu du pays [28]. Pour cela, tous les privilèges postérieurs doivent être interprétés sans amoindrissement des anciens [29]. La question [de savoir] si les descendants sont liés par les privilèges de leurs prédécesseurs ne peut avoir ici aucune place, puisque chacun des comtes de Hollande, avant d'être reconnu pour seigneur, a dû faire serment aux Etats du pays de tenir les anciens privilèges, droits et coutumes [30] ; mais le fait que ne soient pas compris sous cela les privilèges jusqu'à leur révocation est entendu dans les Flandres à l'époque de Louis, fils de Robert [31], et cela est semblablement tenu en Hollande.

[**Note de Willem Schorer sur la note 28 de Groenewegen van der Made**
Sur le domaine éminent, voir plus largement ci-dessous, liv. II, chap. III, § 7.]

§ 21. Les LOIS [CIVILES] NON ÉCRITES sont de vieilles coutumes, [32] lesquelles, semblablement, sont GÉNÉRALES, comme [celles] du transfert et des successions, ou LOCALES, comme [celles] du retrait.

[**Note de Willem Schiorer sur la note 32 de Groenewegen van der Made**

---

[26] (Note de Groenewegen) Voyez son *Tractatus juridico-politicus* imprimé à Leyde en 1516 et de nouveau imprimé à Amsterdam en 1701 en un volume in-4°.

[27] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 11.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qui est nôtre, sans notre fait, ne peut être transféré à autrui ».*

[28] (Note de Groenewegen) Voir les docteurs sur ledit texte de D. 50, 17, 11 ; le canon 23 à la fin du Sexte et là, Dijn.

Ce canon, compris dans un titre consacré aux règles du droit par Boniface VIII, dit : *« Sans faute, à moins que la cause ne subsiste, on ne doit pas être puni ».*

[29] (Note de Groenewegen) Voir C. 1, 22, 6 ; D. 43, 8, 2 § 10.

Voici ces deux textes.

Constitution d'Anastase adressée au Préfet du prétoire Matronianus donnée peut-être en 491 : *« Nous avertissons tous les juges de chaque administration de toute notre République, plus importante, ou moins importante de ne souffrir qu'aucun rescrit, aucune pragmatique sanction, aucune annotation impériale, qui semblera être contraire au droit général, ou à l'utilité publique, ne soient présentés dans le débat que quelque procès que ce soit ; mais ils ne douteront pas que les constituions impériales générales doivent être observées par tous les moyens ».*

Extrait du livre LXVIII sur l'*Edit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - A juste titre, le préteur dit : "chose à partir de laquelle, quelque dommage, à celui-ci, est causé" ; car, chaque fois que quelque chose, sur un emplacement public, est autorisé, cela doit être permis d'une façon telle que, sans injure pour chacun, cela soit fait. Et ainsi, l'empereur le permet-il ordinairement, chaque fois qu'il lui est demandé d'établir un nouvel ouvrage ».*

[30] (Note de Groenewegen) Grotius traite cette question dans son *De jure belli*, II, chap. XIV, § X et suivants ; voir van Merle, *Manier van procederen* …, I, tit. IV, chap. III, nb 33.

[31] Pour l'annotateur S. J. Fockema Andreæ, il s'agit plutôt de l'arrière-petit-fils de Robert, Louis. Robert le Flamand mourut en septembre 1322 et son fils Louis mourut en juillet de la même année et fut suivi de son fils, également nommé Louis qui mourut à Crécy en 1346. Ce fut donc l'arrière petit-fils Louis qui lui succéda. Cf. *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* beschreven bij Hugo De Groot met aantekeningen van Mr S. J. Fockema Andreæ, S. Gouda Quint, Arnhem 1936, deel II, p. 8-9.

[32] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, ii *(Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil)*, §§ 3 et 9.

Le § 3 a déjà été cité plus haut dans la note 13. Le § 9 est le suivant : *« § 9. Vient du droit non écrit ce que l'usage a approuvé. Car les coutumes approuvées par le consentement durable de ceux qui en usent sont à l'image d'une loi ».*

En dehors de l'autorité qu'indique ici Groenewegen quant au droit non écrit dans sa note, nous avons un titre dans le Code [de Justinien], C. 8, 53 *(Quelle sera une longue coutume)*, et, pour que celle-ci obtienne la force d'une loi, une fréquence des actes et une durée de temps sont requises. On requiert en premier lieu qu'il faut observer que les actes soient libres, non arrachés avec une violence ou une crainte, mais lorsque, nulle part, le nombre des actes ou des années n'a été exprimé, à juste titre, cela est laissé au jugement du juge, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3, nb 29. Cependant, il y en a qui requièrent autant de temps qu'il est souhaité pour la prescription, voir *Précis des institutions du droit Belgique*, p. 7 et Carpzov signale que cela a été reçu et jugé en 1620 dans le tribunal de Saxe, voir sa *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 3, defin. 21.

Du reste, également dans une coutume comme dans une loi, la justice est souhaitée à un point tel que tout ce qui sera introduit en négligeant celle-ci tombe plutôt dans une corruption que dans une coutume, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3, nb 23 ; Johan Brunemann, *Commenatarius in codicem* sur C. 8, 52 *(Quelle sera une longue coutume)*, 3 ; *Précis des institutions du droit Belgique*, p. 7 ; Carpzov, *Decisiones illustres Saxonicæ, decis. 60, nb 5* ; de même *Jurisprudentiæ Consistorialis*, lib. II, tit. 1, defin. 8, nb 10. Et, *non obstant* cela, il y en a qui pensent que la coutume vainc la nature elle-même et la religion, voir Knobbaert, *Jus civile Gandavensium*, obs. 1, nb 1, comme cela a aussi été répondu le 11 novembre 1751 par la Cour de Zutphen, voir Joost Schomaker, *Consilia*, part. V, cons. 42, nb 14, p. 463.

En outre, il est requis que les actes soient uniformes, car si tantôt ceci, tantôt cela a été observé, à partir d'actes différents de cette sorte, une coutume légitime ne pourra pas être obtenue, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3, nb 31 ; Brunemann, *Commentarius in codicem* sur D. 1, 3, 37 ; *Trentacinque variæ resolutiones*, lib. I, nb 14, p. 54. La coutume est divisée en notoire e »t en moins notoire, celle-ci n'a besoin d'aucune preuve, l'autre par tout moyen, que l'on agisse en justice du côté du demandeur ou du défendeur, du fait que la preuve incombe à celui qui l'affirme, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3, nb 23 ; puis en universelle et en particulière, voir van Merle, *Manier van procederen*, liv. I, tit. 5, chap. I, nb 2, p. 67.

Cependant, il ne faut pas passer sous silence que la loi écrite déroge de nouveau totalement à la coutume, voir Schomaker, *Consilia er responsa juris*, part. I, cons. 54, nb 7.

Mais il est controversé et non seulement d'un droit approprié [de savoir] si, pour prouver une coutume, il sera requis qu'elle ait été affirmée dans un jugement contradictoire. Bijnkershoek l'affirme, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 5, et cela a aussi semblé à certains conseillers de la Cour suprême et à un conseiller de la Cour d'Utrecht, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 13, nb 3, à raison de D. 1, 3, 34 où il est dit : *"je pense qu'il faut en premier lieu examiner si la coutume a été confirmée une fois par un jugement contradictoire"*. Il y en a qui requièrent au minimum trois sentences portées en jugement contradictoire, comme il a été répondu dans les *Consilia Batavorum*, part. II, cons. 119, p. 297 dans le passage *aangaande* ; d'autres enseignent que deux sentences suffisent, *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 84, p. 215 et Parladorio, dans ses *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, diff. 39, nb 5, indique les auteurs qui pensent ainsi. Cependant, il agrée plus à la sentence des interprètes qui expliquent ainsi cette loi que, certes, la coutume soit de la meilleure façon approuvée par une sentence, parce que les actes judiciaires sont plus certains et plus clairs, et c'est pourquoi ce conseil est donné à ceux qui veulent prouver une coutume de rechercher soigneusement si aussi, la coutume aura été confirmée par une sentence, mais, celle-ci faisant défaut, cependant, en sécurité, de recourir à une preuve extrajudiciaire, voir Paul Voet, *De statutis*, cap. 1, sect. 3, nb 13 ; Johann Voet, lib. I, tit. 3, nb 30, qui indiquent ici le catalogue des sentences, auxquels on peut ajouter Brunemann, *Commentarius in codicem* sur cette loi, et aussi ainsi, cela a été répondu dans la Cour de Zutphen le 10 janvier 1754, voir Joost Schomaker, *Consilia et responsa juris*, par. 5, cons. 43, nb 21-22.

En outre, il faut être attentif à ce que, si, en tout cas, une sentence est nécessaire pour la preuve d'une coutume, il s'ensuivra qu'aucune coutume ne soit à bon droit introduite lorsqu'aucun premier juge ne l'a introduite.

Cependant, C. 8, 52 *(Quelle sera une longue coutume)*, 2 [qui dit] *"L'autorité et l'usage d'une coutume de longue durée ne sont pas viles ; mais elles ne seront point valides au point de vaincre la raison ou la loi"*, ne fait pas obstacle au droit non écrit ou à la coutume. Le très savant Joseph Averanius a expliqué *ex professo* dans son *Interpres juris*, lib. II, cap. 2, nb 3, cette loi, [lui] qui a entrepris de supprimer ainsi la difficulté de cette loi : les termes doivent être observés, dit-il, en leur moment, avec leurs forces, leur propre nature, ce qui est très vrai, du fait que la coutume, par sa nature propre, ses forces et son propre moment, n'est pas plus forte que la loi, mais pour tout dire, égale ; c'est pourquoi elle ne vainc pas

celle-ci, mais cependant y déroge, elle la supprime, mais comment ? Non parce qu'elle est plus puissante, mais parce qu'elle est postérieure ; ainsi, une loi ne vainc pas une loi par ses propres forces, ni à raison de son moment, mais à raison du temps et d'un changement de volonté ; en conséquence, quand une loi combat une coutume, il faut considérer laquelle des deux sera postérieure, car, quand elles sont du même moment, l'une ne pourra pas vaincre l'autre avec son poids propre, la postérieure sera plus puissante et de plus de poids. Par exemple, un testament, par sa nature propre, ne prévaut pas sur un autre testament lorsque l'un et l'autre ont été faits avec les mêmes solennités, cependant, le postérieur sera préféré au premier, non parce qu'il vainc le premier à son propre moment et qu'il est plus puissant que celui-ci par sa propre nature, mais parce qu'il est postérieur. Ainsi [le dit] Averanius.

Brunemann, dans son *Commentarius in codicem*, indique ce qu'aux autres, il a semblé sur C. 8, 52, 3 pour fournir une interprétation aisée à cette loi [en disant] que celles-ci, bien qu'elles ne contiennent aucune absurdité, il pense que toutes, cependant, sont embarrassées avec leurs difficultés ; et cela est entièrement vrai, car, dans D. 1, 3, 33, où il est traité de l'autorité de la coutume, il est expressément statué que celle-ci, la loi faisant défaut, naît, qu'elle ne subvertit pas la loi et qu'elle est valide dans ce qui ne provient pas du droit écrit ; ainsi le pense sur la coutume van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 78, § 49, comme cela est évident à partir de la définition de ce dernier : *"est appelé droit coutumier*, dit-il, *ce qui, par la fréquence des actes des citoyens, dans le silence de celui qui a le pouvoir de faire la loi, avec le consentement, est considéré avoir été corroboré et introduit"*. Cependant, il faut le statuer autrement quand le législateur, étant présent et le sachant, a de nouveau permis que quelque chose soit fait à l'encontre de la loi et cependant, n'a pas corroboré celle-ci avec son autorité, voir D. 1, 3, 32, et Burlamaqui, dans ses *Principes du droit naturel*, part. I, chap. 10, § 14, nb 4, indique que la révocation de la loi est expresse ou tacite.

Du reste, la coutume interprète les termes ambigus de la loi et, si ce qui a été fait entre les contractants n'apparaît pas, il est recouru à celle-ci en tant que maîtresse des choses et des termes, voir Paul Voet, *De statutis*, cap. 2, sect. 3, nb 2 ; *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 142, nb 20, p. 551 ; Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. III, tit. 9, nb 9-10.

En outre, il est demandé si deux coutumes sont trouvées réciproquement contraires entre elles, à laquelle il faut s'en tenir. Il est répondu : à celle qui convient au droit écrit, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 163, nb 22, p. 696 ; Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 13, nb 3, et decis. 31, nb 6. Stockmans, dans ses *Decisiones Brabantiæ*, decis. 98, nb 3, dit qu'une coutume douteuse reçoit de l'usage de la région voisine son interprétation.

Enfin, il doit être rappelé que la coutume contraire au droit écrit est d'une interprétation très stricte jusqu'à ce point que, de personne à personne, de cas à cas ou de lieu à lieu, elle ne soit pas à bon droit étendue, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 51, defin. 2, nb 4 ; *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. VI, tit. 6, resp. 56 ; de même, *Decisiones illustres Saxonicæ*, part. III, decis. 236, nb 13 et 14. De là, si la question tombe qu'un statut qui dévie du droit commun doit s'arrêter au droit commun, afin qu'il se retire de celui-ci le moins possible, voir Joost Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 54, nb 8. Souhaitant apprendre plusieurs choses quant à la coutume, à son effet et à ce qui est requis, il ajoutera le *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum* de Johann Jakob Speidel, lettre C, p. 728. Cela pour le droit civil ; mais, avec peine, il est débattu, ce qui n'appartient pas à ce tribunal, [de savoir] si sera aussi accordé un droit des gens coutumier. L'auteur l'affirme dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, § XIV, et Noest, dans son *Algemeen Staetsrecht*, sur cet endroit, suit plus largement cette opinion ; voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. V, p. 9 ; Hobbes le nie dans son *De cive*, cap. 14, § 4 ; Pufendorf dans son *Droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 13 et là Barbeyrac dans ses notes, et ainsi aussi Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, part. II, chap. 6, § 8.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

V. Les anciennes coutumes de Hollande non abrogées par des lois pôstérieures ont force de loi, bien qu'elles n'aient pas été enregistreés dans les actes de la Cour. N'y fait pas obstacke l'ordonnance de police, art. 39, voyez van de Wall, *Privilèges de Dordrecht*, p. 1328 et suivantes ; le développement de Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. III, cap. 13.]

§ 22. Ainsi, quand aucune loi écrite, privilèges, *keuren* ou coutumes [33] ne sont trouvés, alors les juges ont été exhortés depuis longtemps de suivre en cela la meilleure raison d'après leur connaissance et leur discrétion [34]. Cependant, puisque les lois romaines, en particulier telles qu'à l'époque **[9]** de l'empereur Justinien, elles ont été réunies sont trouvées par les gens qui les entendent être pleines de sagesse et d'équité, ainsi, sont reçues d'abord pour des exemples de sagesse et d'équité et, avec le temps, à travers la coutume comme des lois [35] ; semblablement aussi, par la suite il est arrivé que certaines choses étant conduites à une plus grande équité, reçues par la suite par une bonne partie de la chrétienté, ayant acquis très improprement de nom de lois spirituelles (canoniques) ou des papes, cela a aussi acquis dans ces pays force de loi [36].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

VI. De nombreuses choses montrent que le droit romain a été reçu en secours : 1° différents endroit du droit national dans lesquels les principes du droit civil romain ont été *tacitement* adoptés ; 2° ces endroits de notre droit où les *limites* de l'art tirés du droit romain sont employés d'une façon telle qu'il apparaisse que ces doctrine qui se cachent sous ces limites, ont été reçue dans un tribunal ; 3° les endroits de cette sorte dans lesquels nos législateurs reçoivent expressément ou confirment certains chapitres du droit romain ; 4° les nombreux propos de nos législateurs, les préceptes et les ordres avec lesquels ils reconnaissent que le droit civil romain a été reçu en général ou ordonnent que, pour décider les causes, les juges terminent les controverses à partir de ce droit ; voyez par exemple le décret de Hollande du 25 mai 1735, les dissertations de H. Fagel, *De origine et usu juris Romani in Hollandia*, et J.-C. van der Hoop, *De necessario Romani juris, et subside quoque Canonici juris in Hollandia studio*, éd. de 1179.

VII. Une question, dans la mesure où le droit romain a été reçu dans un tribunal et où quelqu'un aura fait usage des statuts voisins, est considérée devoir être terminée en général avec les règles suivantes et illustrée avec certains exemples.

1ère règle : Dans chacune des régions, municipalités, pays, avant tout, il faut regarder le droit propre à cet endroit et expressément promulgué ou rédigé par le législateur ou par celui qui a le droit d'accorder des statuts. Il y en a des exemples dans l'*Union entre la Hollande et la Zélande* du 15 avril 1576, art. 9, le *Provisioneel accord* du 7 mars 1067, art. 13, le *Nader provisoneel accord* du 11 juin 1674, art. 30, dans la loi à Amsterdam, ordonnance de Hollande du 8 mars 1594, et à Rotterdam, le 23 décembre 1064 et dans la loi sur les succession ab intestat de Hollande du Nord, du 18 décembre 1599.

VIII. *2e règle* : Doivent être aussi observées ces coutumes spéciales qui sont été reçues dans chacun des endroit ou dans chacune des cités. Les exemples en sont dans les *Coutumes du Rhijnland*, art. 1, et

---

[33] (Note de Groenewegen) Voyez les *Libri feudorum*, II, tit. I, aux mots *Legum autem Romanarum* ; D. 1, 3, 32 ; Bornckhorst, *Centuria I*, assert. 9.

« Titre I. De la reconnaissance du fief. (…) Mais l'autorité des lois romaines n'est pas vile ; mais elle n'étendant pas leur force à un point tel qu'elles vainquent l'usage ou les coutumes. Le jurisconsulte diligent, si quelque part, un cas est arrivé qui n'a pas été compris dans la coutume du fief, sans chicane, pourra user les la loi écrite ».

Extrait du livre LXXXIV des *Digestes* de Julianus : *« A l'égard de ces causes, nous n'usons pas des lois écrites, il faut que l'on garde ce qui a été introduit par les usages et la coutume ; et, si en cette affaire, cela faisait défaut, alors [il faut garder] ce qui leur est voisin et connexe ; si certes, cela n'apparaît pas, il faut alors observer le droit dont la ville de Rome fait usage. 1 - C'est n'est pas injustement que la coutume invétérée est gardée comme droit et ce droit est ce que l'on dit avoir été établi par les mœurs. Car ces mêmes lois ne nous obligent pour nulle autre raison que parce qu'elles ont été reçues par le jugement du peuple et c'est à juste titre que celles dont le peuple témoigne sans aucun écrit obligent tout le monde ; car qu'importe-t-il [de savoir] si le peuple a déclaré sa volonté par un vote ou si [cela se fait] par les choses et les faits eux-mêmes ? C'est pourquoi, à très bon droit, il a été reçu que les lois étaient abrogées non seulement par le suffrage du législateur, mais aussi par le consentement de tous, par le biais de la désuétude ».*

[34] (Note de Groenewegen) Voir Johan van Heemskerk, *Batavische Arcadia*, p. 558.

[35] (Note de Groenewegen) Voir mon *De legibus abrogatis* sur le § 6 de l'introduction aux *Institutes de Justinien.*

Ce paragraphe est le suivant : *« § 6. Lorsque les trois hommes prudents ci-devant dits* (à savoir Tribonien, Théophile et Dorothée) *nous ont offert celles qui ont été prises de toutes les anciennes institutes et particulièrement des commentaires de notre Gaius, tant dans ses Institutes que dans ses Affaires journalières, et composées dans de nombreux autres commentaires, que nous les avons lues et les avons connues, nous leur avons accordé la force de nos constitutions ».*

[36] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ Hollandiæ, Zelandiæ et Westfrisiæ decisiones*, décision 22 ; Reinking, *De regimine seculari et ecclesiastico*, class. 2, cap. 7.

d'autres chez Grotius, dans le liv. II, chap. XX, § 12, et le liv. III, chap. XVI, § 9, et chap. XXVIII, § 5.

IX. *3e règle* : Sur ces articles du droit romain qui ont été expressément reçus dans le droit national, il faut immédiatement recourir au droit romain. Les exemples en sont dans l'*Ordonnance de police de Hollande*, art. 4, 13, 18 et 35 ; *de Zélande*, art. 11, 12, 22, 23 et 33 ; dans la loi de *Hollande* du 18 décembre 1719, art. 14, et du 5 février 1665 ; dans le *Décret de Hollande* du 15 novembre 1719, dans la loi de *Zélande* du 27 novembre 1654, *de Middelburg* du 7 juillet 170, art. 26 et dans de semblables lois hollandaises qui interdisent les aliénations faites en fraude des créanciers, comme à *Amsterdam* en 1644, art. 14, *Haarlem* en 1656, art. 15, à *Leyde* en 1656, art. 14. Un grand nombre d'exemples est trouvé aussi pour ces affaires dont les noms eux-mêmes employés dans nos lois montrent que la doctrine a été reçue dans les termes du droit romain, comme nous le voyons dans *les testaments, les legs, les fidéicommis, les substitutions, la part légale* [ou légitime]*, la quarte Falcidie, la part Trébellianique, le sénatus-consulte Velléien, le bénéfice du rang, du partage*, etc.

Si cependant, sur ces articles, dans le droit contemporain, quelque chose a été changé avec une loi ou une coutume, les règles 1 et 2 enseignent que cela doit être observé ; il y en a un exemple chez Grotius, voir liv I, chap. VI, § 3.

X. *4e règle* : quand, quant à l'interprétation de la loi, la question est posée, principalement quant à une interprétation extensive ou restrictive, une loi quelconque doit être interprétée à partir de ses sources propres et nationales. C'est pourquoi ce qui doit être tiré du droit romain doit être interprété à partir des lois romaines. Il y en a un exemple dans l'édit de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 6 à la fin.

En sens inverse, ce qui provient des usages nationaux ou des anciennes lois, doit être expliqué à partir de là aussi, comme la succession à partir du pacte prénuptial, la communauté des biens entre les époux, comme dans ce même édit, art. 17, voyez Grotius, liv. II, chap. XI, § 8 et suivant.

XI. Si, dans un certain statut, des principes du droit romain et du droit national ont été mélangés, un droit mixte de cette sorte doit être interprété chacun à partir de ses principes ; il y en a un exemple dans le *Statut de Zélande*, chap. 2, art. 22.

XII. S'il y a un doute [pour savoir] auquel des deux droit une certaine loi nationale doit son origine, mais que celle-ci a reçu une interprétation certaine selon l'usage du tribunal à partir du droit romain, il ne faut pas se retirer de celle-ci, bien qu'elle s'écarte de l'analogie de notre droit, comme dans l'exemple chez Grotius, liv. I, chap. V, § 25, à réunir avec les §§ 21-23. Semblablement, si les termes d'une loi nationale reçoivent avantageusement une interprétation à partir d'un droit romain plus complet, celle-ci doit être aussi permise ; il y en a un exemple dans l'interdiction de la donation entre époux, voir Grotius, liv. III, chap. II, § 9.

XIII. Ces secours que nous avons dits faisant défaut, il doit être totalement fait attention à l'erreur commune avec laquelle beaucoup d'interprètes ont voulu que le droit hollandais soit suppléé à partir des statuts des peuples voisins autrefois unis dans le traité d'Utrecht, aussi dans les affaires de la nation originelle. Car, dans celles-ci, les uns de ces peuples se sont attachés de façon plus stricte à l'analogie de l'ancien droit commun, d'autres, ayant reçu les règles du droit romain, ont dérogé quelque peu à l'ancien droit à un point tel que les conclusions que les uns ont tirées des anciennes lois ne sont pas considérées avoir été toujours approuvées par les autres voisins. Par exemple, la puissance maritale pour aliéner les biens immeubles de l'épouse est plus grande en Hollande, voir Grotius, liv. I, chap. V, § 22, qu'en Zélande, *Statut de Zélande*, chap. 3, art. 46. Les pactes anténuptiaux, en tant que pactes de famille, requiert le consentement de celui-ci dans le droit de Groningue dans la loi de 1689, *Tractaat van Huwlijkse voorwarden* (*Traité des contrats matrimoniaux*), art. 18 et 19, dans le Ommeland [pays qui entoure Groningue], liv. 3, art. 9, et le pays d'Oldambt [une cité de la province de Groningue], liv. 4, art. 22. Mais, dans le droit hollandais, sans un consentement de la famille, ils sont à bon droit conclus par des majeurs.

XIV. À partir des lois particulières de certaines cités aussi en Hollande ou de certains lieux, il doit être tenu que le droit commun hollandais ne peut pas être rendu effectif ou approuvé à l'encontre de la plupart de nos interprètes du droit.

XV. Cependant, personne n'a usé pour l'interprétation ou pour suppléer au droit hollandais des statuts voisins, comme le déclareront les règles suivantes :

5e règle : quand nos lois ont reçu dans les affaires de la patrie d'origine ou, en général, plus récente, ces mêmes principes et observent encore ce qui est trouvé dans les statuts voisins, nos lois doit être interprétées et suppléées à partir des statuts voisins. Il y en a un exemple dans la communauté des

biens entre conjoints, dans la question qu'a soulevée Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisien en observatien*, decis. 99, p. 625 et suivante, dans la succession à partir d'un pacte prénuptial, dans le retrait, les changes, les assurances, les bômeries, etc.

XVI. Cependant, dans ces mêmes affaires de la patrie d'origine, l'équité du droit romain n'a pas rarement contraint la raison originelle de l'ancien droit. Bijnkershoek en adonné des exemples dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II cap. 1, p. 192 et suivante, et lib. II, cap. 2, p. 199 ; lib. II cap. 9, p. 280 ; Grotius dans sa réponse en 1610 chez van Leeuwen, *Practique der notarissen*, chap. 2, cons. 18 et dans une décision des deux Cours de 1768 et 1771, dans *Nieuw Nerderlands Jaarboek*, 1775, p. 1127 et suivantes.

XVII. *6e règle* : dans les affaires d'origine romaine ou qui se trouvent aussi dans les lois romaines, immédiatement, le statut faisant défaut, il faut recourir au droit romain, non aux lois statutaires voisines. Il y en a des exemples combien nombreux dans les testaments, les contrats, les propriétés, les servitudes, les gages, etc.

XVIII. *7e règle* : la loi et la coutume nationale commune et particulière faisant défaut, il faut recourir au droit romain et la décision doit être demandée à partir de celui-ci, voir Johan Loenius, *Decisien en observatien*, decis. 55 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 14, p. 327, 329, 333 et 334.

Vous ne réclamerez pas à bon droit que l'usage de cela ait été confirmé dans le jugement d'une certaine affaire.

XIX. *8e règle* : du fait que le droit romain a été reçu seulement comme une aide, il s'ensuit que celui-ci ne doit pas seulement être placé après le droit national, mais aussi, qu'il ne peut pas être reçu, dans la mesure où il répugne à une analogie avec le droit national. Il y en a des exemples dans Grotius, liv. I, chap. VI, § 3 ; liv. II, chap. XVIII, §§ 15 et 21.

XX. *9e règle* : chaque fois qu'une certaine loi romaine s'appuie sur une constitution particulière de la République romaine, son autorité dans dans notre tribunal.

XXI. *10e règle* : quand une certaine loi romaine a été abrogée dans la coutume générale des peuples voisins, dans le doute, elle est aussi présumée avoir été ici abrogée.

XXII. *11e règle* : celui qui allègue de droit romain, dans la mesure où il ne s'oppose pas aux lois expresses ni à une coutume notoire ni à une analogie avec le droit national ni, enfin, ne s'appuie clairement sur un statut de la République, a une intention fondée et n'est pas tenu de prouver une réception spéciale.

XXIII. Dans les règles que nous avons établies ci-dessus, par le droit romain ou les lois romaines, nous n'entendons pas l'opinion vulgaire et communes de ceux-ci, mais leur vraie et originelle sentence, voyez les notes sur Heineccius, *Historia juris*, lib. I, § 417 (édit. de Strasbourg de 1751) ; Bijnkershoek, *Præfactio observationum juris Romani* ;à plus forte raison, nous ne doutons pas, à raison de cette cause, de nous écarter de Grotius, liv. II, chap. XVII, § 29, note 381, et chap. XXX, § 1.

Si cependant, un suage constant du tribunal détourne l'intention du droit romain, comme dans la renonciation au sénatus-consulte Velléien, ou une certaine loi romaine très récente n'a jamais été reçue, comme dans l'exemple chez Vinnen, *Selectæ quæstiones*, lib. II, cap. 15 à la fin, et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 27 § 1, il ne faut pas s'écarter de l'usage du tribunal.

XXIV. *12e règle* : le droit national, la coutume et le droit subsidiaire dont j'ai parlé faisant totalement défaut, il faut recourir à l'équité naturelle.

XXV. Il y a cependant quelque usage du droit canonique dans un tribunal hollandais, dans la mesure où quelque chose a été pris dans celui-ci, mais modifié, ou a été tempéré à partie de l'équité, comme dans les exemples chez Grotius, liv. II, chap. XVI, § 6, et chap. XX, § 10, ou a été ajouté au droit civil et a été aussi reçu chez nous, comme dans les causes matrimoniales, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. III, cap. 10 au début, le deuil d'un an, de même dans le lib. II, cap. 4, p. 220 et suivante, et p. 223, dans les fiançailles, la séparation de lit et de table, voir Huber, *Hendendaagsche rechtsgeleerdheid*, lv. III, chap. 22, § 49.]

§ 23. Comme vu ci-dessus, il est dit que sous l'effet de la loi, il y a l'obligation et les lois civiles sont ordinairement établies en général, bien que la raison ne semble pas toujours bien convenir, laquelle chose arrive aussi parce que les différences des affaires humaines sont très incertaines et que la loi doit établir cela de façon certaine, alors, il en découle parfois une dispute [pour savoir] si une telle loi oblige aussi toujours ; là dessus, il doit être répondu en faisant une

distinction. Car, dans le cas où la certaine et bien reconnue raison de la loi cesse en général, ainsi, la loi doit être entendue être morte [37], puisque la volonté du législateur cesse alors. Pour cette raison, toutes les lois fondées sur la guerre cessent en temps de paix aussi sans révocation. Mais, dans le cas où la loi ne cesse pas en général, ainsi on doit faire attention [à savoir] si l'application de la loi combattrait ouvertement dans la circonstance qui se présente avec la volonté du législateur, dans lequel cas la loi n'oblige ni de façon externe ni de façon interne [38], comme par exemple : la loi interdit à tous les citoyens de venir de nuit sur la muraille ; un citoyen qui habite près de la muraille entend durant la nuit que l'ennemi escalade la muraille ; dans le cas où il reste à domicile et n'a pas fait de son mieux pour repousser l'ennemi, il agirait bien d'après les termes **[10]** de la loi, mais non d'après l'intention du législateur qui, avant tout, doit être considérée. Mais, dans le cas où l'application ne s'oppose pas si ouvertement à l'intention du législateur, ainsi, il faut encore voir si la loi, d'après la règle de la prudence, envisage un danger général ou si celui que la loi tient pour sûrement fait n'est pas fait. Dans le cas où on trouve la première chose, ainsi, la loi oblige de façon interne et de façon externe aussi les gens, de la part de qui le malheur, dont on est effrayé, n'a proprement aucune place [39]. Pour cette raison, la loi interdisant que quelqu'un qui n'a pas la garde durant la nuit aille le long de la rue avec des armes oblige aussi les gens modestes qui n'ont pas dans leur intention [de faire] du mal, parce que le danger qu'envisage la loi a lieu ou peut avoir lieu. Mais la loi tient, par manque d'une meilleure preuve (puisque les hommes doivent juger d'après l'évidence) [40], pour arrivé ce qui ne s'est pas produit, parce que, semblablement comme quelqu'un se voit imposer d'épouser une femme, parce que la promesse de mariage est tenue pour prouvée par le biais de deux

---

[37] (Note de Groenewegen) Voir D. 37, 14, 6 § 2.

Extrait du livre II *Sur la Loi Ælia Sentia* de Paul : *« 2 - Bien qu'aucune personne, de la Loi, ne soit exceptée, cependant, il doit être entendu qu'à celles-ci, la Loi pense, [elles] qui peuvent enlever les enfants. C'est pourquoi, si quelqu'un a contraint un affranchi castré à un serment, il doit être dit que n'est pas puni le patron avec cette Loi ».*

[38] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 3, 29 et 30 ; en argument D. 10, 4, 19.

Les trois textes seront présentés dans leur ordre de citation.

Extrait du livre unique *Sur la Loi Cincia* de Paul : *« Agit contre la loi celui qui commet ce que la loi prohibe, mais commet une fraude celui qui contourne, avec des mots [apparemment] respectueux, la décision de la loi ».*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« En effet, une fraude à la loi est faite, quand on fait ce que l'on n'a pas voulu faire, mais qu'il n'est pas interdit de faire ; et ce qui différencie le propos d'une sentence différencie en cela la fraude de ce qui est fait contre la loi ».*

Extrait du livre IV des *Résumés d'Alfenus* de Paul : *« Tous ceux dont c'est l'intérêt peuvent agir en justice pour la production. Mais quelqu'un consulta [pour savoir] si cette action pourrait faire en sorte que les comptes de son adversaire lui fussent produits, comptes qu'il était de son grand intérêt qu'ils le fussent. [Alfenus] a répondu qu'il ne fallait pas que le droit civil soit manipulé, ni que les termes soient circonvenus, mais que quelque chose soit dit avec cette intention de convenir d'y faire attention. Car, avec cette raison, aussi celui qui étudie quelque discipline peut dire qu'il est de son intérêt que tels ou tels livres lui soient produits, parce que, s'ils ont été produits, du fait qu'il les a lus, il en sera devenu plus savant et meilleur ».*

[39] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 40, 9, 12 § 1 ; D. 4, 4, 1 § 3 ; Tiraqueau dans son traité *Cessante causa, cessat effectus*, limit. 32.

Extrait du livre IV *Des adultères* d'Ulpien : *« 1 - En conséquence, celle-là même qui divorce se voit interdire, de toute façon, d'affranchir ou d'aliéner ses esclaves, parce que les termes agissent d'une façon telle, pas même cet esclave qui, en dehors du service de cette femme, se trouvait sur une terre ou en province, elle ne pourra l'affranchir ou l'aliéner ; cela, certes, est tout à fait dur, mais ainsi, la Loi a-t-elle été écrite ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Et c'est pourquoi, aujourd'hui, jusqu'à cet âge, les jeunes gens* (adolescentes)*, avec l'aide de curateurs, sont gouvernés et, non avant, l'administration de leur bien ne leur devra pas être confiée, bien que pouvant administrer de bonne façon leur bien ».*

[40] [40] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 2, 30 ; D. 1, 18, 6 § 1 dans les termes *"sur la foi des choses qui seront prouvées".*

Extrait du livre VI des *Questions* de Paul : *« Il y a deux Titius, le père et le fils ; un Titius a été donné comme tuteur et n'apparaît pas celui auquel le testateur a pensé ; je demande ce qu'il en sera du droit. [Paul] a répondu : a été donné [comme tuteur] celui auquel le testateur a pensé ; si cela n'apparaît pas, le droit ne fait pas défaut, mais sa preuve, en conséquence, aucun des deux n'est tuteur ».*

Extrait du livre Ier des *Opinions* d'Ulpien : *« 1 - La véracité des choses de l'administration ne sera pas altérée par des erreurs ; c'est pourquoi le gouverneur de province suivra ce qui lui est convenable sur la foi des choses qui seront prouvées ».*

témoins, bien que celle-ci ne se soit pas en réalité produite ; une telle loi oblige bien tous les autres qui n'en ont pas de connaissance certaine ; mais celui qui en a la connaissance certaine n'y est pas lié en sa conscience ; cette différence bien observée sert non seulement à l'instruction des consciences justes, mais aussi à l'accommodement de nombreuses disputes dont on traitera à leur place [41].

§ 24. Une autre différence de la loi est prise de sa matière et de son son but. Car

§ 25. toute loi concerne le DROIT PUBLIC ou le DROIT CIVIL PARTICULIER [42].

§ 26. LA LOI CONCERNANT LE DROIT PUBLIC est comme celle **[11]** du service divin [43], de la conduite de la paix et de la guerre, de la suprême autorité et des limites du pays, le pouvoir et la manière de faire des lois et d'accorder des privilèges, le pouvoir de prononcer le droit du bien du pays, de la punition des méfaits avec les offices qui y servent [44].

§ 27. La LOI CONCERNANT LE DROIT CIVIL PARTICULIER est telle, comme nous le verrons maintenant à travers ses parties. Car, bien que les lois concernant le droit public soient plus belles et de plus de poids, ainsi il sera cependant mieux que nous traitions en premier lieu des lois concernant le droit civil particulier, parce que ce droit particulier est plus ancien que l'autre qui concerne le droit public.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

XXVI. Aux lois de Hollande, tous sont tenus, qu'ils soient des citoyens d'origine ou des habitants qui ont établi leur domicile en Hollande, quoiqu'ils aient une origine autre part.

XXVII. Avec le difficile argument d'un conflit des statuts, doit être reçue la distinction entre les statuts *personnels*, *réels* et *mixtes*.

Les *personnels* sont non seulement ceux qui déterminent le statut de la personne, mais aussi ceux qui, à raison de ce statut, déclarent une personne capable ou incapable de faire quelque acte personnel.

XXVIII. Mais les statuts *réels* sont ceux dans lesquels il est disposé des biens ou d'une façon telle qu'aussi, il soit fait mention de la personne, mais cette disposition est orientée sur le bien, non sur la personne ; comme les lois sur les donations entre mari et épouse, sur la communauté des biens entre les époux, sur la confection d'un testament pour les fils de famille interdite ou permise, sur le fait de ne pas aliéner les biens des mineurs ou de les usucaper etc.

XXIX. Les *statuts mixtes* sont ceux qui déterminent la manière, la forme et la mesure des affaires et des actes.

XXX. La force et l'effet des statuts sont uns sur le territoire du législateur, autres en dehors du territoire.

Sur le territoire, elles obligent tous ceux qui sont y sont soumis 1° à raison de leur domicile ; ce qui est vrai de ceux qui sont retirés à la juridiction ordinaire, non de ceux qui viennent en demeurant pour un temps là à raison des études ou pour une autre cause.

2° À raison des biens immeubles qui sont régis selon le droit de l'endroit où ils sont situés.

3° À raison du séjour, car ceux qui habitent ailleurs sont tenus d'observer dans l'administration des affaires ici les les du lieu et de s'abstenir des délits ici interdits.

4° À raison des biens meubles qui, quand ils sont trouvés en quelque endroit, sont soumis aux lois de cet endroit.

XXXI. En dehors du territoire du législateur, les statuts obligent aussi les sujets perpétuels ; mais cet examen est doubler :

---

[41] (Note de Groenewegen) Voyez ici Tiraqueau dans sondit traité *Cessante causa, cessat effectus*

[42] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, I, i *(De la justice et du droit)*, § 4.

« § 4. Il y a deux exposition de cette étude ; le droit est public et privé ; est le droit public ce qui regarde le statut de la République romaine, est le droit privé ce qui regarde l'utilité de chacun. Il faut donc dire quant au droit privé qu'il est tripartite ; en effet, il a été rassemblé à partir des préceptes naturels, des gens ou civils ».

[43] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Apologeticus eorum qui Hollandiæ Westfrisiæque et vicinis quibusdam nationibus ex legibus præsuerunt ante mutationem que evenit anno MDCXVIII*, [Paris 1640], cap. 2 ; Theodor Graswinckel dans son traité *De jure Majestatis*, cap. 5.

[44] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck et d'autres sur ledit § 4 [des *Institutes*, I, i *(De la justice et du droit)*].

L'un quant au législateur ou au juge qui juge sur son territoire d'une affaire qui a été administrée par son citoyen autre part ;qui statuera à bon droit de cela selon ses lois ou, si la question est quant au statut personnel, réel ou mixte, bien que, comme il sera bientôt clair, autre chose ait été reçu à partir de la bienveillance dans un statut mixte dans la plupart des lieux.

XXXII. L'autre examen est quant au législateur et au juge de l'autre endroit qui juge d'une telle affaire d'un étranger, non d'un citoyen.

Dans cette question (quant à la force et au pouvoir du statut étranger sur le territoire d'un autre pouvoir suprême qui commande), il faut distinguer entre ce qui triomphe à partir de la rigueur du droit et ce qui a été reçu à partir d'une bienveillance mutuelle des peuples.

XXXIII. À partir de la rigueur du droit, les statuts n'obligent pas en dehors du territoire, à plus forte raison, les magistrats et les juges du lieu ne sont pas tenus d'observer les statuts étrangers en jugeant.

Cette règle a été reçue comme certaine dans les statuts réels et partout. C'est pourquoi la confection permise d'un testament selon la loi du domicile quant aux biens immeubles n'a pas de force dans le lieu où ils sont situés, si elle a été ici interdite. La succession ab intestat sur les immeubles n'est pas régie selon la loi du lieu du domicile, mais selon la loi du lieu où ils sont trouvés.

XXXIV. Il faut le dire de même quant aux statuts personnels ; car, à partir de la rigueur du droit, le juge du lieu n'est pas tenu de connaître la qualité de la personne que le loi du domicile lui a assignée, du fait que celle-ci ne peut pas obliger ce juge.

XXXV. Et, si nous suivons le droit suprême, il n'en est pas autre chose du droit dans les statuts mixtes.

XXXVI. Cependant, à partir de l'humanité et d'une bienveillance mutuelle, on s'est retiré de cette rigueur entre les peuples pas même dans les statuts réels pour ce qui touche les biens immeubles, mais en tout cas, pour ce qui touche les biens meubles, du fait qu'ils imaginent que ceux-ci sont trouvés au lieu du domicile, étant cependant exceptées la cause de l'arrêt et parfois, la cause des tributs.

XXXVII. Les biens incorporels aussi, qu'ils soient rapportés aux meubles ou aux immeubles, sont jugés selon le droit de ceux auxquels ils sont attribués.

XXXVIII. Si les déterminations des statuts varient en rapportant aux meuble ou aux immeubles les biens incorporels, comme les dettes, il faut observer celle que le législateur a employée, à laquelle le débiteur est soumis.

XXXIX. Dans les statuts mixtes, avec presque le consentement de tous les législateurs, à partir d'une bienveillance, il a été reçu que les affaires, les testaments et les autres actes réalisés de façon régulière selon les lois du lieu où elles ont été administrées sont valides partout, à moins que le contraire n'ait été expressément statué ou que la chose n'ait été administrée ailleurs en fraude du statut du domicile.

XL. Cette règle regarde aussi les actes judiciaires qui doivent être réglées avec cette solennité qui est requise dans le lieu du jugement. Cependant, le droit lui-même qui est prononcé entre les parties ne doit pas toujours être réclamé à partir des lois du lieu où le jugement est fait.

XLI. À partir de la règle [énoncée] dans le § XXXIX, il faut faire attention à ce que nous ne concluions pas que les actes non faits selon les lois du lieu où ils ont été faits, ne sont valides nulle part ailleurs.

XLII. Dans les statuts personnels, cette même bienveillance des peuples fait que le statut, la qualité et la capacité de la personne dépendent du statut du domicile et l'accompagnent partout.

XLIII. Il est permis de se retirer expressément des statuts en contractant et en faisant d'autres affaires, à moins qu'elles ne soient interdites.

XLIV. On peut aussi de retirer tacitement des statuts, comme il est fait en contractant un mariage, si la loi du lieu où le fiancé habite s'écarte de la loi qui a été reçue dans le domicile de la fiancée, à moins que le statut réel duquel on se sera écarté, ne soit prohibitoire.]

§ 28. Les LOIS CONCERNANT DROIT CIVIL PARTICULIER nous enseignent QUEL EST LE DROIT DE CHACUN ENVERS CERTAINES CHOSES ou LES MOYENS DE LES DÉFENDRE LÉGALEMENT ET DE LES POURSUIVRE.

*

Contenu du troisième chapitre

La condition légale des hommes *est (Livre I, chap. III) différente à partir de ce qui est* essentiel *ou de ce qui est* accidentel.

*Suivant l'*essentiel*, les hommes sont dits* nés *ou non nés.*

Les hommes nés *sont* mâles *ou* femelles.

*L'*accidentel *consiste en une* relation réciproque entre les hommes *ou en une* qualité.

Suivant le droit civil hollandais, les hommes sont distingués d'après la relation réciproque *en* majeurs *et* mineurs, *chap. IV.*

Les mineurs, *c'est-à-dire se trouvant sous tutelle, sont tels par* mariage, *par* naissance, *ou par* incapacité de se débrouiller soi-même.

Les mineurs *par* mariage *sont les femmes mariées, auxquelles sert à comprendre ce qu'est la mariage, qui peut se marier, et ce qui sert en plus, chap. V.*

Les mineurs *par* naissance *sont les enfants non morts et ici, il est traité de la tutelle des parents, chap. VI.*

[12] *Les* mineurs *par* incapacité de se débrouiller soi-même *sont les* orphelins.

Les orphelins *sont* sous âgés *ou* en âge.

Dans la tutelle des sous âgés*, il est à observer*

le début, *le* déroulement *et la* sortie.

Concernant le début, *on fait attention (chap. VII) à qui* peut être tuteur *et* comment on devient tuteur.

Les tuteurs *sont nommés par une* dernière volonté *ou par le* magistrat.

Le déroulement *de la tutelle consiste dans le* pouvoir du tuteur*, chap. VIII, et dans le* devoir du tuteur*, chap. IX.*

La sortie *de la tutelle se produit de différentes manières, chap. X.*

Là, sont aussi données des tutelles sur les orphelins en âge *qui ne peuvent pas se débrouiller eux-mêmes ni leur bien par un défaut de l'*extérieur *ou de l'*intérieur, *chap. XI.*

De l'extérieur, *comme les sourds et muets.*

De l'intérieur, *par un défaut* de l'entendement*, comme les aliénés, ou par un défaut* de volonté*, comme les prodigues.*

La qualité *dans laquelle* la condition accidentelle légale des hommes *consiste naît de la* manière de l'engendrement*, du* lieu de naissance *ou de l'*extraction.

Suivant la manière de l'engendrement*, certains sont nés* légitimes*, certains,* illégitimes, *chap. XII.*

Les enfants légitimes *sont des* enfants naturels simples *ou les enfants* nés d'un concubinage interdit. *Et les* enfants illégitimes *sont légitimés par un* mariage qui suit *ou par une* faveur de l'autorité.

Suivant le lieu de naissance, *certains sont* natifs, *certains* étrangers, *chap. XIII.*

*Suivant l'*extraction, *certains sont* nobles*, certains* roturiers*, chap. XIV.*

Les roturiers *ont autrefois été des* hommes bien nés *et des* gens du commun.

Les gens du commun *sont* clercs *et* laïcs*, chap. XV.*

*

Chapitre III
De la condition juridique des hommes

§ 1. Pour bien entendre ce qui concerne la première chose, puisque le droit existe entre les hommes auxquels le droit arrive et entre les choses sur lesquelles le droit s'applique, ainsi, il y a à traiter en premier lieu de la CONDITION JURIDIQUE DES HOMMES, puis de celle DES CHOSES.

§ 2. LA CONDITION JURIDIQUE DES **[13]** HOMMES est distinguée par ce qui est ESSENTIEL ou à partir de ce qui est ACCIDENTEL.

§ 3. DE L'ESSENTIEL, vient le fait que certains hommes sont encore non nés, certains déjà nés.

§ 4. Les personnes non nées sont tenues pour des hommes à leur avantage, non à leur préjudice [45].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried va der Keessel**

XLV. Ceux qui ne sont pas encore nés sont tenus pour déjà nés, chaque fois qu'il s'agit de leur avantage ; à plus forte raison, ils peuvent succéder ab intestat, bien qu'ils n'aient pas été conçus au moment dans lequel est mort celui de la succession duquel il est question, comme dans le cas exposé dans les I*nstitutes*, III, i, § 7.]

§ 5. Pour des hommes nés, on tient seulement de telles personnes qui ont un corps capable de contenir une âme raisonnable. On ne tient pas les autres créatures nées monstrueuses pour des hommes [46], mais, dans ces pays, bien avant, on avait l'habitude de les étouffer immédiatement.

§ 6. LES HOMMES NÉS sont mâles ou femelles ; car ceux que l'on appelle hermaphrodites sont reconnus comme étant de l'un ou l'autre [sexe] d'après la manière de leur [sexe] prédominant [47].

§ 7. L'ACCIDENTEL est ce à partir de quoi les hommes sont distingués en UNE RELATION RÉCIPROQUE ENTRE LES HOMMES ou une QUALITÉ.

§ 8. Ce qui concerne la relation réciproque, bien qu'elle reçoive sa forme du droit civil, a cependant son origine à partir de la loi naturelle. Car la loi naturelle nous enseigne que les enfants, comme ayant reçu leur existence, auprès de Dieu, de leurs parents, sont tenus avant tout d'être reconnaissants et d'être soumis à leurs parents. De plus, puisque le sexe des femmes , comme communément plus froid et plus humide, a moins de capacité que le sexe des mâles pour les choses qui demandent de l'entendement, ainsi, le sexe masculin est d'une certaine supériorité suffisamment naturelle sur les femmes. Car il revient toujours au plus sage de commander et, puisque le commandement de tous les hommes sur toutes les femmes ne peut apporter que du trouble, venant en outre que l'éducation des enfants ne peut pas être bien défendue, à moins que chacun ne connaisse les siens, ce qui ne peut pas se produire lorsqu'une femme mélange dans le même temps plus d'un seul homme, ainsi, de là, est née la nécessité du mariage ; et, parce que l'amour non partagé est plus fort et que la raison de la communauté semble demander qu'une femme, étant unie à un seul mari, l'homme, en retour, soit uni à une seule femme, ainsi, l'institution du mariage a-t-elle été originellement entre un homme et une

---

[45] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 231 ; D. 1, 5, 7 et 26.

Extrait du livre unique *Sur le Sénatus-consulte Tertullien* d'Ulpien : *« Ce que nous disons, [à savoir] que celui qui espère naître est tenu pour avoir survécu, est alors vrai quand on s'interroge de son droit ; aussi n'est-ce pas utile aux autres, s'il n'est pas né ».*

Extrait du livre unique *Des parts qui sont accordées aux enfants des condamnés* de Paul : *« Celui qui se trouve en gestation est gardé de la même manière que s'il se trouvait dans les affaires humaines chaque fois que l'on s'interroge sur les avantages de l'enfant lui-même, bien qu'il ne profite à autrui en aucune manière avant de naître ».*

Extrait du livre LXIX des *Digestes* de Julianus : *« Ceux qui sont dans l'utérus, dans presque tout le droit civil, sont entendus être dans la nature des choses. Car les successions légales leur sont rendues ; et, si une femme enceinte a été capturée par des ennemis, celui qui sera né [d'elle] aura le* postliminium *(droit de retour), de même il suit la condition du père ou de la mère ; en outre, si une servante enceinte a été enlevée, bien qu'elle donne naissance chez un acheteur de bonne foi, [l'enfant] qui sera né n'est pas usucapé en tant que [bien] volé ; pour cela, il est convenable que l'affranchi aussi, aussi longtemps que le fils de son patron peut naître appartiendra au droit dans lequel se trouvent ceux qui ont des patrons ».*

[46] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 5, 14.

Extrait du livre IV des *Sentences* de Paul : *« Ne sont pas libres ceux qui, à l'encontre de la forme du genre humain, sont procréés contrairement à l'usage, comme si une femme avait accouché de quelque chose de monstrueux ou d'extraordinaire. Aussi [est] un enfant celui qui rehausse les offices des membres humains, on en considère jusqu'à un certain point l'effet et c'est pourquoi il sera compté parmi les enfants ».*

[47] (Note de Groenewegen) Voyez mon traité *De legibus abrogatis* sur ledit passage de D. 1, 5 *(Du statut des hommes)*, 14.

femme [48]. Et, pour que l'éducation des enfants, laquelle demande les soins communs du père et de la mère ne reste pas imparfaite, comme aussi, pour que la confiance mutuelle soit plus grande, ainsi y a-t-il eu la première institution que le mariage serait indissoluble [49]. Les Germains sont restés avec cette institution originelle [50]. De cette autorité d'un mari sur son épouse et des parents sur les enfants, est né le gouvernement de la famille et il s'est renforcé avec le temps, puisque certains qui ne pouvaient pas bien s'entretenir eux-mêmes se sont volontairement placés sous le gouvernement de sages et puissants pères de famille. Mais, puisque les enfants, étant incapables dans leur jeune âge [51] de s'entretenir eux-mêmes, n'étaient pas suffisamment sages pour choisir le gouvernement d'eux-mêmes, ainsi, les parents ont pourvu leurs amis d'en recevoir le soin à leur mort. Le genre humain croissant et une plus grande masse des hommes étant venue habiter les uns près des autres pour pouvoir être obligeants les uns envers les autres, on a trouvé qu'une la masse ne pouvait pas s'assembler sans accident pour aviser du gouvernement des affaires communes et que le gouvernement des affaires communes pourrait être plus commodément expédié par le biais de certains représentants. Cependant, puisque les manières et les buts des gens n'étaient pas uniformes, ainsi, dans certaines places, la communauté a confié les moindres affaires à une certaine autorité **[15]** et conservé les plus importantes pour elle, ce dont est né le gouvernement du peuple (démocratie). Dans d'autres places, la communauté commerçante, se déchargeant de la peine, a transmis le commandement au plus considérable en entendement et en moyens, dont est né le gouvernement des meilleurs (aristocratie). Dans de nombreuses places, il est aussi arrivé que, pour éviter une dissension ou les autres difficultés, le pouvoir soit remis à un seul homme, d'où sont nés le gouvernement d'un seul (monarchie) ou les royaumes. Et, puisque le droit naturel ne peut pas avoir tout déterminé, ainsi, ces dirigeants, comme il a été dit ci-dessus, ont fait des lois successives pour l'utilité commune ; ces dirigeants trouvant alors que les parents laissaient parfois de jeunes enfants sans avoir nommé de tuteurs sur eux, qu'aussi, des personnes en âge ne pouvaient pas être capables de s'occuper d'elles-mêmes ou de leurs affaires à raison de différentes infortunes, y ont pourvu ; aussi, puisque la loi naturelle avait bien donné aux parents un pouvoir sur les enfants et aux maris sur leurs épouses, mais qu'elle ne pouvait pas déterminer jusqu'où le même pouvoir irait sur toutes les choses qui se produisent, puisqu'aussi, les hommes viennent les uns plus tôt, d'autres plus tard à l'usage de l'entendement et à la capacité de se gouverner eux-mêmes, période de capacité qu'elle ne pouvait pas précisément fixer ; cependant, une mesure générale devait être instaurée là-dessus qui, conviendrait si ce n'est à tout, du moins, à la majorité [des hommes] ; ainsi tout ceci étant resté non déterminé par la loi naturelle, a été

---

[48] (Note de Groenewegen) Voir Gn 2, 24.

« 24. C'est pourquoi l'homme quitte son père et sa mère et s'attache à sa femme, et ils deviennent une seule chair ».

[49] (Note de Groenewegen) Voir Mt 19, 8-[9].

« 8. C'est, leur dit-il, en raison de votre dureté de cœur que Moïse vous a permis de répudier vos femmes ; mais dès l'origine il n'en fut pas ainsi. [9. Or je vous le dis : quiconque répudie sa femme – pas pour prostitution – et en épouse une autre, commet un adultère] ».

[50] (Note de Groenewegen) Voir Tacite, *De moribus Germaniæ*, XIX, 5.

« 5. Elles prennent un seul mari comme elles n'ont qu'un seul corps et une seule vie, sans aucune ambition au-delà, sans autre volupté, pour l'aimer non comme leur mari, mais comme le mariage même ». Cf. trad. J.-H. Michel, *Matériaux pour une lecture ethnographique de la* Germanie *de Tacite*, Cahiers du CeDoP, ULB, Bruxelles, fasc. Premier, p. 35.

[51] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xiii, § 1 ; D. 4, 4, 1.

« § 1. Mais la tutelle est, comme Servius l'a définie, le droit et le pouvoir sur une personne libre pour protéger celui qui, à raison de son âge, ne peut pas se défendre, donné et permis dans le droit civil ».

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Cet Édit, le préteur, suivant son équité naturelle, l'a proposé, [Édit] avec lequel il entreprend la protection* (tutela) *des mineurs. Car, quand il est établi qu'est fragile et faible le dessein des âges de cette sorte et qu'à de nombreux pièges, il a été soumis et qu'aux embûches de nombreuses gens, il a été exposé ; le préteur leur a offert une aide avec cet Édit et, contre les pièges, une assistance. 1 - Le préteur a édicté : "Ce qui, contre un moins de vingt-cinq ans par la naissance, sera réputé avoir été fait, comme chaque chose sera, je le châtierai". 2 - Il apparaît qu'aux mineurs [de moins de] vingt-cinq ans, cette aide est offerte, car, après cette période, il est établi qu'est accomplie la force virile. 3 - Et c'est pourquoi, aujourd'hui, jusqu'à cet âge, les jeunes gens* (adolescentes)*, avec l'aide de curateurs, sont gouvernés et, non avant, l'administration de leur bien ne leur devra pas être confiée, bien que pouvant administrer de bonne façon leur bien ».*

déterminé par le droit civil et de façon différente dans les différents pays. En outre, puisque l'expérience recevant la hardiesse des méfaits reçus enseigne que ceux-ci ne peuvent pas être punis autrement que par de dures peines, ainsi, dans différents pays, on a aussi trouvé, en plus de la peine de mort, de l'infamie, des peines corporelles et infâmantes, la peine de servitude, c'est-à-dire la perte de liberté, par laquelle un homme, comme étant devenu une bête par la perte de la raison, a été non seulement soumis au commandement, mais aussi à la propriété d'autres hommes, laquelle chose est particulièrement employée **[16]** contre ceux qui, à la manière des bêtes, ont causé des dommages de sang ou sur les biens par force à d'autres hommes, c'est-à-dire par une guerre injuste ; cependant, dans d'autres pays, une telle chose n'est pas reçue ou, étant reçue, est trouvée trop dure et n'est plus employée. De cela, on peut entendre comment [il se fait] que tous les hommes sont semblables par la naissance (excepté le devoir des enfants envers leurs parents), que, cependant, non sans raison, un homme est soumis à la conduite et au commandement de l'autre. Et pour en venir maintenant au droit civil hollandais, suivant cela, les hommes sont distingués d'après leur RELATION RÉCIPROQUE en MAJEURS et en MINEURS.

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur parle du respect et de l'obéissance que les enfants doivent à leurs parents et il ne fait aucune différence entre le père et la mère, bien qu'il y en ait qui attribuent plus d'autorité au père qu'à la mère et ainsi cela a-t-il été considéré pour les Égyptiens, voir Barbeyrac dans sa préface sur Pufendorf, p. 58. Mais Locke refuse formellement cette opinion, voir *Du gouvernement civil*, chap. 5, nb 1. De là, chaque fois que, dans l'ancienne et la nouvelle alliances, il est fait mention des parents, les deux vont d'un pas égal, Ex 20, 12 ; Lv 19, 3 et 20, 9 ; Mt 15, 4 ; Ep 6, 1. Salomon interdit sous la menace de la peine la plus grave également le mépris de la mère que celui du père, Pr 30, 17. Il est cependant en désaccord avec Hobbes, l'auteur du *De cive*, chap. 9, et il attribue à la mère un pouvoir plus important qu'au père sur les enfants nés, parce que la mère a eu en premier l'enfant qui ne parle pas sous sa puissance et parce que, bien que, le recevant, il ait seulement été sujet à un mélange, cependant, pour la génération d'un enfant, elle a apporté un service plus pénible et plus difficile ; mais Pufendorf a réfuté formellement cette sentence dans son *Droit de la nature et des gens*, liv. VI, chap. 2, § 2. Le § 5 rappelle que, chez les Babyloniens, la puissance suprême était certes dans les mains du père sur les fils, mais dans les mains de la mère sur les filles.

En revanche, l'auteur, ici et dans son Droit de la guerre et de la paix, liv. II, chap. V, § I, déduit ce respect dû aux parents du seul acte de la génération. Mais, sur ce point, l'homme n'est pas beaucoup plus excellent que les bêtes du fait que les deux sont enflammés communément du même instinct et, pour y satisfaire, sont attirés à l'union charnelle et aspirent à un si grand désir. De là aussi, l'auteur signale que le célibat ne convient pas, si ce n'est aux âmes excellentes, voir *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § I, nb 1. Mieux, on peut avoir été décoré des qualités les plus excellents de l'âme et cependant, ne pas jouir du don de l'abstinence, comme Salomon, très sagace dans les autres choses, a couché avec ces séduisantes des mortels. De là, est aussi indiqué dans 1R 11 avec un charbon noir et Bernard a signalé que le vœu de célibat ouvrait la porte aux crimes, voir Carpzov, *Decisiones illustres Saxonicæ*, part. II, decis. 114, nb 9 et 10. De là aussi, contraire au droit divin, voir de même *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 9, defin. 172, nb 12, 13 et 14. Cependant, la promesse de chasteté de Jephté n'est pas réprouvée dans les Écritures saintes, bien que, pendant deux mois, il ait déploré le vœu paternel fait à Dieu à raison du désastre des Ammonites, voir Jg 11, 30-40. C'est pourquoi, à partir de ce qui a été dit jusqu'ici, ce respect est dû plus à l'amour des parents et au soin de l'éducation et Locke dit, dans le chapitre 5, § 14, que, si la puissance paternelle devait être dérivée de la seule génération, celle-ci serait été enclose seulement dans de très étroites limites et que, si cela procédait, tous les enfants devraient un même respect aux parents, comme [le dit] Locke dans le chapitre 5, § 19 ; ce qui ne peut pas convenir à l'équité ; posons qu'un père, Titius, ait deux fils, Sempronius et Caius ; il aime Sempronius et dépense beaucoup pour qu'il soit bien éduqué ; en sens contraire, il ne prend pas soin de Caius et néglige l'éducation de celui-ci ; Caius devra-t-il le même respect, la même obéissance envers son père que Sempronius ? Personne ne le dirait. À cela, on peut ajouter Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VI, chap. 2, § 1 et, de cette source plus claire, de Réal, dans *La science du gouvernement*,, t. III, p. 353 et suivantes, déduit aussi la puissance paternelle, attribuant plus au bénéfice moral qu'au bénéfice physique et ainsi, cela a-t-il semblé au législateur des

Athéniens, Solon, car il a promulgué une loi selon laquelle un fils n'était pas tenu de nourrir son père, à moins que le père ne se soit soucié que l'enfant né serait instruit d'un certain art avec lequel il pourrait rechercher sa subsistance, voir de même, t. IV, p. 83.

Maintenant, nous voyons que les enfants nés doivent l'obéissance aux parents, mais qu'en est-il du droit, si les parents sont en désaccord ? Déjà, dans ce cas, il faut plus obéir au père qu'à la mère, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VI, chap. 2, § 1 ; non, comme le dit Grotius dans son Droit de la guerre et de la paix, liv. II, chap. V, § I, à raison de la supériorité du sexe et, parce qu'il est est supérieur, celui qui est plus doté en intelligence et en force commande à la partie plus faible ; en effet, cette supériorité n'est pas par elle-même appropriée pour produire un tel effet ; mais quelque droit que le mari a sur son épouse, il l'acquiert à partie du consentement de celle-ci, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VI, chap. 1, § 9 et ainsi aussi, de Réal, t. IV, p. 62 et suivante, car il observe qu'aucune société n'est stable entre deux personnes, à moins que le suffrage de l'un ne prévale sur le vœu de l'autre ; en outre, il observe, p. 78, que la père elle-même a été soumise au pouvoir du mari.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 48 de Groenewegen van der Made**

L'auteur proscrit ici la polygamie, mais cependant, avant la propagation des Évangiles, il défend que, dans la loi mosaïque, elle était licite, voir *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. V, § IX, nb 1 et *De veritate religionis Christianæ*, lib. II, § 13, nb 2. En outre, le très savant Montesquieu attribue l'interdiction de la polygamie à la température de l'air et il indique que la loi qui accorde seulement une unique épouse convient au génie physique de l'Europe, mais en aucune façon, à l'Asie. De là, il conclut que la loi de Mahomet a été facilement affermie en Asie si si difficilement en Europe et, à partir du même principe, il assure que la religion chrétienne a été introduite en Europe et exterminée en Asie ; il y a enfin ceux que l'auteur ne suit pas qui enseignent que le nombre égal ou inégal des garçons et des fillettes permet ou interdit la polygamie ; mais, à travers au moins tout l'empire chinois, la polygamie est licite bien qu'ici un nombre égal de mâles et de femmes naisse, ce dont témoigne de Réal, *La science du gouvernement*, t. I, p. 432 et Noest, dans son *Algemeen Staetsrecht*, liv. II, chap. 5, § 1, nb 1, indique que cette proportion a été presque partout observée.

Quoi qu'il en soit, Montesquieu dit que la bigamie est moins utile au genre humain et qu'elle n'est pas plus valable pour satisfaire un homme libidineux que l'accumulation de richesses pour un avare, *De l'esprit des loix*, liv. XVI, chap. 2. Déjà, le plus savant des rois, dans Qo 5, 9, a déclaré que l'avare ne serait jamais satisfait. Mieux, qu'elle ne conduit pas même à la propagation des mortels et il a entrepris de rendre ferme la meilleure qui s'accorde parmi les lois de Moïse, les lois naturelles portées par Christ sur cette matière (comme je l'ai appris à partir de la vue de l'ouvrage), voir Prémontval, *La monogamie ou l'unité dans le mariage*, chez Pieter van Cleef à La Haye en 1751 et ainsi aussi, le comprend de Réal, t. IV, p. 9, et Carpzov indique que la polygamie a été interdite selon tout droit, *Criminalis Practica*, part. II, quæst. 66, nb 3 et 4, comme le catalogue des sentences de Speidel, *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. I, lettre B, p. 453. Quant au droit romain, la peine de la bigamie était l'infamie, voir D. 5, 5, 2. Chez nous, les bigames sont punis de différentes façons ; tantôt, avec une relégation perpétuelle et la confiscation des biens ; mieux, tantôt avec le dernier supplice entant qu'adultères, mais aussi comme accusés d'un parjure public, voir l'ordonnance de police générale de Hollande, art. 18 et l'art. 60 de l'ordonnance criminelle, où cependant, Simon van Leeuwen observe que, les choses sacrées ayant été modifiées, cette peine de mort est obsolète, du fait que maintenant, de façon égale, le bigame et la bigame sont punis d'une peine de fouet ; cependant, dans le droit de Groningue et de la Drenthe jusqu'à ce jour, ils sont punis du glaive, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 200, et dans la Frise, il n'est dérogé en rien au droit romain, voir le Statut de Frise, liv. I, tit. 11, art. 1 et là, plus largement, Hamerster dans ses notes. En Zélande, la peine de la bigamie est corporelle, si une union charnelle est intervenue, autrement, an tant qu'adultères, ils sont punis, voir ordonnance de police du 18 mars 1666, art. 13. Je doute [de savoir] si cela est assez exact, du fait qu'aussi, les adultères subissent un châtiment corporel, comme il est disposé dans la même ordonnance, art. 8, voir le *Groot Placaetboek*, t. III, p. 592.

Dans le duché de Brabant et le comté de Flandre, la peine du droit romain est en vigueur, mais, s'ils ont couché ensemble, ils sont publiquement punis d'une peine corporelle, voir le *Echtreglement van der Staten Generaal* de 1656, art. 84. Cependant, il faut statuer autrement, le crime n'étant pas encore accompli, bien qu'une bénédiction sacerdotale soit intervenue, parce que ce délit est une espèce d'adultère ; déjà, il est plus vrai que l'adultère est commis par la seule intimité charnelle de façon

certaine, voir Carpzov, *Definitiones forenses*, part. IV, const. 20, defin. 3, et *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. III, tit. 5, def. 68, nb 4, bien que ce crime soit plus grave que l'adultère, de même Carpzov, *Criminalis practica*, dans ladite quæst. 66, nb 2. Burckhard Bardili, dans ses *Conclusiones theoretico-practicæ ad XXV Pandectarum libros posteriores*, part. IV, sect. 1, concl. 28, a beaucoup de choses quant aux bigames et à leurs peines. L'illustre exemple de la bigamie accordée par Luther, Melanchton et Bucer au magnanime landgrave Philippe de Hesse s'offre aux regards presque partout, voir Pufendorf dans son *Introduction à l'histoire de l'Univers*, liv. III, chap. 10, p. 401 et suivante ; de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 61 ; non à mauvais titre, Voltaire reprend Luther dans son *Essay sur l'histoire générale*, t. III, p. 113, et il observe à bon droit que jamais, aucun pape n'avait usurpé une telle autorité, alors que Luther qui portait péniblement ce pouvoir, avait quitté l'église romaine. Cependant, il n'y a aucune raison pour que, dans toutes ces lois, de la même façon, il soit fait attention aux deux sexes, du fait qu'il a été répondu à bon droit, si je ne me trompe, qu'une femme pêche plus avec un délit d'adultère et de bigamie que l'homme, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 13, nb 14. De là, il s'ensuit qu'il est totalement absurde qu'une femme, qui est mariée à deux hommes, frappée de verges, soit renvoyée dans un monastère, mais l'homme qui épouse deus épouses, est puni du glaive, comme Burckhard Bardili indique cette peine et ne la réprouve pas dans ledit endroit, nb 6.]

*

Chapitre IV
Des majeurs et des mineurs [52]

§ 1. *Sont appelés* MAJEURS *ceux qui sont capables de se gouverner eux-mêmes, eux et leurs affaires, et qui, sur de telles choses en leur propre nom, peuvent ester en justice.* On les nomme aussi autrement SELF-MONDEN (*i. e.* autonomes en droit, hors de tutelle). Ce dont sont privés les MINEURS [53]. Etant cependant bien entendu qu'aussi, ceux-ci, dans des affaires de graves méfaits, doivent comparaître par eux-mêmes en justice [54].

§ 2. Entre les mineurs, il y a la distinction de ceux qui sont autonomes et non autonomes ou libres et non libres, laquelle distinction a été connue dans ces pays encore dans les trois cents dernières années [55] et certaines traces en sont encore conservées, puisque certaines personnes sont encore redevables de services à vie, aussi d'acheter la liberté de se marier avec une certaine faveur, elles doivent habiter dans le pays **[17]** ou acheter cette même liberté [de ne pas y habiter] [56], et le bien de valeur, après leur mort, passe en héritage au seigneur ; mais, en dehors de ce

[52] Voir le titre D. 4, 4 *Des mineurs de moins de vingt-cinq ans*.

[53] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 6, 1.

Constitution de Gordien adressée à Candida et donnée en 239 : *« Si, alors que tu es d'un âge de pupille, sans l'autorisation de ton tuteur, tu es présente avec ton adversaire, le gouverneur de la province a prononcé contre toi, ce qui a été statué ne s'appuie pas sur l'autorité de ce qui a été jugé ».*

[54] (Note de Groenewegen) Voir mon *De legibus abrogatis* sur C. 5, 59, 4. Ici, le droit hollandais se distingue du droit écrit dans ladite loi de C. 5, 59, 4.

Voici le texte de cette constitution : Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Rendant cela clair à la postérité, nous consacrons que, de toute façon, doivent être présents, des mineurs de [moins de] vingt-cinq ans ayant commis et été incités à des causes criminelles, les curateurs ou les tuteurs, cas dans lesquels les lois accordent que des pupilles soient accusés, du fait qu'il est plus prudent et meilleur qu'avec leur conseil le plus parfait, les mineurs fassent leurs réponses et intentent le procès, afin qu'à partir de leur inexpérience ou de leur chaleur juvénile ils ne disent pas ou ne taisent pas quelque chose qui, si cela avait été déclaré ou non exprimé, pouvait leur être utile et les arracher à un plus mauvais calcul ».*

[55] Voir Pierre Goudelin, *De jure novissimo*, liv. I, cap. IV, aux mots *Ut his explicandis* ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. IV, decis. 80, nb 2.

[56] Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 59, 8.

Voici le texte de cette constitution : Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius adressée à Tatianus, Préfet de l'Orient, et donnée en 388-392 : *« Celui qui se hâte de cultiver des terres désertes, le propriétaire l'ayant cessé, placées loin ou sur les frontières pour un profit également privé et public saura que notre réponse est présente à sa volonté, d'une façon telle, cependant, que, si, sur un sol vide et abandonné, un nouveau cultivateur s'est installé et que l'ancien propriétaire, dans les deux ans, a*

droit particulier, tous les hommes sont maintenant tenus pour libres dans ces pays [57]. Qui plus est, suivant les privilèges des villes de Hollande, tous les habitants ayant habité un an et un jour dans les villes deviennent libres d'une façon telle que personne ne peut les saisir comme propres ou les regagner [58].

§ 3. Les MINEURS sont alors ici reconnus par trois origines : par MARIAGE, par NAISSANCE, par INCAPACITÉ DE SE GOUVERNER SOI-MÊME.

§ 4. Tous ceux-ci se trouvent sous la TUTELLE de quelqu'un, laquelle est aussi appelée MOND-BORGSCHAP (*i. e.* mainbour [59]), parce que le tuteur est comme celui qui prend soin du mineur, là où maintenant on dit MAINBOURNIE et, pour Mond-borgen, Mainboyrs.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

XLVI. Bien que ceux qui sont trouvés sur le sol hollandais soient des serfs libres, cependant, les serfs fugitifs de nos colons n'usent pas de ce droit, mais ils peuvent toujours être revendiqués par les maîtres, ce dont a pleinement disposé quant à cette affaire l'ordonnance de police du 23 mais 1776.]

§ 5. La GARDE ou la TUTELLE *est un pouvoir légal d'un homme sur un autre et son bien introduit pour son avantage particulier.*

§ 6. Toutes les femmes mariées sont par l'intermédiaire du MARIAGE des MINEURES [60].

§ 7. Il y a à observer que, depuis longtemps, toutes les femmes ont été des mineures dans ces pays, d'une façon telle qu'aussi, les filles âgées sans parents ou les veuves ne peuvent légalement agir ni aliéner quelques biens que par le pouvoir de leur gardien [61] ; de là est restée l'usage pour de telles choses, de prendre un gardien choisi que **[18]** l'on nomme autrement un gardien de rue. Mais ce droit étant devenu inutilisé pendant une longue période a bien conservé quelque apparence, mais perdu sa force, d'une façon telle que ce qui est maintenant fait par des femmes âgées non mariées même sans gardien ne cesse pas d'être confirmé.

§ 8. Pour entendre le droit des femmes mariées, on doit savoir ce qu'est un MARIAGE, entre qui et comment celui-ci peut être fait d'après les lois de ce pays.

*

Chapitre V
Du mariage [62]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel, sur l'ensemble du chapitre V**

XLVII. Les fiançailles sont à bon droit conclues sous condition ; celle qui, si elle est honorable, suspend leur force, à moins que, s'y étant ajoutée une union charnelle, une telle condition ne soit considérée avoir été tacitement remise, dont la loi du mariage ne requiert pas la validité.

---

voulu rappeler cela à son droit, étant au commencement restitué ce qui aura été dépensé, il obtiendra la faculté de l'endroit en propriété. Car, si le délai de deux ans est écoulé, celui qui s'est tu sera privé de toute possession et de toute propriété ».

[57] Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, III *Du droit des personnes.*

[58] Voir les coutumes d'Anvers, tit. 36, art. 2 ; le privilège donné par le comte Floris à Monikendam en 1288 ; Groenewegen, dans ses *De legibus abrogatis*, sur ledit titre III des *Institutes.*

(Note du traducteur) La version ici utilisée et référencée par Groenewegen des coutumes d'Anvers est celle de 1582.

[59] (Note du traducteur) Le mot néerlandais *Mond*, ne signifie pas ici "bouche" ou "embouchure", mais vient du vieil allemand *Mund* latinisé en *Mundium* qui renvoie à l'idée d'une protection, d'un pouvoir et même à une tutelle, comme celle qui était exercée sur les femmes ou sur les mineurs.

[60] (Note de Groenewegen) Voir mon *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, I, xxv [*Des excuses*], § 19 et sur C. 3, 6 [*Ceux qui ont la personnalité légale d'ester en justice*]. Ici le droit hollandais est différent des lois écrites. Glose sur C. 6, 46, 5.

[61] (Note de Groenewegen) Et encore dans la Saxe contemporaine, voir Reinhard, *De differentibus juribus*, II, part. 4, differ. 41.

[62] (Note de Groenewegen) Voir Sanchez, traité *De matrimonio* ; Gutierez, traité sur le même sujet.

XLVIII. Les conditions honteuses ou impossibles vicient les fiançailles ; voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, nb 8 ; ne s'y oppose pas la Décrétale IV, v, 7.

XLIX. La distinction entre les fiançailles quant au présent et quant au futur n'a pas été reçue en Hollande ; car les premières quant au futur sont préférées aux postérieures quant au présent et rien n'empêche que l'on puisse s'écarter par un consentement mutuel des fiançailles quant au présent, voir Loenius, *Decisiones*, cas 43.

L. les fiançailles clandestines contré-actées sans la volonté de ceux dont le consentement est requis pour les noces par des mineurs de 25 ou de 20 ans ne sont pas même valides, mais ne sont pas punies des peines de l'Édit de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 17, si, avant l'union charnelle, le consentement des parents s'y est ajouté.

LI. Les fiançailles publiques ou plutôt publiquement déclarées, c'est-à-dire en présence des magistrats, ne doivent pas être dissoutes comme inconnues d'eux, afin que le statut du fiancé ou de la fiancée ne soit pas dans l'incertitude ; ainsi, avec une consentement mutuel et le magistrat le sachant, elles peuvent être dissoutes et ici, il n'y a aucune autorité du magistrat sur ceux qui agissent à regret, comme, à bon droit, le statut sur les causes matrimoniales du 29 janvier 1754, art 15, l'a disposé, à moins qu'une autre chose n'ait été disposée ailleurs, voir l'ordonnance de police de Zélande, art. 23 ; statut de Leyde, art. 101, § 16.

LII. Les impubères, un parent ou le tuteur l'autorisant, ni les parents, en faveur des impubères ou des enfants mineurs, ne peuvent contracter des fiançailles avec effet.

LIII. Les fiançailles des mineurs contractées sans le consentement des tuteurs n'obligent pas ceux qui n'y consentent pas, même s'ils n'ont pas obtenu une remise en leur état initial, voir Brouwer, *De jure connubii*, lib. I, cap. 15, nb 2 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 3 ; Loenius, *Decisiones*, decis. 4.

LIV. Les mâles qui sont majeurs de 25 ans et les femmes qui sont majeures de 20 ans, sans le consentement des parents, peuvent contracter des fiançailles, en argument voir l'ordonnance de police de Hollande, art. 3 ; et, s'ils ont dépassé 25 ans, avant qu'ils les aient contractées, ils ne peuvent pas s'en retirer, afin de fournir un respect pour la volonté des parents qui ne prouvent pas une juste cause de désaccord, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 55.

LV. Cependant, la fille majeure de 20 ans qui, n'ayant pas encore accompli l'âge légal, a contracté des fiançailles sans le consentement des parents sous la puissance desquels elle se trouve, aussi, sans employer la remise en son état initial, peut changer d'avis, comme l'a décidé la Cour de Hollande le 8 juillet 1632 chez Loenius qui rapporte ici à bon droit C. 5, 4 *(Des noces)*, 20, dont, sur ce point, la raison du droit hollandais ne repousse pas l'usage.

LVI. La fille mineure de 25 ans, privée de parents, après l'accomplissement de l'âge de 20 ans, qui a contracté des fiançailles sans le consentement du tuteur peut aussi s'écarter d'eux, mieux, contre les fiançailles pour lesquelles l'autorisation du tuteur s'est ajoutée, elle peut être remise dans son état initial. Il doit être dit autre chose de la veuve mineure.

LVII. Des fiançailles, naît une action à partir du fiancé bonne pour contraindre, si la condamnation s'est ensuivie pour achever les noces, il n'y aura pas de noces avant que l'exécution ait été faite ; c'est pourquoi le condamné devra être entendu qui a voulu que des pactes prénuptiaux soient d'abord fait sous des conditions égales ; voir Schrassert, *Observationes practicæ*, obs. 229, nb 3 et 4 ;Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 55, p. 357 et suivante.

LVIII. À partir de fiançailles contractées deux fois, que ce soit purement et simplement ou sous condition, les premières doivent être préférées (à moins que les secondes n'aient été confirmées avec un mariage régulièrement célébré), d'une façon telle que la seconde fiancée qui a consenti de bonne foi et est privée d'un espoir de noces, puisse agir en justice pour ce qui est de son intérêt, aussi au titre du mariage, la première fiancée étant morte ou ne voulant plus épouser, elle fera valoir son droit en justice à bon droit pour accomplir les noces.

LIX. La peine de l'infamie n'est pas considérée avoir été reçue dans les usages hollandais contre celui qui a contracté des fiançailles deux fois. Quant à la Zélande, une autre chose doit être dite, si les fiançailles ont été publiquement déclarées, voir l'ordonnance de police de Zélande, art. 23, avec cette loi, une amende ou une autre peine arbitraire a été statuée. Semblablement dans certains statuts de Hollande, comme à Leyde, art. 101, § 5.

LX. De même que les fiançailles sont dissoutes avec une consentement mutuel, de même, quand [c'est avec la volonté de l'un pour de justes raisons que recense Boehmer, *Jus ecclesiasticum Protestantium*, lib. IV, tit. 1, § 162 et suivant où peut être rapporté le cas de C. 5,17 *(Des répudiations et de*

l'action supprimée dans les usages), 2 et la cession des biens faite par le père qui avait promis la dot, comme l'a jugé la Cour de Hollande, au témoignage de Bort, *Nagelate werken*, liv. II, tit. 20, dans les notes, p. 133.

LXI. La remise en l'état initial contre les fiançailles contractées par des mineurs, aussi à partir du consentement des parents, si une lésion est prouvée avoir été portée par l'imprudence de l'âge, peut être accordée ; à partir du droit commun selon lequel le fils de famille lésé aussi, qui, avec le consentement de son père, s'est obligé, est secouru par une remise dans son état initial. Les décisions objectées par les jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 99, ne poussent pas au contraire ; celles-ci regardent le cas où aucune lésion n'avait été alléguée entant que cause de remise en l'état initial.]

§ 1. Le MARIAGE (*Huwelyk*) ou l'UNION CONJUGALE (*Egt*) *est une union d'un homme et d'une femme pour une vie commune, emportant un usage légal du corps de chacun* [63].

§ 2. Selon les anciennes lois germaniques [64] qui s'accordent, comme cela est dit, avec la première institution [65] du mariage confirmée par Christ [66], un homme ne peut épouse qu'une seule femme et une femme qu'un seul homme ; ceux qui agissent autrement, l'union conjugale demeurant, et contractent un autre mariage ou s'obligent par leurs fiançailles, sont sévèrement punis [67] et le second mariage est tenu pour illégitime [68].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 67 et 68 de Groenewegen van der Made**

---

[63] (Note de Groenewegen) Voir D. 23, 2, 1.

Extrait du livre Ier des *Règles* de Modestinus : *« Les noces sont l'union d'un homme et d'une femme, et une communauté de toute la vie, une communauté de droit divin et humain ».*

[64] Voir Tacite, *De situ et origine Germanorum*, xviii.

[65] (Note de Groenewegen) Voir Gn 2, 22.

« 22. Puis, de la côté qu'il avait tirée de l »homme, Yahweh Dieu façonna une femme et l'amena à l'homme ».

[66] (Note de Groenewegen) Voir Mt 19, 9.

« (9) Or je vous le dis : quiconque répudie sa femme – pas pour prostitution – et en épouse une autre, commet un adultère ».

[67] (Note de Groenewegen) Voir en argument l'ordonnance de police, art. 14, 15, 16, 17 et 18 ; C. 9, 9, 18 ; C. 5, 5, 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 5, 5 *(Des incestes et des noces sans effet)*, 2.

Constitution de Valérien et Gallien adressée à Théodose et donnée en 238 : *« L'infamie accompagne celui qui a eu deux épouses sans nul doute. Car, dans cette affaire, non l'effet du droit selon lequel nos citoyens se voient interdire de contracter les mariages, mais la détermination de l'âme est pensée. 1. Cependant, envers celui qui, ayant feint un célibat, alors qu'il a abandonné une autre mère de famille en province, t'a demandée en mariage, le crime de stupre aussi, duquel toi, tu t'es tenue éloignée, parce que tu croyais être son épouse, est ordinairement intenté par un accusateur légal. 2. De façon certaine, tu obtiendras du gouverneur de la province que tous tes biens que tu déplores avoir été interceptés par lui dans la simulation de mariage te soient restitués avec toute demande pressante du versement ; car ce qu'il a promis qu'il te donnerait à toi comme fiancée, comment peux-tu le demander avec effet comme fiancée ? »*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Sebastiana et donnée en 285 : *« Il est clair que personne se trouvera sous la domination du peuple Romain, ne peut avoir deux épouses de façon commune, du fait que, dans l'Edit du préteur, des hommes de cette sorte seront notés d'infamie. Considérant cette affaire, le juge ne souffrira pas qu'elle soit impunie ».*

[68] (Note de Groenewegen) Voir C. 1, 14, 5 ; tout le titre 4 du livre IV des Décrétales.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée au Préfet du prétoire Florentius et donnée en 439 : *« Il n'est pas douteux qu'agit contre la loi celui qui, embrassant les termes de la loi, s'appuie [sur eux] contre la volonté de la loi. Il n'évitera pas les pénalités incluses dans les lois celui qui s'excuse frauduleusement avec un cruel gage à l'encontre de la sentence du droit. En effet, nous voulons que nul pacte, nulle convention, nul contrat ne soit considéré s'être ensuivi entre ceux qui contractent, la loi interdisant de contracter. Nous commandons que l'on interprète généralement tant pour les anciennes interprétations des lois aussi que pour les nouvelles, de sorte qu'il suffise que l'on interdise au législateur ce que l'on ne veut pas qu'il fasse et qu'il soit permis de rassembler les autres choses comme si elles avaient été exprimées sur le fondement de la volonté de la loi, c'est-à-dire, de façon à ce que l'on interdisait de faire avec la loi, si cela a été fait, soit aussi tenu pour non réalisé, bien que le législateur ait seulement interdit qu'on le fasse e »t n'a pas spécialement dit que ce qui avait été fait devait être sans effet ; mais, si quelque chose s'est ensuivi à partir de cela, ou à cause de cela, ce qui a été fait, la loi l'ayant interdit, nous commandons que cela soit aussi cassé et soit sans effet. 1 - C'est pourquoi, suivant la règle précitée, avec laquelle nous avons pensé que, nulle part, l'on n'observe ce qui a été fait, la loi l'ayant interdit, qu'un mandat n'est d'aucune importance et que l'on ne reçoive pas de serment ».*

Le titre en question des Décrétales comporte cinq décrétales, la première reprise de Saint Augustin, la seconde de Burchard de Worms, la troisième et la quatrième émanent d'Alexandre III et la cinquième d'Innocent III.

Si une femme, croyant son mari défunt, en a épousé un autre, la juste ignorance excuse, certes, d'une peine plus grave, cependant, les seconds vœux, comme l'enseigne l'auteur, sont dissous ; si, cependant, le premier qui revient renonce volontairement et que la femme préfère rester avec le second, avec un consentement commun, la dissolution du premier lien et la possibilité d'épouser une autre peuvent être demandées ; cependant, après l'époque de Grotius, il a agréé aux États Généraux que, si, pendant cinq années pleines, aucunes nouvelles d'un mari survivant n'étaient arrivées à l'épouse, la femme pouvait, à partir du décret du magistrat, avec une connaissance préalable de la cause, en épouser un autre, voir *Echtreglement van de Staeten Generaal*, art. 90, vol. II des *Ordonnances de Hollande*, p. 2446, ce que les États de Zélande ont suivi dans l'édit du 18 mars 1666, art. 16, qui se trouve dans le vol. III des Ordonnances, p. 594. De même aussi, cela a été disposé dans le droit de la province de l'Over-Ijssel et municipal de Daventer, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisien en observatien*, cas 165, p. 103 et ainsi aussi envisagé par l'empereur Justinien dans sa Novelle 22, cap. 7. Ainsi, de sorte que les États ont remis en usage ce droit romain, bien que cette loi ait déplu à l'empereur Léon de Philosophe à un point tel qu'il l'a de nouveau abrogé, voir Novelles de Léon, novelle 33. Mais dans ces endroits où rien n'a été consacré par les États sur l'absence des époux, aucune absence ne procure une juste cause pour voler vers d'autres vœux et, de là, il a été répondu à Utrecht que ne devaient pas être accordées à une épouse des noces à raison d'une absence de de quatorze ans, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 140, p. 587 et suivante ; et ainsi le signale Simon van Leeuwen quant au droit hollandais dans son *Rooms-Hollands recht*, liv. I, chap. 15, § 45. Du reste, , sur l'absence, il faut relever que quoi qui, sur celle-ci, ait été disposé, toujours, l'absence doit être entendue avoir été poursuivie et malicieuse, par ce moyen, personne, n'ayant été contraint à raison d'une cause juste ou nécessaire, ne se sépare de son époux à raison de l'âme, voir van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica*, lib. I, cap. 15, nb 12 ; Carpzov, *Jurisprudentia ecclesisasitca sive consistorialis*, lib. III, tit. 5, def. 59, nb 8 et 9. Combien de temps l'épouse est contrainte d'attendre un mari malicieusement absent, Finckelthaus, dans ses *Observationes practicæ*, obs. 111, en parle plus abondamment. La longue absence de l'épouse est une présomption tacite d'adultère, voir de même Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 12, defin. 209, nb 5.

Entre des fiancés, une absence de seulement trois ans suffit, afin que la période opportune de mariage ne passe pas ; mais Brunemann, dans son *Commentarius in codicem* sur C. 5, 17, 2 et sur C. 5, 1, 2, enseigne que deux ans suffisent s'ils habitent dans la même province, à moins que la cause de l'absence ne soit nécessaire, comme ici [dit que les mœurs ont remis par la suite ce droit sans changement en usage, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 1, nb 12.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXII. Le crime de bigamie, si une union charnelle s'y est ajoutée, doit être punie en Hollande, à partir de l'ordonnance criminelle de Philippe II, d'une sévère peine corporelle et d'un exil perpétuel, aussi, d'après l'ordonnance de police, art. 15,1+6 et 17. Une peine corporelle plus légère ou une peine de relégation doit être infligée avec l'infamie, si le crime n'a pas encore été consommé avec une union charnelle. L'époux qui, durant le mariage, a contracté de nouvelles fiançailles, surtout si celles-ci ont déjà été publiquement proclamées, est considéré devoir être noté d'infamie, être exclu de sa dignité et puni d'une amende.

LXIII. La nouvelle ordonnance de police de Zélande de 1666, art. 13, a déterminé cela plus distinctement, les premiers mots de cet article punissent comme bigame celui qui a contracté publiquement des fiançailles de la peine d'infamie à partir du droit romain et en outre, de la peine de l'adultère établie dans cette même loi, art. 9 et 10, c'est-à-dire, de la perte de dignité, avec une amende de six cents florins et de la prison civile temporaire avec l'interdiction de la nourriture d'autrui en dehors du pain et de l'eau.

La seconde partie de la loi, pour le crime commis avec une union charnelle, promet une peine corporelle publique.

LXIV. Si un second mariage, alors que la première épouse est tenue pour morte, a été contracté de bonne foi par les deux parties, celui-ci est valide entant que mariage putatif dans la mesure où les enfants qui en sont nés seront légitimes à partir du droit canonique, voir la Décrétale d'Innocent III, IV, xvii, 14, aussi par la Cour et par l'ordonnance de police de Hollande, ce qui a été approuvé le 19 juillet 1637, chez Loenius, *Decisiones*, decis. 78, et pour qu'ils subsiste entre les époux eux-mêmes, si, au consentement de la première épouse qui renonce à son droit, s'ajoute la sentence du juge ; voir van Alphen, *Papegay ofte Formulier-boec van allerhande requesten*, tit. I, p. 60 et 61, et tit. II, p. 589.

LXV. Mieux, si la seconde épouse se trouve seule dans la bonne foi, ayant été circonvenue par le bigame, le fils né de cette union sera aussi légitime, voir sur ladite Décrétale IV, xvii, 14, Hertius, *De matrimonio putativo*, §§ 7 et 17 ; quant aux autres effets du mariage putatif, voir sur ladite décrétale, Hertius, § 21 et suivant ; Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 62 ; Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. II, tit. 5, decis. 2.]

§ 3. Les jeunes gens en dessous de quatorze ans et les jeunes filles en dessous de douze ans ne peuvent pas se marier [69] ni aussi épouser une veuve durant le temps où elle pourrait être enceinte de son mari [70], [ni l'homme ni la femme n'ayant d'enfants mineurs avant qu'ils aient fait cette preuve que le bien leur appartenait] [71].

[**Note de Willem Schorer**

Ni aussi une veuve. À raison de la crainte de troubler le sang et la semence, le chagrin ne permet pas à une veuve de convoler vers d'autres vœux et d'épouser un homme sous peine d'infamie, voir Bijnkershoek, *Questionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 4, où il indique qu'aucun peuple n'est indécent à ce point qu'il ait admis un autre pilote avec un navire plein. En outre, elle n'acquiert rien de ce qui a été aussi laissé des biens du premier mari à un titre quelconque, voir van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica*, lib. I, cap. 13. Quant aux mœurs, il n'est pas requis que le mari soit dans le deuil pendant une année entière, du fait que beaucoup est laissé sur ce point aussi au jugement d'un prudent juge et que six mois suffisent, à moins qu'il ne soit clair qu'elle est enceinte du défunt, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. XXIII, tit. 2, nb 98. Cependant, quant au droit de la nature, la honte de la veuve qui passe vers de seconds vœux après la mort du mari n'est pas plus grande que celle du veuf pourvu qu'il soit clair de façon plus certaine qu'elle n'est pas enceinte, observe van der Marck à partir de Wolff dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 185, § 101. Toutefois, il a gréé aux États que les veuves de cinquante ans non encore dépassés, dans le neuvième mois, ne sont pas repoussées des secondes noces ; mais, si elles les ont dépassés, après un délai de six mois, elles y sont admises ; en outre, il est disposé ici que les veufs doivent aussi porter le deuil de leurs épouses pendant trois mois,

---

[69] Voir le début des *Institutes de Justinien*, I, x *(Des noces).*

« Les citoyens romains contractent entre eux de justes noces, eux qui, selon les commandements des lois, s'unissent, des mâles certes pubères, mais des femmes nubiles, qu'ils soient pères de famille ou filles de famille, pourvu cependant que les fils de famille aient le consentement de leurs parents sous la puissance desquels ils se trouvent. Car la raison naturelle persuade que cela doive être fait à un tel point que l'ordre des parents doive précéder. D'où, il a été demandé si la fille d'un pourra se marier ou le fils d'un fou pourra prendre une épouse. Du fait que, sur le fils, on a varié, notre décision s'est présentée, selon laquelle il a été permis qu'à l'exemple de la fille, le fils d'un fou aussi puisse sans l'intervention de son père, s'unir en mariage selon la mesure donnée à partir de notre constitution ».

[70] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 9, 1 et 2 ; D. 3, 2, 11 § 1 ; Buis et Automne dans ses *Conférences* ; Groenewegen dans ses *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 5, 9, 1.

Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée à Eutropius, Préfet du prétoire, et donnée en 380 : *« Si, de quelque façon, une femme n'a en aucune manière fourni le respect du chagrin envers son premier mari dans la hâte des noces, à partir du droit certes le plus connu, elle sera infâme. 1. En outre, à son second mari, elle ne donnera pas au-delà du tiers de ses biens en dot ni ne lui laissera dans son testament plus du tiers. 2. En outre, il sera privé de toutes les successions, legs et fidéicommis laissés par une dernière volonté et des donations à cause de mort. Car nous commandons que cela soit revendiqué par les héritiers, cohéritiers ou ceux qui succèdent ab intestat, afin que nous ne soyons pas considérés, pour ce pour quoi nous avons introduit la correction des mœurs, tenir compte du fisc. 3. Etant aussi permis ce que le premier mari lui a laissé dans sa dernière volonté, bien que ce qui, à la femme, par son premier mari, est laissé et, par le biais d'un mariage prématuré, a commencé à être vidé, par dix personnes énumérées dans un premier édit du préteur, c'est-à-dire, par les ascendants et descendants, et sur le côté, jusqu'au second degré, à savoir les degrés observés, nous ordonnons qu'ensuite, ce soit pris d'avance. 4. Nous permettons aussi que cette même femme rendue infâme ne réclame pas les successions ab intestat, légales ou honoraires au-delà du troisième degré ».*

Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée à Eutropius, Préfet du prétoire, et donnée en 381 : *« Si, par quelque moyen, des femmes ayant perdu leurs maris, dans le délai d'un an, à un autre, l'une s'est hâtée de se marier (en effet, nous adjugeons qu'un peu de temps après les dix mois doit être observé, même si nous*

pensons celui-ci petit), infâmes et marquées d'une brûlure, elle sera privée de l'honneur et du droit d'une personne plus honorable et noble, et elle perdra tout ce qu'elle avait obtenu des biens son premier mari avec le droit des fiançailles ou avec le jugement de son conjoint défunt ».

Extrait du livre VI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Quoique le mari soit tel que, selon la coutume des anciens, il ne convienne point faire [pour lui] le deuil, celle-ci ne peut être donnée en mariage durant le délai légal ; le préteur, en effet, s'en rapporte au temps durant lequel on fait le deuil de l'homme ordinairement, en raison de la perturbation [apportée dans] le sang ».*

[71] (Note du traducteur) Cet ajout provient du manuscrit de Lund.

à moins que le magistrat, la cause une fois connue, n'accorde à quelqu'un une dispense de cette loi, voir *Echtreglement*, art. 52. , ce qui, en France et en Allemagne a été étendu à six mois, voir Carpzov, *Definitiones consistoriales*, lib. II, tit. 9, defin. 160, nb 10. Et, ainsi, nous lisons que David n'avait pas connu Bethsabée publiquement dans sa maison, si ce n'est le temps du deuil terminé, voir 2S 11, 27. Pour les veuves de Groningue, dans le temps d'une année et six semaines, les secondes noces sont interdites et, si elles agissent au contraire, elles perdent tout ce qu'elle auraient gagné du défunt à partir d'un testament, d'un contrat de mariage ou d'un quelconque autre titre. De même aussi, pour les gens du Omland, cela été interdit sous la même peine, à moins que ce temps de deuil ne soit fixé à l'avance à une année seulement, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 185, § 102. , ce qui a été de nouveau restreint en Frise à neuf mois, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 1, nb 5. Aussi, bien qu'elle ne soit pas enceinte, lorsque cela est plus souvent d'une recherche plus difficile et totalement contraire à l'honorabilité. Voir très largement Hamerster, *Verklaring over de Statuten van Friesland*, liv. I, tit. 1, art. 16 ; van der Schelling sur Zurk, *Codex Batavorum*, au mot *Huwelyk* (mariage), pour moi p. 560, nb 2, et Cooren, *Consilia*, cons. 11, p. 31 et suivante. On peut apprendre à partir de Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 2 *(De ceux qui sont notés d'infamie)*, 9.

En outre, il faut observer que la veuve qui vit de façon déshonorante durant l'année de deuil souffrent les mêmes peines que la femme souffre durant ce temps qui s'écoule pour les secondes noces, voir Parladorio, *Quotidinianarum differentiarum Sesquicenturia*, 121, § 2, nb 12. Cependant, Carpzov est en désaccord et indique que le contraire a été jugé dans sa *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 21, defin. 8, et dans les *Decisiones illustres Saxonicæ*, part. II, decis. 181. Mais, dans ces cas, Groenewegen enseigne de même, dans ses *De legibus abrogatis*, sur C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 3, nb 5, que les peines des noces hâtives cessent.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXVI. Bien que les impubères ne puissent pas contracter un mariage et que la proclamation publique des fiançailles leur soit refusée, si cependant, par erreur, l'un ou l'autre, étant tenu pour pubère, a contracté les noces selon la règle publique, elles commencent à être valides s'il est devenu pubère, voir D. 23,2, 4.

LXVII. La détermination romaine, à l'exemple du droit canonique de l'année du deuil, à l'exemple du droit canonique, voir les Décrétales d'Innocent III et de Grégoire IX, IV, xii, 10 et 11, a été abrogée chez nous, mais laissée au jugement équitable de l'honorable juge, étant exceptés ces lieux dont, dans les statuts, une période de deuil de six mois ou une autre a été procurée, desquels il faut veiller à ce que nous n'en fassions pas le droit commun de Hollande, voyez *supra* la thèse XIV.

LXVIII. La femme qui se marie dans l'année dd deuil n'est pas munie d'infamie ni des peines de C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 1 et 2, comme l'a décidé la Cour en 1586, voir dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland,* nb 247.

LXIX. Cependant, à partir de la raison du droit, les peines des secondes noces devraient cesser qui, en faveur des enfants du premier mariage ont été établies dans C. 5, 9, 3 et 5, comme l'a à bon droit jugé la Cour le 24 février 1586 dans ladite collection, dans l'appendice sous la lettre B, p. 239 ; du fait que Bijnkershoek n'a pas vu cet endroit en entier dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 4, p. 229, il n'est pas étonnant que celui-ci se soit trompé en expliquant cela. Vous ne douterez pas à mauvais titre [de savoir] si cette sentence plus vraie de la Cour aura été reçue dans l'usage du tribunal.]

[19] § 4. Les personnes folles, comme n'ayant aucune livre volonté, et les hommes ou les femmes qui, par un défaut naturel, sont incapables d'engendrer, ne peuvent pas non plus se marier [72].

[72] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 17, 10 et 11 ; D. 23, 3, 39 § 1 ; Décrétales IV, xix, 9 ; tout le titre des Décrétales IV, xv *(Des divorces)* ; Rittershuis, *De differentiis juris civilis et canonici*, II, cap. 13 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 5, 17 *(Des répudiations et et de l'action fournie quant aux mœurs)*, 10.

Constitution de Justinien adressée à Mena, Préfet du prétoire, et donnée en 528 : *« Dans les causes depuis longtemps spécialement déterminées, desquelles sont à bon droit envoyées les répudiations, nous ajoutons celle-ci, de sorte que, si un mari, à son épouse, depuis le début du mariage jusqu'au compte de deux années continues, ne peut pas s'accoupler à raison d'une faiblesse naturelle,*

§ 5. Tous les majeurs peuvent se marier selon leur propre volonté, excepté dans les degrés interdits de sang ou d'alliance ; concernant ceux-ci, anciennement, les lois dites spirituelles étaient habituellement observées ; ce n'est qu'en 1580 que, par les Etats de Hollande, on y a pourvu comme suit :

§ 6. Sous la parenté du sang de la ligne ascendante et descendante sans fin, c'est-à-dire, les parents, les grands-parents d'un côté, les enfants et descendants à venir de l'autre, il ne peut y avoir aucun mariage [73].

---

la femme ou ses parents puissent, sans risque de perdre la dot, envoyer une répudiation au mari, cependant, d'une façon telle que la donation [faite] avant les noces lui soit conservée ».

Constitution de Justinien adressée à Hermogenes, Maître des offices, et donnée en 533 : *« Nous ordonnons que quiconque a reçu une femme en mariage avec la volonté de ses parents ou, si elle n'a pas eu de parents, avec sa propre volonté et une affection maritale, même si les instruments dotaux ne sont pas intervenus et que la dot avait été donnée, de même que si, avec les instruments dotaux, le mariage avait procédé, leur union sera tenue pour ferme ; en effet, non avec des dots, mais avec une affection, les mariage sont conclus. 1 - Mais si quelqu'un a voulu chasser celle que, sans dot, il a reçue comme épouse, de son union, il ne lui sera pas autrement permis de le faire, à moins que ne soit intervenue une telle faute qui, par nos lois, est condamnée. 1a - Mais si, sans faute, il l'a rejetée ou que lui-même a commis une telle faute contre une femme innocente, il est contraint de lui payer le quart à proportion de sa propre richesse, de sorte que, si, certes, le mari a une fortune de quatre cents livres d'or ou plus, il paye cent livres d'or à la femme et rien de plus, quoiqu'il possède une richesse de quelque grandeur ; mais, si au contraire, sa fortune était par exemple de moins de quatre cents livres d'or, alors que quart, une fois fait le compte de sa fortune pure, jusqu'à la plus petite quantité, sera donné à la femme. 1b - La même mesure étant observée, pour les femmes qui, établies sans dot, sans la faute du mari connue dans les constitutions, les ont répudiés ou qui, elles-mêmes, a commis une faute envers un mari innocent, de sorte que, des deux côtés, avec une balance égale, l'équité et la peine soient observées. 1c - Ce profit du quart se présentant au mari et à la femme n'ayant pas de fils, mais des fils et ensuite des personnes intervenant à partir du même mariage, en l'observant pour eux à la ressemblance de la dot et de la donation à raison des noces par tout ce qui a été statué sur cela. 2 - Parmi les fautes de l'épouse énumérées dans les constitutions, nous ajoutons celles-ci, si, peut-être, l'épouse avec son propre pouvoir ou à partir de sa pratique, a commis un avortement ou est débauchée d'une façon telle que, communément, elle ose avoir un bain avec des hommes à raison de sa débauche ou, tandis qu'elle est dans le mariage, a entrepris qu'un autre mari lui soit fait. 2a - En effet, dans ces causes, nous consacrons que les constitutions ont lieu, qui parlent de la faute tant du mari que de l'épouse, de sorte que, de même que la dot et la donation à cause de noces périssent, de même, les femmes non dotées supportent, sur le quart que nous avons destiné aux maris et aux femmes à partir de cette loi, le risque de sa perte. 2b - Dans le jugement quant aux mœurs, ce qui, auparavant, certes, dans les anciennes lois, avait été posé, non fréquentées, sera tout à fait aboli ; le fait est que nous trouvons que, toutes les causes, que l'antiquité introduisait, ayant été requises et passées en revue, rien n'est valide en dehors de celles que les précédentes constitutions et la présente disposition ont introduites ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si, à un eunuque, la femme s'est mariée, je pense qu'il faut distinguer s'il avait été castré ou non, afin que, pour le castré, tu dises qu'il n'y a pas de dot ; pour celui qui n'a pas été castré, parce qu'il y a mariage, il y a la dot et l'action de dot ».*

Décrétales d'Innocent III à l'évêque de Livonie et aux frères qui sont avec lui (donnée en 1201) : *« Mais, parce que, dans les contrats de mariage, le rite est différent dans l'église des Livoniens récemment convertis, à raison de la faiblesse de ce même peuple, nous accordons que l'on use des contrats de mariage avec les autres des frères ; si, cependant, les frères étant morts sans enfant, pour qu'ils raniment la semence du défunt selon la Loi de Moïse, ils sont contracté avec de telles personnes, nous interdisons que de telles personnes, du reste, après être venues à la foi, ne copulent ».*

Nous nous sommes limités à reprendre le texte tel qu'a pu le connaître Grotius, c'est-à-dire sans les compléments qui ont été rajoutés par l'éditeur du XIX^e^ siècle du *Corpus juris canonici* Emil Friedberg.

[73] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 5, l'ordonnance de police de Zélande, art. 13, l'ordonnance de Frise, liv. I, tit. I, art. 2, Utrecht, art. 16 ; *Institutes de Justinien*, I, x *(Des noces)*, §§ 1-2.

« § 1. En conséquence, il ne nous est pas permis de prendre toutes les épouses. En effet, entre ces personnes qui tiennent lieu de parents ou d'enfants entre elles, des noces ne peuvent pas être contractées, comme entre un père et sa fille ou ! un grand-père et sa petite-fille, une mère et son fils ou une grand-mère et son petit-fils et jusqu'à l'infini ; si de telles personnes se sont unies entre elles, elles sont réputées avoir contracté des noces criminelles et incestueuses. Il en est ainsi, à un point tel que, bien que, par une adoption, on ait commencé à être pour lui à la place de parents ou d'enfants, ils ne pourront pas être joints dans un mariage entre eux, à un point tel que, même l'adoption ayant été dissoute, le droit reste le même ; c'est pourquoi tu ne pourras pas prendre pour épouse celle qui a commencé à être pour toi, par le biais de l'adoption, une fille ou une petite-fille, bien que tu l'aies émancipée. § 2. Entre ces personnes aussi qui, par un degré collatéral de parenté, sont liées, il y a une certaine semblable observation, mais pas si grande. Assurément, en effet, entre un frère et une sœur, les noces ont été interdites, qu'ils fussent nés du même père et de la même mère ou de l'un ou l'autre de ceux-ci. Mais, si, par quelque moyen, par le biais d'une adoption, elle a commencé à être pour toi une sœur, aussi longtemps que subsiste l'adoption, assurément, entre toi et celle-ci, les noces ne peuvent pas exister ; amis lorsque, par une émancipation, l'adoption a été dissoute, tu pourras la prendre pour épouse ; mais, si aussi, toi, tu as été émancipé, il n'y a en rien un empêchement aux noces. A plus forte raison, il est évident que, si quelqu'un veut adopter son gendre, celui-ci doit auparavant émanciper sa fille ; et, si quelqu'un veut adopter sa bru, il doit émanciper auparavant son fils ».

§ 7. Ni aussi entre des frères et des sœurs, que ce soit de pleine couche [74] ou de demie couche [75].

§ 8. Ni aussi entre des oncles et meurs nièces, c'est-à-dire les filles de leurs frères ou de leurs sœurs, les petites-filles et descendants à venir ; ni entre des tantes et leurs neveux, c'est-à-dire les fils de leurs frères ou de leurs sœurs, les petits-fils ou descendants à venir comme ci-dessus [76].

§ 9. Dans la [parenté par] alliance, il est interdit de se marier entre les degrés de sang ci-dessus indiqués [77].

§ 10. De telle sorte qu'un homme ne peut pas épouser sa belle-mère ou la veuve de l'un de ses ancêtres, non plus sa fille d'un premier lit ou la veuve de l'un de ses descendants, ni sa marâtre ou l'une des ascendantes de celle qui a été son épouse ; ni sa belle-fille ou l'une des descendantes de celle qui a été son épouse. Semblablement, une femme ne peut pas se marier avec son beau-père ou le veuf de l'une de ses ancêtres, non plus avec son fils d'un premier lit ou le veuf de l'une de ses descendantes, ni avec son parâtre ou l'un des ascendants de celui qui a été son mari, ni avec son gendre ou le veuf de l'un de ses descendants, ni avec son beau-père ou l'un des ascendants de celui qui a été son mari, ni avec son beau-fils ou l'un des descendants de celui qui a été son mari, des deux côtés sans fin [78].

§ 11. Un homme ne peut pas être marié avec la veuve de son frère ou la sœur de son épouse ; semblablement, une femme ne peut pas être mariée avec le frère de son mari ou le veuf de sa sœur [79], l'une et l'autre chose étant à entendre ainsi de la pleine couche ou la demie couche.

---

[74] C'est-à-dire des frères et sœurs germains, donc nés de mêmes parents.

[75] C'est-à-dire des frères et sœurs d'un seul côté, soit du même père, soit de la même mère.

(Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 6 ; ordonnance de police de Zélande, art. 14 ; ordonnance de Frise, liv. I, tit. I, art. 2 ; Utrecht, art. 17.

[76] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 7 ; ordonnance de Zélande, art. 15 ; de Frise, liv. I, tit. I, art. 3 ; Utrecht, art. 18 ; *Institutes de Justinien*, I, x *(Des noces)*, § 3.

« § 3. Il n'est pas permis de prendre pour épouse la fille de son frère ou de sa sœur. Mais l'on ne peut pas prendre pour épouse la petite-fille de son frère ou de sa sœur, bien qu'elles soient au quatrième degré ; il n'est pas permis de prendre pour épouse la fille de celle-ci et il n'est pas permis [de prendre pour épouse] sa petite-fille. Mais tu considéreras que l'on n'empêche pas de prendre pour épouse la fille de la femme que ton père a adoptée, parce que, ni selon le droit naturel, ni selon le droit civil, elle ne t'est liée ».

[77] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 8 ; ordonnance de police de Zélande, art. 16 ; de Frise, liv. I, tit. I, art 4 ; Utrecht, art. 19.

[78] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 8 et 9 ; ordonnance de police de Zélande, art. 17 et 18 ; Utrecht, art. 19 ; *Institutes de Justinien*, I, x *(Des noces)*, §§ 6-7.

« § 6. Avec le respect de l'affinité, il est nécessaire de s'abstenir des noces de certaines. Par exemple, il n'est pas permis de prendre pour épouse sa fille d'un premier lit ou sa bru, parce que les deux sont à la place d'une fille. A savoir, cela devra être reçu ainsi, si elle était une bru ou une fille d'un premier lit ; car, si elle est encore une bru, c'est-à-dire si elle est encore mariée à ton fils, avec une autre raison, tu ne pourras pas la prendre pour épouse, parce qu'elle ne peut pas elle-même être mariée à deux [hommes] ; de même, si elle est encore ta fille d'un premier lit, c'est-à-dire si sa mère est encore mariée à toi, à plus forte raison, tu ne pourras pas la prendre pour épouse, parce qu'il n'est pas permis d'avoir deux épouses dans le même temps. § 7. Il est aussi interdit de prendre pour épouse sa belle-mère ou sa marâtre, parce qu'elle sont à la place d'une mère. Cela arrive seulement une fois l'affinité dissoute ; autrement, si elle est encore ta marâtre, c'est-à-dire si elle est encore pariée à ton père, selon le droit commun, elle se voit empêcher d'être mariée à toi, parce qu'elle ne peut pas elle-même être mariée à deux [hommes] ; de même, si elle est encore ta belle-mère, c'est-à-dire si sa fille est encore mariée à toi, à plus forte raison, sont empêchées les noces, parce que tu ne pourras pas avoir deux épouses ».

[79] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 10 ; ordonnance de police de Zélande, art. 19 ; Utrecht, art. 20 ; C. 5, 5, 5, 8 et 9.

Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius adressée à Cynegius, Préfet du prétoire, et donnée en 393 : *« Nous supprimons totalement la permission de prendre pour épouse l'épouse de son frère ou de s'unir à deux sœurs, l'union n'étant pas dissoute de n'importe quelle façon ».*

Constitution de Zénon adressée à Epinicus, Préfet du prétoire, et donnée en 475 : *« Bien que certains des Egyptiens aient pris en mariage les conjointes de leurs frères morts, parce qu'après la mort de ceux-ci, elles étaient réputées être restées vierges, à savoir, jugeant que cela avait agréé à certains des créateurs des lois, lorsqu'avec le corps, ils n'en ont pas convenu, les noces ne sont pas considérées être réellement contractées et les mariages d'une époque de cette sorte alors célébrés sont confirmés, cependant, par la présente loi, nous consacrons que, si des noces de cette sorte avaient été contractées, elles soumettent les contractants de celles-ci et, à partir d'elles,*

§ 12. En outre, un homme ne peut pas se marier avec la veuve du fils de son frère ou de sa sœur ni avec l'un de leurs descendants, ni avec la fille du frère ou de la sœur de celle qui a été son épouse ou d'autres de leurs descendants ; semblablement, une femme ne peut pas se marier avec le veuf de la fille de son frère ou de sa sœur ou l'un de leurs descendants, ni avec le fils du frère ou de la sœur de celle qui a été son épouse ou un autre descendant [80].

§ 13. Cependant, puisque, dans ces derniers degrés nommés, le mariage ne paraît pas s'opposer ainsi beaucoup à la décence, ainsi, parfois, certaines personnes se le sont fait permettre par les Etats [81].

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 12 et 13, notes 80 et 81 de Groenewegen van der Made**

Les noces avec la fille de la sœur de l'épouse défunte sont aujourd'hui refusées selon l'interprétation de l'ordonnance de police de 1664, art. 8, comme [l'explique] largement Brouwer dans son *De jure connubii*, lib. II, cap.15, nb 7. Du reste, il faut observer que, sous les mêmes peines, à partir des ordonnances des États de Hollande, les noces incestueuses ont été maintenant interdites, qu'il avait agréé aux législateurs des Romains de les interdire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas* sur la Loi Julia Des adultères, lib. 48, tit. 5. Cependant, dans une seconde sorte d'affinité entre ascendants et descendants, entre un beau-père et la veuve du gendre, une belle-mère et le veuf de la bru, les noces sont du moins tolérées et tout à fait permises entre des collatéraux du même rang ; ainsi, elles demeurent entre moi et la veuve de mon frère, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 23 et les pontifes romains ne sont pas rarement allés plus loin, car, plus d'une fois, ils ont permis par le biais d'une dispense que des noces soient contractées avec la veuve d'un frère, comme de Réal, dans *La science du gouvernement*, t. IV, p. 21, en indique les différents exemples de différents rois. Mais les États de Hollande, le 23 février 1736, ont expressément interdit les noces entre un veuf et la belle-mère de son épouse prédécédée et ainsi, dans le cas contraire ; [l'ordonnance] se trouve dans le *Groot Placaetboek*, t. VI, p. 541, à quoi on peut ajouter van Zurk, sur le mot *Huwelyk* (mariage), § 11 ; ce que les États de Zélande ont suivi le 3 juin 1765. Ainsi cela a-t-il semblé et agréé aux États de Hollande et de Zélande. Cependant, l'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. V, chap. V, § XII, nb 1, indique qu'il est très difficile, mieux, impossible de rechercher la honte des noces dans les lois ou les mœurs des anciens à partir des principes du droit de la nature, et ainsi, ici aussi, Barbeyrac dans ses notes et plus largement Noest dans son *Algemeen Staetsrecht*, ce qui, toutefois, est d'une très facile preuve entre les ascendants et les descendants, comme [le dit] ici l'auteur, nb 2. Voyez aussi Noodt sur D. 23, 2 *(Du rituel des noces)*, p. 490, aux mots *intellecta ratione*.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXX. À raison du délit, les noces d'un adultère avec une adultère ont été interdites dans la loi de Hollande du 18 juillet 1674, dans laquelle la peine du droit écrit prise de D. 34, 9 *(De ce qui est enlevé*

---

ceux qui sont nés à la teneur des anciennes lois, à l'exemple des Egyptiens dont il a été plus haut parlé, celles-ci sont considérées avoir été confirmées ou doivent être confirmées ».

Constitution de Zénon adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476-484 : *« Des noces incestueuses, tous ceux qui sont gouvernés dans notre empire sauront que l'on doit s'abstenir. Car nous décrétons que tous les rescrits aussi, les formes de réponses écrites ou les constitutions impies qui, à certaine personnes, au temps de la tyrannie, ont permis d'imposer le nom de mariage à une cohabitation céleste, afin qu'il fût permis d'embrasser dans une union très honteuse la fille de son frère ou de sa sœur et celle qui avait, avec son frère, naguère, selon un droit nuptial, habité ou pour que d'autres choses de cette sorte soient commises, sont privés de forces, pour qu'avec une dissimulation coupable, n'en soit pas renforcée la faculté criminelle ».*

[80] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 11 ; ordonnance de police de Zélande, art. 20 ; Utrecht, art. 21 ; Sande, *Decisiones Frisicæ, sive rerum in Suprema Frisiorum Curia judicatarum Libri V*, II, tit. I, def. 8 ; voyez Cooren, *Observationes rerum judicatarum et ejusdem consilia quædam*, avis 21, quæst. 2 ; *Consultatien van Hollandsche Regtgeleerden*, partie II, chap. 2, cons. 324.

[81] (Note de Groenewegen) Semblablement, la même chose était dite dans Cooren, dans ledit avis 21, nb 27-28. Dans la marge : mais par la suite, Klaes Corneliszoon Nieulandt, bourgmestre de La Haye, [voulut se marier] avec la fille de son épouse décédée, avec le consentement du seigneur prince d'Orange, ayant obtenu deux commandements, le troisième commandement est empêché et, ne s'y opposant pas, il n'avait eu aucun enfant de son épouse, le ci-devant dit mariage est annulé par les seigneurs des Etats avec la déclaration de ne pas consentir une autre fois par la suite à une semblable chose, en 1626. La même chose s'est produite avec Nicolaes Ly à Amsterdam en 1627. Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 5 *(Des incestes et des noces sans effet)*, 9 et sur C. 5, 4 *(Des noces)*, 17.

comme à des indignes), 13, qui ordonne que le profit successoral reçu par un tel époux soit apporté au fisc, à partir de l'intention du nouveau droit de Hollande dans lequel la confiscation des biens a été supprimée, doit être entendue ainsi, de sorte qu'ils cèdent le reliquat aux cohéritiers, aux substitués ou aux héritiers légaux, comparer avec la thèse XIX. La loi de Zélande du 18 mars 1666, art. 12, déclare semblablement un tel mariage nul.

LXXI. Il est établi que le crime de rapt empêche les noces à partir de C. 9, 13 *(Du rapt des vierges, des veuves et aussi des moniales)*, 1 § 1, jointe à l'Ordonnance de police de Hollande, art. 18, de Zélande, art. 33 et la nouvelle loi de Hollande du 25 février 1751 à la fin. Cette loi distingue avec soin deux délits, à savoir *l'enlèvement et le rapt*, c'est-à-dire *l'enlèvement violent* d'une vierge, et elle laisse le second à toute la sévérité du droit civil.

LXXII. D'abord, à partir de l'intention de la loi, on définit comme *enlèvement, celui d'une vierge, d'une jeune femme qui le veut, quelle soit mineure ou majeure, ayant son père ou sa mère, fait avec le gré ou contre le gré du parent ou des tuteurs pour un mariage*. Ce délit n'empêche pas même de contracter un mariage à partir du consentement du parent ou du tuteur, mais il sera puni très prudemment des différentes peines établies d'une façon telle que celui qui enlève ne puisse en espérer aucun avantage pécuniaire.

LXXIII. À raison de la différence de religion, les mariages entre protestants et catholiques avaient été autrefois aussi limités par la loi hollandaise du 24 janvier 1755, abrogée certes par un décret des députés du peuple hollandais du 6 mars 1795, mais dont l'effet est encore observé sur l'exclusion de la communauté des biens dans les mariages contractés avant la nouvelle loi.

LXXIV. Bien que la plupart des interprètes du droit hollandais, unanimes, pensent que les noces du tuteurs ou de son fils avec la pupille soient licites, les raisons dont ils usent sont cependant assez frivoles. M'agrée mieux la sentence contraire de Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 3, p. 218 et suivante, en faveur de laquelle jouent les *thèses* XVII et XVIII, et en argument, voir l'édit de Charles Quint d'octobre 1540, art. 12 ; la même chose a été disposée dans la loi de Flessingue quant aux bien des pupilles de 1763, art. 48. Les échevins d'Amsterdam ont jugé le 23 mai 1749 aussi que, les comptes de la tutelle ayant été rendus, la prohibition cessait, voir chez Arent Lybrechts, *Redeneerend vertoog over't notarisambt (Remontrance raisonnée sur la fonction de notaire)*, t. I, p. 144 et suivante.]

[21] § 14. Concernant les mineurs, c'est-à-dire ici les sous âgés, il est depuis longtemps entendu en Hollande [82] que les mariages contractés avec ceux-ci en dehors de la connaissance et de la volonté des parents ou des grands-parents, là où font défaut les parents ou là où font défaut les deux, des apparentés et des tuteurs, ou assurément, du magistrat, ils étaient sans honneur et punissables, mais ceux-ci n'étaient pas nuls. Alors ici, il y a été pourvu par les Etats dans la ci-devant dite époque [83].

[**Note de Willem Schorer**

En dehors de la connaissance et de la volonté des parents etc. Si, sans proclamations préalables et sans le consentement des parents ou de ceux dont le consentement est requis légalement, un ministre de l'église a confirmé avec une bénédiction sacerdotale un mariage, à Utrecht, il est puni de façon arbitraire, voir l'*Abrégé de Wesel* sur la nouvelle loi d'Utrecht, art. 14, nb 60, et en Flandre et dans le Brabant, il est suspendu ou entièrement privé de sa charge et, en outre, il est soumis à une peine arbitraire à la faveur de la chose née et ce qui a été fait est tenu pour non fait et nul, *Echtreglement van de Staeten Generaal*, art. 43. Si cependant, le parent, étant présent aux trois proclamations, n'est pas intervenu et qu'il a souffert que son fils prenne une épouse face à l'église, il est présumé y avoir tacitement consenti, voir *Abrégé de Wesel*, dans ledit endroit, nb 61, ce qui s'accorde aussi au droit divin, voir Carpzov, *Jusrisprudentia consistorialis*, lib. II, tit. 3, def. 42, nb 6. Mieux, le consentement tacite est présumé quand aucune interdiction n'est intervenue, comme [le dit] ci-dessous Groenewegen, dans sa note 162 sur le chap. VIII du liv. I, ce qui est principalement conclu avec une cohabitation subséquente, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 39, nb 65 et 66, p. 345. Du reste, sur les proclamations, il faut observer que la Cour de Hollande, la cause une fois connue, à raison des nobles, et de même, de ceux qui habitent à la campagne, accorde une dispense,

[82] (Note de Groenewegen) Suivant le placard du 4 octobre 1540.

[83] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 3 ; voyez Lambert Goris, *Adversariæ Miscellaneæ*, cap. 10.

droit qui a aussi été accordé relativement à leurs citoyens aux consuls et échevins des villes le 27 janvier 1722, *Groot Placaetboek*, t. VI, p. 536.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXXV. Les noces contractées par des mineurs sans le consentement des parents sont, selon le droit lui-même, nulles, voir l'Ordonnance de police de Hollande, art. 3 joint à l'art. 13 ; mais, si rien ne manque aux autres requis, avec une confirmation, elles sont rétroactivement confirmées, cependant, non d'une façpn telle qu'elles libèrent des peines de l'édit de 1540, art.17.]

§ 15. À savoir que les jeunes hommes vers vingt-cinq ans et les jeunes filles vers vingt ans, ayant tous les deux leur parents ou l'un d'eux en vie, ne peuvent pas se marier sans faire voir [ce qu'il en est] de leur volonté [84]. Mais ceux qui, étant des âges ci-devant dits, ont des parents [vivants] [85], dans le cas où ils s'opposent au mariage dit ci-dessus, les parents doivent les faire venir devant les ministres de l'église ou devant ceux qui sont placés pour cela par le magistrat. Ceux-ci ne comparaissant pas dans **[22]** les quatorze jours après lesquels la connaissance leur en est faite, une telle négligence est tenue pour un consentement ; comparaissant, les raisons sont entendues et on tâche de concilier le différend ; dans le cas où une telle chose ne peut pas se produire, ainsi, par la loi de la place et avec la connaissance des choses, il est ordonné de le faire comme on le trouve convenable et raisonnable.

[**Note de Willem Schorer sur la note 84 de Groenewegen van der Made**

En Hollande le consentement du père est non seulement souhaité, mais aussi celui de la mère et ainsi l'a jugé la Cour de Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 25 et 26, et cela a été expressément disposé dans la loi municipale de Bruges, voir les *Coutumes de Bruges*, tit. 18, art. 2. S'ils sont cependant en désaccord, on doit s'en tenir plus au jugement du père que de la mère, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 13, ce qui est en général vrai, comme nous l'avons vu sur le chap. III, § 8. Mais, si le père a accompli son destin, le consentement de la mère est tout à fait requis et est absolument nécessaire, et il n'importe en rien [de savoir] si elle est restée dans le veuvage ou si elle est passée à de seconds vœux, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 13 et 14 ; et Abraham van Wesel atteste qu'ainsi l'a jugé la Cour d'Utrecht dans son *Commentarius ad novellas constitutiones Ultrajectinas 14 aprilis promulgatas*, sur l'art. 14, nb 4. Qu'en est-il, si la mère et le tuteur ne sont pas en accord sur le choix du mari pour la jeun fille et que celle-ci ne veut pas choisir ? Cela est remis au jugement du juge auquel est mieux associée une adulte, ainsi cela a-t-il été jugé dans le consistoire de Wittenberg, voir Carpzov, *Jurisprudentia consitorialis*, lib. II, tit. 3, defin. 48. Faisant défaut le père ou la mère, il est demandé si le consentement du grand-père ou de la grand-mère sera requis. Le consentement de ces derniers n'est pas aujourd'hui requis en Hollande par une ordonnance du 13 juillet 1671, indique Voet dans son *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 15 ; voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *decsien en observatien*, cas. 4, p. 19 ; *Abrégé de La Pape* ; *Observationes* sur les *Consilia Batavorum*, part. I, p. 21. La raison en est que, selon les mœurs, les enfants du premier degré, aussitôt qu'ils contractent des noces, sont soustraits à la puissance paternelle, voir l'auteur, chap. VI, § 9. Ce qui a été aussi solidement maintenu en Belgique dans les différents statuts des lieux, voir *Précis du droit Belgique*, p. 38, nb 3, et s'accordent avec les mœurs de presque toute l'Europe, voir Abraham van Wesel, *Commentarius ad novellas constitutiones Utltrajectinas 14 aprilis 1659 promugaltas*, art. 13, nb 12. Déjà, il n'est pas convenable que les petits-fils ou les petites-filles nés ou nées d'un fils devenu par les noces

[84] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit art. 3. Etant ajouté que pour ceux-ci, le consentement du tuteur n'est pas nécessaire à l'accomplissement du mariage. Voir C. 5, 5 *(Des incestes et des noces sans effet)*, 8 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, voyez en outre après le chapitre VIII, § 3. Mais en Zélande, les ci-devant dits mineurs en âge doivent faire voir le consentement de leurs parents ou de celui qui vit plus longtemps avec la garde (dans le cas où ils en ont une) et, dans le cas où ils n'ont aucun parent, [le consentement] de leur tuteur et de leur parents consanguins proches. Ordonnance de police de Zélande, art. 7. la même chose a aussi lieu en Frise, liv. I, tit. I, art. 10. Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. I, defin. 6-7, et Utrecht, ordonnance là-dessus, art. 5. Voyez en outre Ritterhuis, *De differentiis juris civilis et juris canonici*, liv. I, cap. 2.

[85] (Note de Groenewegen) En Zélande, les parents, les tuteurs ou les autres parents par le sang, [voir] l'ordonnance de police là-dessus, art. 8.

autonome en droit soient censés être placés sous la puissance du grand-père ou de la grand-mère, ce qui est cependant autrement disposé à Utrecht à partir d'un édit des Etats de 1650, si les parents font défaut, comme [le dit] van Wesel, *Commentarius ad novellas constitutiones Ultrajectinas 14 aprilis 1659 promulgatas*, art. 14, nb 30, 31 et 32 et ainsi cela a-t-il agréé aux États de Zélande dans l'édit de police du 8 février 1583, art. 7, avec lequel est en accord le statut d'Amsterdam, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisien en observatien*, dans ledit cas, p. 20, et aussi été ici étendu aux frères, aux sœurs et aux autres ; il est clair que partout, par le biais des noces, les enfants nés ne sont pas soumis à la puissance paternelle, alors que cette question agitée autrefois avec de si grandes passions été une cause capitale d'inimitié entre Chasseneuz et Tiraqueau, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 49, nb 37 et 39, p. 471. Mieux, une fille, bien qu'elle soit mariée à un mari, ne cesse pas d'être soumise à la puissance paternelle, comme d'autres le veulent, voir *Trentacinque Variæ resolutiones*, lib. I, resol. 1, p.98, nb 1 et 2.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXXVI. Sans le consentement des parents, aux mineurs, ne doit pas être permise la déclaration publique des fiançailles par les délégués aux causes matrimoniales, voir l'Ordonnance de police, art. 3 ; cependant, cependant, toute personne qui est aller trouver le juge pour de justes plaintes quant à un abus de pouvoir, ne doit pas en être empêchée, en argument D. 23, 2 *(De la célébration des noces)*, 19 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 22.

LXXVII. Sous les parents, sans le consentement desquels la proclamation des fiançailles n'est pas accordée aux mineurs de 254 ou 20 ans qui veulent contracter un mariage, Ordonnance de police, art. 3, ne sont pas compris les grands-pères et les grands-mères, les oncles ou les tuteurs selon la loi hollandaise du 31 juillet 1671 ; une autre chose triomphe en Zélande, voir l'Ordonnance de police de 1583, art. 7.

LXXVIII. Aux majeurs de cette âge, la proclamation des fiançailles est accordée en tout cas après la notification faite par les délégués à cette cause aux parents dont le silence pendant 14 jours est tenu pour un consentement, pour ce qui concerne ces délégués (ainsi, en effet, les termes généraux dudit art. 3, sont considérés devoir être entendus), mais elle n'empêche pas que ceux-ci s'y opposent encore avant la célébration des noces.

LXXIX. Les parents qui attestent leur désaccord à ces délégués peuvent expliquer ici les causes du désaccord, mais ils ne sont pas tenus de les soumettre à leur jugement, bien que ceci soit limité à Amsterdam d'une façon telle que les délégués peuvent permettre les proclamations si les causes ne semblent pas justes., voir le statut de 1754, art. 5 et 6.

LXXX. Quant au conflit entre les parents et les enfants qui veulent contracter le mariage, les échevins n'en connaissent pas, mais toute l'assemblée des magistrats étant présents au minimum les deux tiers des juges, de la sentence desquels, si elle approuve le désaccord des parents il n'y aura pas lieu à un appel selon la loi de Hollande du 9 août 1646 et du 27 septembre 1663, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 5. Si le nombre des juges était moindre, il pourra être fait appel.

LXXXI. Si non les enfants, mais les fiancés, soulèvent une controverse envers leurs parents qui ne veulent pas consentir au mariage, celle-ci regarde le juge ordinaire ; à plus forte raison, l'appel n'est pas refusé, excepté dans le cas où le juge ordinaire est en même temps le magistrat auquel appartient la juridiction quant à cette affaire, comme la Cour, où il a connu en nombre approprié de la cause et où il a rendu le jugement selon les parents, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 5, p. 241 et suivante.

LXXXII. Pour les parents d'un fou, selon le droit hollandais, le consentement ne doit pas être secouru à partir de la prescription de C. 5, 4 *(Des noces)*, 25. Mais les enfants, en contractant le mariage, usent de ce droit dont [usent] ceux qui n'ont pas de parents.]

§ 16. Depuis longtemps, dans ces pays, on contracte ordinairement le mariage sans beaucoup de solennités ; dans certaines places, seulement par le commerce avec la connaissance des parents consanguins des deux côtés ; mais, puisqu'ici, il en naissait beaucoup de déplaisirs et de lubricités par lesquels certains faisaient des promesses de mariage qui allaient contre leurs [premières] promesses de mariage à leur parents par le sang ou leur parents par alliance, parfois aussi, sans le consentement de ceux auxquels il appartenait d'en avoir connaissance, ainsi, pour

prévenir tout cela, par les Etats, il fut trouvé bon à l'époque ci-devant dite [86] que toutes les personnes voulant faire une promesse de mariage, seraient tenues de comparaître devant le magistrat ou les ministres de l'église de leur domicile et d'y demander trois bans, à faire trois dimanches ou jours de marché dans l'église, de la maison de ville ou d'une autre place où le droit est prononcé, à la fin que celui qui voudrait présenter certains empêchements pour lesquels le mariage ne pourrait convenablement avoir aucune suite, puissent le faire dans ce temps intermédiaire ; sous réserve que les mineurs ayant des parents, tel que cela est dit ci-dessus, ne se voient permettre aucun ban avant d'obtenir le consentement des parents et que les majeurs ayant des parents ne l'obtiennent avant leur consentement ou avant celui du magistrat ; qu'aucune opposition ne tombant ou l'opposant étant tombé dans l'injustice, les suppliants seront légalement et publiquement mariés par le magistrat ou les ministres de l'église. Suivant lesquels commandements, tous les mariages étant autrement conclu, ne sont pas autrement tenus pour nuls [87], **[23]** sans faire de tort à ceux qui, par des promesses de mariage, ont eu quelque droit de pouvoir poursuivre en justice celui-ci. Lesquelles promesses de mariage aussi doivent être prouvées ainsi clairement comme les autres actes, sans que celui qui nie sur la mauvaise déclaration de l'autre, ne soit tenu tenu de le purger par un serment [88].

[**Note de Willem Schorer**

Sous réserve que les mineurs etc. Cela est vrai selon la règle à un point tel qu'il n'y a personne qui le contredise ; si cependant, il apparaît aux parents les raisons de contredire sont non seulement fausses et déplacées pour empêcher les mariages des mineurs sont prouvées, rien n'empêche [de savoir] pourquoi le magistrat, toujours le tuteur suprême, n'interposerait ses causes et, en suppléant à la place des parents qui sont sans cause en désaccord, envers les mineurs, adapterait son autorité aux noces, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 22 ; *Précis de droit Belgique*, p. 26 ; et cela a ainsi été plus souvent jugé dans les consistoires, voir Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, part. III, defin. 53. Toutefois, cela n'a pas lieu à Amsterdam dans le premier degré des parents, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisien en observatien*, dans ledit endroit.

Et le majeur etc. Les majeurs, c'est-à-dire les majeurs de vingt-cinq ans, peuvent aussi contracter des noces sans le consentement des parents, pourvu que le père soit cité avant la concession des déclarations publiques ; celui-ci, si, dans les quatorze jours, il ne vient pas pour contredire, avec cela même, est considéré avoir tacitement consenti aux noces, comme nous venons de le voir pour les mineurs. Toutefois, cela a agréé autrement au roi de Prusse : là où un consentement tacite ne suffit pas, un consentement exprès est requis, voir le *Code Frédéric*, p. 100-101 (éd. de 1751, t. I), liv. II, tit. 2, § 18, ce qui a été considéré s'accorder à l'équité pour Louis XIV et a ainsi aussi triomphé en Belgique autrichienne, voir *Précis du droit Belgique*, p. 25. Qu'en est-il si le juge approuve la raison des parents qui sont en désaccord ? Dans un tel cas, le remède de l'appel ou de la réformation est refusé aux enfants, bien qu'en sens contraire, il soit accordé aux parents, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 12. Mais est importante la question, pour qu'elle soit débrouillée de façon un peu plus soigneuse, [de savoir] si un adulte, sans le consentement de ses parents et, peut-être, ceux-ci s'y opposant, qui contracte des fiançailles, conduit par la suite par un regret, pourra de nouveau revenir sous la soumission de ses parents dans cet effet qu'il ne puisse pas être contraint à l'acquittement des fiançailles. Brouwer, *De jure connubii*, lib. I, cap. 13, nb 6, et Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisien en*

---

[86] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 3 ; ordonnance de police de Zélande, art. 6.

[87] Voir le ci-devant dit art. 3 ; *Institutes de Justinien*, I, x *(Des noces)*, § 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* au début, nb 2-3, sur les *Institutes*, I, x..

« § 12. Si, contre ce que nous avons dit, quelques-uns se sont unis, ni le mari, ni l'épouse, ni les noces, ni le mariage, ni la dot, ne sont entendus. C'est pourquoi ceux qui, de cette union, naissent, sous la puissance de leur père, se se trouvent pas, mais ils sont tels, à la mesure qui appartient à la puissance paternelle ; lesquels sont ceux que la mère a conçu communément. Car ceux-ci sont entendus avoir un père, quand celui-ci est aussi incertain ; d'où les fils sont ordinairement appelés des bâtards ou du mot grec, des σποραδες*, comme ayant été conçus, ou comme des fils sans père. Il s'ensuit en conséquence qu'une telle union ayant été dissoute, à la réclamation de la dot, il n'y a pas lieu. Mais ceux qui contractent des noces interdites souffrent les autres peines qui, dans nos constitutions, sont contenues ».*

[88] (Note de Groenewegen) En argument C. 2, 1, 4 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. I, defin. 44, nb 6 ; *Consultatien van de Hollandsche Regtgeleerden*, partie II, chap. 3, cons. 90, nb 27 et les suivants ; voyez Gail, *Practicarum observationum, tam ad processum judiciarium, præsertim Imperialis Cameræ, quam causarum decisiones pertinentium Libri duo*, liv. II, observ. 94.

observatien, cas 55, se sont efforcés de dénouer cette question *ex professo*. Celui-ci le refuse, celui-là l'affirme et ce n'est pas étonnant, du fait que cette question a autrefois opposé les deux Cours ; la raison de douter consiste en ce que les États de Hollande, dans l'ordonnance de police d'avril 1580, l'ont expressément statué ; si les filles, majeures de vingt ans, les fils, majeurs de vingt-cinq ans, les parents ne le sachant pas, quant au consentement desquels du moins, ce n'est pas clair, demandent des proclamations pour que, dans ce cas, les magistrats auxquels incombe la connaissance des affaires matrimoniales, appellent à eux les parents en désaccord, examinent les raison du désaccord et interposent leur office pour conduire les parents à consentir aux noces des enfants ; s'ils l'on tenté en vain, bien qu'ils ne doivent pas accorder à un adulte les proclamations, mais doivent attendre jusqu'à ce que le juge de la juridiction ordinaire, la cause une fois connue, le lui enjoigne ; et ainsi, cela a-t-il été disposé dans le *Code Frédéric*, liv. II, § 22, p. 103 (éd. 1751, t. 1). Toutefois, Brouwer est plus largement considéré, à bon droit pour moi, porter son attention sur cette ordonnance de police des États, nb 10, [en disant] que, certes, les enfants ne doivent pas être reçus à contracter des noces sans le consentement des parents, mais que cela est permis aux enfants pour que, par l'âge, ressentant par trop les aiguillons de la nature, ils ne prostituent pas la pudeur ou n'usent pas d'un charme vagabond et, pour cette raison aussi, si je ne me trompe, anciennement, il était permis en Zélande aux filles qui avaient dépassé vingt ans d'épouser un mari sans avoir obtenu l'agrément des parents, voir les *Keuren* de Zélande, cap. 2, nb 25. Mais aussi, quant au droit romain, la fille, si elle avait fait abandon de sa virginité ses vingt-cinq ans accomplis, pour cette raison, ne pouvait pas être déshéritée par son père. De là, Brouwer est pour moi considéré conclure en sécurité que, par cette ordonnance, la puissance paternelle n'est pas supprimée, mais que, si elle est exercée de façon plus dure, elle est mitigée de sorte que, selon mon jugement, pour les enfants seulement, naisse un droit contre le gré des parents qui ne prouvent pas de justes causes de désaccord, de contracter des noces ; mais à partir de là, en troisième lieu, il n'y a aucun droit de contraindre les enfants qui veulent revenir sous la soumission des parents, de réaliser les fiançailles ; voir van der Schelling sur van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Huwelyk* (mariage), pour moi, p. 547, nb 3 ; de même, Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 70, nb 3, et ainsi, cela a-t-il été répondu, voir *Consilia Hollandiæ*, part. VI, cons. 73, p. 482 et suivante. Si cela est permis à un adulte, combien plus cela sera-t-il permis à un mineur qui, dans le temps de sa minorité, a contracté des fiançailles et, par la suite, étant devenu majeur, peut toujours regretter d'avoir contracté les fiançailles ; ainsi, en ma présence, à voix égales, en annulant la décision des gens de Hulst [ville de Zélande], la Cour de Flandre l'a ainsi jugé le 19 juin 1755. À Utrecht, jusqu'à ce jour, indistinctement, le consentement des parents est aussi requis, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 90, p. 283, nb 10. Van der Marck, dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 197, indique que cela s'accorde aux mœurs de la Gueldre. Toutefois, l'auteur enseigne de même, p. 193 et suivantes, que, quant au droit de Groningue, de l'Omland, de la Drenthe et de l'Over-Ijssel, le consentement des parents ressortit plus à l'honorabilité qu'à la nécessité et, réprouvant en tout cas la loi [qui dit] qu'en Angleterre, il a été permis à la fille de contracter des noces sans le consentement des parents, pourvu qu'elle ait accompli l'âge de douze ans et un jour, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. II, p. 384. Cependant, l'auteur défend, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. V, § X, nb 1, que le consentement des parents n'est pas du tout nécessaire quant au droit de la nature, bien qu'il soit convenable au devoir des fils. De là, il conclut, nb 3, qu'à raison de ce défaut, les noces ne sont pas nulles et que les enfants ne sont pas illégitimes et, à cette fin, il amène l'exemple d'Esaü. Du reste, les proclamations ayant été publiquement faites, les noces ne sont pas pour cette raison immédiatement légitimes ; posez que quelqu'un prenne une épouse à l'intérieur des degrés interdits ou à l'encontre des lois, dans ce cas, les proclamations ne rendent pas les noces légitimes, mais, celles-ci faisant défaut, les enfants sont jugés illégitimes et pour cela, ils ne succèdent pas ab intestat au père, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 1, tit. 6, nb 10. Qu'en est-il si un Hollandais épouse une fille du Brabant ou de Flandre, mais aucune déclarations n'ayant été préalablement envoyées au lieu du domicile et souhaitées selon l'édit de Hollande, les noces sont cependant nulles, bien que les solennités de l'endroit où elles avaient été contractées, aient été employées, non obstant de façon évidente ; il suffira que, dans les affaires contractées, les solennités du lieu où l'acte est fait, soient employées ; ce qui triomphe si l'on ne s'est pas rapproché d'un autre en fraude du statut ou que l'on a déclaré que l'acte fait ailleurs par son sujet avec une solennité étrangère, était nommément nul, comme dans notre cas, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 4.]

§ 17. Le mariage est tenu pour accompli aussitôt que, dans l'église ou devant le magistrat, le mariage est célébré, d'une façon telle que tous les droits naissant du mariage commencent à l'instant même et ont leur place bien qu'aucune consommation charnelle ne se soit ensuivie [89].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXXXVII. Les noces, après le commencement de la célébration publique qui peut être faite par le biais d'un procurateur, sont tenues pour parfaites, bien que ne se soit pas ajoutée la montée dans le lit nuptial.]

§ 18. Selon l'exhortation de Christ, dans ces pays, aucune rupture du lien matrimonial n'est soufferte que par la mort de l'un des époux ou par un adultère [90]. Toutes les autres séparations volontaires ou judiciaires ne peuvent pas rompre le lien matrimonial ni les droits qui en naissent [91].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 90 et 91 de Groenewegen van der Made**

L'auteur indique ici, et cette opinion occupe les âmes tantôt des théologiens, tantôt des jurisconsultes, qu'il y a deux causes de dissolution du mariage, à savoir l'adultère et la désertion maligne. De là, Carpzov, dans sa *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 10, defin. 180, indique que l'on ne doit pas dissoudre un mariage à raison de la lèpre ou d'une autre maladie contagieuse.

Cependant, cela a été envisagé autrement par certains jurisconsultes plus récents ; car, à raison du poison administré, Brunemann, dans son *De jure eccesiastico*, cap. 17, § 3 et le très avisé du droit civil Herman Noordkerk, praticien très sagace chez les gens d'Amsterdam, dans une dissertation singulière en 1733, démontre clairement que le mariage doit être légalement dissous à raison du péché de sodomie et, de façon savante, en 1753, le très grand Kappeyne a entrepris de montrer au Sénat de Middelburg que, par les conseillers, la prison perpétuelle de l'un ou l'autre des époux était une juste cause de dissolution du mariage et cette sentence s'appuie non seulement sur l'équité, mais aussi, a été affirmée dans le droit civil du fait qu'une épouse dont le mari a été condamné aux galères, est tenue pour veuve et la raison ajoutée en est qu'elle a un mari d'aucun secours, voir Gail, *Observationes*, lib. I, obs. 1, nb 44, et une telle personne, dans le droit, est tenue civilement pour morte, voir *Trentacinque Variæ decisiones*, lib. I, resol. 1, nb 5, p. 241, et ainsi [le dit] quant à notre droit van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 2, chap. 10, nb 8, pour moi p. 181. De là, à moins bon droit, il y a quelques années, il me semble que cela a été répondu par la Cour Suprême aux États de Zélande. Le cas était celui-ci : alors qu'une épouse, à raison d'un vol fait sur la voie publique avec violence, ayant souffert une peine voisine de la mort, était condamnée à la prison tant qu'elle vivrait, le mari alla trouver les États et demanda avec insistance que de nouvelles noces lui soient accordées ; les États, pour se présenter de façon plus ferme, envoyèrent des prières à la Cour Suprême pour les consulter de ce qui devait être statué. La Cour a répondu que la conclusion faite à la pétition devait être refusée au

---

[89] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 15, 16 et 17 ; Cooren, *Consilia*, avis 26, nb 94 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 23, 2 *(Du rituel des noces et du droit des dots)*, 6 et C. 5, 3 *(Des donations avant les noces ou à cause des noces et des fiançailles)*, 6.

[90] (Note de Groenewegen) Voir Mt 5, 32, ordonnance de police, art. 18, ordonnance de police de Zélande, art. 33 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 17 *(Des répudiations et du jugement souffert quant aux mœurs)*, 8. En outre, lorsque l'un des époux quitte délibérément et totalement l'autre, dans un tel cas, une rupture du lien matrimonial peut être procurée et soufferte ; 1Cor 7, 17 et de même, Ambroise ; Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur C. 5, 17 *(Des répudiations et de l'action fournie quant aux mœurs)*, 7. Une telle chose est aussi ordonnée par les juges d'Amsterdam le 29 juin 1650. Mais les lois écrites permettent aussi la rupture du mariage pour différentes autres raisons, voir tout le titre du Digeste et du Code sur les répudiations et les divorces et là, Groenewegen dans son traité *De legibus abrogatis*.

Le passage repris de l'évangile selon Matthieu est le suivant : *« (32) Eh bien ! moi je vous dis : Tout homme qui répudie sa femme, hormis le cas de "prostitution", l'expose à l'adultère ; et quiconque épouse une répudiée commet un adultère ».*

Quant au passage de 1Cor 7, 17, il est le suivant : *« (17) Par ailleurs, que chacun continue de vivre dans la condition que lui a départie le Seigneur, tel que l'a trouvé l'appel de Dieu. C'est la règle que j'établis dans toutes les Eglises ».*

[91] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 7 et 8. Voyez en outre ci-après dans le livre III, chap. 21, §§ 42 et 46.

demandeur et les États ont simplement suivi cette sentence ; plût au ciel qu'elle eût instruit dans le même temps l'autorité suprême de quelle peine devait être affecté un mari qui ne jouissait pas du don de l'abstinence ; car, hésitant, je suis seulement embarrassé, l'analogie d'une jurisprudence saine fait défaut et l'illustre Heineccius, *De jure naturæ et gentium*, lib. II, cap. 2, § 38, étend cette thèse que je défends à toutes les causes qui empêchent§ qu'il soit permis de suivre la fin du mariage ; il est clair que le grand Kappeyne le pense ainsi aussi, bien qu'il ne s'écarte pas des limites de ce qui est exposé, voir cap. 1, § 2, p. 5. Van der Marck, dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 256, a promis qu'il examinerait cette question, mais il n'a pas encore satisfait à ses promesses.

Du reste, il est bellement demandé si, le mariage ayant été dissous à cause d'un adultère, l'époux qui a porté préjudice pourra contracter des noces. Les interprètes font une distinction ; il y en a en effet qui affirment que, quand un époux, ayant été blessé ou blessée, est passé à de seconds vœux ou a accompli son dernier jour et que tout espoir de réconciliation est ainsi entièrement parti, cette sentence est maintenant presque commune ; il y en a qui pensent qu'il faut attendre cinq ans. Cependant, à meilleur droit, Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 10, me semble défendre que tant l'époux qui porte préjudice que l'innocent est rétabli dans le plein droit du célibat, à savoir en mettant à l'écart les lois prohibitives, car vous entendrez bientôt qu'il y en a de telles, bien que le très grand homme dise avoir recherché celles-ci en vain. Mais il est objecté de savoir pourquoi cela ne sera pas inséré dans les lois portées sur les adultères et la partie blessée seulement sera admise à d'autres noces. Bijnkershoek répond qu'il place devant lui cette clause et la liberté de l'autre, et qu'elle n'a pas une autre origine qu'à partir de la pétition du demandeur que le juge, si quelque chose est demandé à bon droit, doit suivre ; à cela, je pense que s'ajoute le fait que le défendeur ne prétend pas de même à la dissolution du mariage, mais oppose de façon ordinaire à la pétition du demandeur une conclusion contraire ; ainsi, dans le jugement contradictoire, il n'est pas examiné [de savoir] si le défendeur pourra convoler vers d'autres noces, mais si le demandeur aura fait la preuve à bon droit de ce qui a demandé. Groenewegen a, dans les *Responsa jurisconultorum Hollandorum*, part. I, cons. 307, p. 402, plus largement affermi cette sentence et répondu aux objections, cependant, non indistinctement, mais quand, communément, il requiert que la partie innocente et blessée soit passée à d'autres vœux ou ait accompli son destin, et ainsi aussi, le répond van der Marck, dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 257. À raison des conséquences, il loue le droit de Groningue selon lequel la possibilité est accordé au seul époux innocent de contracter un nouveau mariage et il est assez clair que cela a ainsi semblé aux États de Zélande, voir en argument l'art. 12 de la grande ordonnance de police du 18 mars 1666. Ici en effet, les États interdisent expressément qu'un adultère ne prenne [comme épouse] une adultère, bien que la partie blessée ait été déjà en possession d'autres caresses ou ait accompli son dernier jour. À partir de cette interdiction des États, il est clair que, si j'en juge à bon droit, en Zélande, les noces ont été refusées aux adultères, à moins qu'il n'y ait l'un de ces cas. Quoi qu'il en soit, Luther ne refuse cependant pas un nouveau mariage à l'innocent, mais cette opinion est seulement limitée par Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 2, defin. 192, nb 7. Si cependant, la conscience de celui-ci est totalement mise en danger dans le célibat (ce qui est seulement plausible, car celui qui a péché, quand il aura eu l'accès d'une épouse, sera totalement mis en danger dans le célibat) il permet qu'il passe à d'autres vœux, ainsi, pour que celui qui porte préjudice change le siège de sa fortune et de son domicile, paie un amende pécuniaire et que les noces soient célébrées sans pompe et les choses à faire qui sont de la même farine, du fait qu'il doit être uniquement examiné s'il inclut le mal nécessaire que la partie qui porte préjudice soit reçue à de secondes noces, ce qui pourrait être approuvé quoique péremptoirement, cependant, la sentence a semblé plus sûre à Luther, du fait qu'à partir de deux maux, il amène à toujours choisir le moindre, voir Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 3, defin. 36, nb 12, et La Placette, *Godvruchtige Nachtmaal-houding* (*Pieuse tenue de la Sainte Cène*), p. 172, nb 3, indique que c'est là la sentence commune des théologiens. Cela a été ainsi répondu non seulement par les jurisconsultes de La Haye, mais aussi par les saints théologiens, professeurs à Utrecht, comme nous l'apprenons des *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 160, 161 et 162.

Cependant non, quoique, pour adultère, il ait eu le propos de prendre comme épouse celle avec laquelle, ou pour la femme adultère, de se marier à cet homme avec lequel le mariage tient ; ce qui est interdit aussi à l'homme adultère ou à la femme adultère, bien que l'un ou l'autre des époux innocent, le mariage étant solennellement dissous, soit passé à d'autres vœux et ainsi, cela a-t-il agréé aux États Généraux, le 18 mars 1656, voir l'*Echtreglement (Règlement du mariage) des États Généraux*, § 83. Les États

de Zélande ont expressément statué la même chose dans l'ordonnance de police, § 12, comme nous venons de ne voir, ce que les États de Hollande ont suivi en cette même année, le 25 juin 16666 ; et ainsi cela a-t-il été disposé dans le droit canonique ; personne ne prend en mariage celle qu'il a sali avec un adultère ; mais le grand Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 10, observe que cette loi n'a pas tenu longtemps entière et dans son intégrité lorsqu'il indique qu'il a été décrété par différents pontifes qu'il n'y a pas lieu à cette sanction, à moins que quelque chose n'ait été machiné indépendamment de l'adultère pour le meurtre du premier conjoint ou que, celui-ci étant vivant, l'un ait donné à l'autre la foi du mariage et ainsi, la loi écrite a-t-elle été presque partout reçue. Cependant, Luther et Melanchton sont en désaccord à raison du mariage contracté entre David et Bethsabée, Urie ayant été tué, et Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 25, répond aussi dans ce cas en faveur du mariage. Cela a été répondu ainsi le 8 octobre 1068, voir Carpzov, *Jusrisprudentia consistorialis*, lib. II, tit. 1, defin. 14. À partir de là, de façon opportune comme il me semble, la Cour Suprême l'a répondu aux États de Zélande. Le cas était celui-ci : Caius prend [pour épouse] Sempronia, il met enceinte une autre avec laquelle, quittant son épouse, il s'enfuit, ensuite, il s'est rendu dans les Indes orientales et, tandis qu'il y entretenait son foyer, Sempronia qui ne jouissait pas du don de l'abstinence, a enfanté deux fois de Mævius, enfin, Caius a cédé au destin ; maintenant, Mævius et Sempronia sont allés trouver les États et demandent la dispense de l'art. 12, dont nous avons fait mention. La Cour, consultée sur ce cas, répond que la dispense demandée aux États peut être accordée, parce que Sempronia, en réalité, n'était pas dès le début la partie qui blesse, mais blessée, et les États ont suivi cette sentence.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

LXXXVIII. À raison de l'adultère d'un époux, l'autre peut agir en justice pour un divorce et la perte du profit matrimonial, comme l'a jugé la Cour Suprême le 19 février 1743, voir chez Arent Lybrechts, *Redeneerend vertoog over't notaris-ambt (Remontrance raisonnée sur la fonction de notaire)*, t. I, p. 169. Est égale, mieux plus forte, la raison du crime de meurtre. La désertion maligne aussi rompt le mariage, comme cela a été souvent jugé en Hollande et établi dans la loi en Zélande, voir la nouvelle Ordonnance de police de 1793.

LXXXIX. La Cour Suprême a jugé le 12 novembre 1793 que le mariage pouvait être dissous à la mort du condamné qui, en fuite, avait échappé à la peine, ayant été puni de la peine de mort ou d'un exil perpétuel.

XC. La séparation du lit et de la table ne peut pas même être faite à partir d'un consentement mutuel sans une juste cause ; si, à celle-ci, s'est ajouté la séparation des biens, aucune communauté de biens n'a plus lieu entre les époux ; cependant, le douaire est dû en son temps à l'innocent.]

§ 19. Alors, du mariage, ainsi qu'il est dit, étant légalement conclu, la femme est tenue pour mineure et le mari est appelé mari et gardien ou gardien d'église de sa femme [92].

[**Note de Willem Schorer sur la note 92 de Groenewegen van der Made**

Bien que, selon l'auteur, il soit vrai que, les noces ayant été contractées, le mari est le tuteur de son épouse, dans certaines choses cependant, ils diffèrent. En effet, les tuteurs ou les curateurs ne contractent pas à bon droit avec leurs pupilles, ce qui est permis au mari, pourvu que l'épouse se réserve la libre administration des biens dans le contrat prénuptial dont l'auteur [parle] dans la note 104 et pourvu qu'elle ne tombe pas dans une donation interdite quant au droit entre mari et femme, si ce n'est ayant été confirmée par la mort. En outre, les tuteurs ne peuvent pas aliéner les biens immeubles des mineurs sans un décret, comme cela est clair à partir de D. 27, 9 *(De la non-aliénation ou supposition sans décret des bien de ceux qui, sous une tutelle ou une curatelle, se trouvent)* et C. 5, 71 *(Du fait de ne pas aliéner ou de ne pas obliger les biens-fonds ou d'autres biens des mineurs sans décret)*, ce qu'un mari peut faire en Hollande selon son plaisir, aussi une nécessité n'y pressant pas, et il n'a pas besoin d'un décret. Dans ce chapitre, nous verrons [ce que dit] l'auteur dans le § 22 et plus largement, dans le liv. II,

[92] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 4, defin. 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxv *(Der la tutelle fiduciaire)*, § 19 et sur C. 3, 6 *(Ceux qui la personnalité légale en justice ou non)*. Ceci est différent des lois romaines, voir C. 5, 34, 2.

Constitution d'Alexandre adressée à Artemisia et donnée en 225 : *« Le mari, quoiqu'il doive une affection envers les biens de son épouse, cependant, ne peut pas être créé comme curateur pour elle ».*

chap. XI, § 17. En outre, l'épouse mineure qui contracte, son mari étant garant, le mari ne peut pas au titre de celle-ci, demander sa remise en son état initial, bien qu'il prouve qu'elle a été lésée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 63 ; van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 246 ; à celui-ci, peut être ajouté Hamerster dans ses notes sur le *Statut de Frise*, liv. I, tit. 2, art. 1 sur les mots *ook is'er*.]

[24] § 20. Suivant cela, une femme est tenue de l'obéissance à son mari [93] ; mais le mari ne peut pas battre sa femme ou autrement la traiter cruellement [94] ; et celui des deux qui se comporte mal envers son époux encourt une amende qui est établie dans chaque place ; il est aussi parfois puni plus lourdement d'après les circonstance des choses. L'aversion durant longtemps, la séparation de lit et de table est aussi bien accordée par le tribunal [95], le lien matrimonial demeurant et avec l'entendement que l'on doit toujours tenter de revenir à une réconciliation.

[**Note de Willem Schorer sur la note 95 de Groenewegen van der Made**

Ce que tient ici l'auteur sur la séparation de table et de lit est sans nul doute vrai mais quelle effet est recherché d'une telle séparation faite avec un décret du juge ? La communauté coutumière des biens sera-t-elle durable, du profit et de la perte, et la puissance du mari ? ce qui est communément affirmé, parce que cette séparation, étant fiduciaire et faite avec l'espoir d'une réconciliation, ne dissout pas le lien du mariage et ainsi, cela a-t-il semblé à Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 7 et dans les notes, de même, obs. 8, et Voet le suit aussi (si ce n'est le partage une fois fait, l'administration des biens est en outre interdite au mari), *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 2. À partir de la sentence de ceux-ci, celui qui porte préjudice et l'innocent vont d'un pas égal ; cependant, cette injure déplaît à juste titre à Bijnkershoek qui signale que les lois de la patrie, bien que de telles séparations soient très fréquentes chez nous, font défaut et que, pour cette raison, il fait en appeler à l'équité et, la raison de celle-ci ayant été consultée ainsi à bon droit, selon moi, il distingue pour quelle raison la faute de cet époux a été faite ; en effet, la séparation ayant été faire pour des causes plus légères, il pense qu'il ne faut pas rompre le mariage ; pour des causes également plus graves et peut-être plus graves que l'adultère lui-même et la désertion maligne, tout à fait ; et dans ce cas, si l'innocence de l'un peut être prouvée, il déclare que l'innocent est indigne aussi de tous les avantages du mariage et il en est tout à fait ainsi, sur la question tombe sur le douaire, il enseigne que l'on doit distinguer dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 8 et 9, ainsi aussi dans les *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 73, et part. III, cons. 77, et ainsi, le pense aussi van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap. 15, nb 9 ; à partir de cela, il est clair qu'il a limité la sentence de ceux qui enseignent que la charge d'alimenter l'épouse incombe au mari, s'il habite dans le décret du juge séparément en dehors de la maison, et il l'a restreinte à ce cas dans lequel la séparation a été faite à

---

[93] (Note de Groenewegen) Voir Ep 5, 22-23 ; 1P 3, 1 ; Col 3, 18.

Ces trois passages sont les suivants selon l'ordre indiqué :

« (22) Que les femmes soient [soumises] à leurs maris comme au Seigneur : en effet, le mari est le chef de sa femme comme Christ est le chef de l'Eglise, lui le sauveur du Corps ».

« (1) Pareillement, vous les femmes, soyez soumises à vos maris, afin que, même si quelques-uns refusent de croire à la Parole, ils soient sans parole, gagnés par la conduite de leurs femmes ».

« (18) Femmes, soyez soumises à vos maris, comme il se doit dans le Seigneur ».

[94] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 17, 8 § 2. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle 177, cap. 14.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Hormisdas, Préfet du prétoire, et donnée en 449 : *« 2. Si donc, par quelque moyen, elle a trouvé son mari adultère, homicide, empoisonneur ou qui, de façon certaine, contre notre empire, ourdit quelque chose ou condamné du crime de faux, si [elle l'a trouvé] destructeur de tombes, soustrayant quelque chose à des temples sacrés, brigand, recéleur de brigands, voleur de bestiaux, plagiaire ou elle-même le voyant au mépris de sa maison et d'elle-même avoir une relation sexuelle avec des femmes impudiques (ce qui exaspère principalement les femmes chastes), tendant une embuscade envers sa vie avec du poison, une épée ou un autre semblable moyen, si elle a prouvé qu'il l'affligeait avec des coups de fouet, alors, nous lui permettons d'user de l'aide de la répudiation et d'approuver les causes de séparation avec les lois ».*

[95] (Note de Groenewegen) Voir Sanchez, *De matrimonio* ; Cornelis van Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 8, en note ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 5 , defin. 1 ; Covarruvias, *De sponsalibus et matrimoniis*, part. II, cap. 7, § 5, nb 1.

cause de la faute du mari et Sigismond Finckelthaus, dans ses *Observationes practicæ*, obs. 31, nb 15 et 21, embrasse cette jurisprudence très juste ; de même à partir de Valasco, Someren, *De jure novercarum*, cap. 7, sect. 1, § 3, à un point tel que l'épouse qui porte préjudice ne peut pas demander au mari ; ainsi, cela a-t-il été jugé dans le Consistoire suprême le 16 janvier 1628, voir Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 12, defin. 213, nb 8. En outre, elle est tenue pour indigne de l'éducation des enfants, de même Carpzov, *Decisiones illustres*, part. III, decis. 291, nb 24. À cela, peuvent être jointes les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 145, p. 430. Voet, dans son *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 2, nb 19, admet cette limitation, lui qui, en outre, enseigne que, si la faute des deux ou de la seule épouse est prouvée, doit être au moins rendu à l'épouse ce qu'elle a apporté, afin qu'elle ait d'où pouvoir se nourrir ; à cela, peut être ajouté ce que tient Wesel, *De connubii societate*, tit. 2, cap. 4, nb 26 et suivants ; la faute de l'épouse n'ayant pas été prouvée, si les fruits du patrimoine lui-même ne suffisent pas aux aliments nécessaires, doit mari doit y suppléer, bien que celle-ci n'ait apporté aucune dot, voir Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 12, defin. 214, nb 12 et 13.

Du teste, si, avec un consentement mutuel, sans un décret du juge, une habitation séparée des époux est intervenue, il n'y a nul doute que tous les effets du mariage demeurent comme si aucune telle séparation n'était intervenue, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 2, nb 19 et celle-ci est celle qui, pour les Romains, était appelée une bonne grâce, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. Ii, cap. 8. Par voie de conséquence, l'épouse sera tenue de payer les dettes faites par le mari après un divorce volontaire, voir Wesel, *De connubii societate*, tit. 2, cap. 4, nb 30. Cependant, quand, à perpétuité, avec le décret du juge (ce que l'auteur nie pouvoir être fait), le divorce est intervenu, l'épouse est tenue pour non mariée à un point tel qu'elle aliène les biens sans l'autorité du mari et ainsi, en 1704, la Cour de Flandre l'a-t-elle jugé ; de même, dans la Chambre supérieure de Tournai, voir *Précis du droit Belgique*, p. 201.]

§ 21. Sur les biens de la femme, la garde du mari est très grande dans le pays, qu'une telle chose soit venue des anciennes coutumes germaniques [96] ou que la grande diligence et fidélité du mari pour défendre sa famille en aient fourni la cause [97].

[**Note de Willem Schorer sur la note 97 de Groenewegen van der Made**

L'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. V, § VIII, nb 1, indique que cette puissance illimitée du mari doit son origine non au droit naturel, mais au droit établi par les hommes. Cependant, de Réal, dans *La science du gouvernement*, t. I, p. 19, enseigne que toute la puissance du mari doit être attribuée au droit public civil et observe que cette soumission a été enjointe à l'épouse après la chute d'Adam à partir de la Loi sainte, Gn 3, 16, voir t. III, p. 345. Cependant, cela a autrement semblé aux pères de l'église Augustin et Ambroise, voir Schomaker, *Responsa et consilia juris*, part. II, cons. 23, nb 5, 6 et 7.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 19 à 21**

XCI. La puissance du mari sur l'épouse, une tutelle majeure établie selon le droit lui-même, est si grande qu'il régit les biens de celle-ci selon son jugement, exempt de la réalisation d'un inventaire, de la redddition de comptes et de garantir sa faute.]

§ 22. A partir de la force de cette garde, le mari parle en justice pour sa femme ; il aliène et charge ses biens, aussi ceux qu'elle a tenu en dehors de la communauté [98] selon son bon plaisir,

---

[96] (Note de Groenewegen) Voir Goudelin, *De jure novissimo*, I, cap. 7 au mot *Certo*.

[97] (Note de Groenewegen) Voir Thomas Herbaius [de Frise], *Rerum quotidianarum Liber singularis*, cap. 13, § 12 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 4, defin. 3. Voyez ci-dessus, chap. IV, § 4.

[98] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 10. Voyez Willem van Radelant, *Decisiones posthumæ Curiæ Trajectinæ* (Utrecht), decis. 21 ; Boyer sur la coutume de Bourges, tit. 5, art. 5 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 5. Ceci est différent des lois romaines, voir C. 5, 14, 8.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Hormisdas, Préfet du prétoire, et donnée en 450 : *Avec cette loi, nous décrétons que le mari, pour ces biens qu'en dehors de la dot, la femme a, que les Grecs appellent des paraphernaux, n'a aucune communauté, la femme l'interdisant, et ne lui en impose pas la nécessité. En effet, bien qu'il fût bon que la femme qui se confiait elle-*

sans avoir besoin de son consentement pour cela. Le mari faisant certaines dettes à partir d'une cause qui pourrait se trouver, la femme, aussi sans son consentement, y est obligée d'une façon telle qu'aussi, après sa mort, elle peut être poursuivie pour la moitié [99]. Cependant, quand tous les biens du mari sont confisqués pour un certain crime, les biens de la femme en restent non affectés [100].

[**Note de Willem Schorer sur la note 100 de Groenewegen van der Made**

À côté des auteurs cités par Groenewegen, peut être vue la *Keure* de Zélande, chap. 3, art. 45, et demême, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur C. 4, 12 *(Afin que l'épouse, pour le mari, ou le mari, pour l'épouse, ou la mère, pour le fils, ne soit pas cité en justice)*, nb 2 et 3. En faveur de cette sentence, par l'avocat du fisc lui-même, cela a été très justement et savamment répondu le 10 août 1752, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, p. 5, cap. 62. Mais nous verrons que la confiscation des biens est tombée en désuétude en Hollande et en Zélande dans le liv. III, chap. XXXII, § 14, et aussi, après la mort du mari, la communauté des biens n'ayant pas été exclue, il a été répondu que l'époux survivant était tenu à la moitié de la dette de l'autre, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, resp. 105, p. 547. Voyez ce que nous relèverons ci-dessous sur le liv. II, chap. XI, sur la note 283.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

XCII. Le mari aliène à bon droit les biens de l'épouse, aussi étant exclue toute communauté des biens, sans le consentement de celle-ci ; non cependant selon la loi de Zélande ; voir le statut de Zélande, chap. 3, art. 46.

XCIII. À partir des contrats du mari, à plus forte raison de la garantie, mieux, de la donation, l'épouse est obligée pour la moitié, à moins que n'ait été aussi exclue toute communauté de profit et de perte.

XCIV. Comme il est établi à partir de nombreux privilèges et statuts de Hollande et de Zélande, à raison du délit du mari, les biens de l'épouse ne sont pas confisqués, mais, pour celle-ci, la moitié du patrimoine commun est sauvegardée ; ainsi, la raison de l'interprétation, l'équité du droit romain dans D. 17, 2 *(En faveur d'un associé)*, 52 § 18, et 56 (voir la *thèse* XVI) et les termes mêmes de certains statuts prouvent que la plus légère peine pécuniaire à raison d'un quelconque délit du mari doit être

---

même à son mari, souffre aussi que ses biens soient gouvernés à son jugement, cependant, parce qu'il est convenable que les créateurs des lois soient des défenseurs de l'équité, en aucune façon, comme il a été dit, la femme l'interdisant, nous ne voulons que son mari, dans les paraphernaux, s'immisce ».

[99] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 5. Voyez en outre ledit traité sur le titre C. 4, 12 [*Afin que l'épouse pour son mari, le mari pour son épouse ou la mère pour son fils, ne soient pas cités en justice*]. Cela est différent des lois romaines, voir ledit titre de C. 4, 12.

[100] (Note de Groenewegen) Voir C. 9, 49, 9 ; privilèges de la Hollande du Sud, p. 403, art. 7 ; coutumes d'Anvers, chap. 16 *(Des punitions des délits et de ce qui en dépend)*, art. 1 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 8. Voyez en outre Groenewegen dans ledit endroit.

Constitution d'Arcadius et d'Honorius adressée à Cæsarius, Préfet du prétoire, et donnée en 396 : *« Si quelqu'un, à l'avenir, a reçu une manière de proscription qui fera défaut, l'épouse revendiquera bientôt les biens propres à partir obtenus pour elle de n'importe quel titre comme avec une mainprise ou, de façon certaine, , avec tout moyen, recevra immédiatement ceux qui ont été occupés. La dot aussi, non celle qui est quelquefois inscrite sans raison dans la teneur des instruments dotaux, mais qu'elle a montrée avoir livrée matériellement, sera payée sans délai. Aussi, ce qu'elle a reçu d'un mari encore sans reproche avant les noces au titre d'une donation ou durant le mariage, avec la générosité de son mari, lui est arrivé avant sa proscription, restera chez elle de façon ferme. 1 - S'il est devenu clair qu'aussi, à ses enfants émancipés, le père a apporté quelque chose avant l'époque du crime et de la faute, la totalité leur sera conservées sans trouble. Mais ce que ni l'épouse ni les enfants émancipés ont pu réclamer, je juge que ce qui a été saisi par des personnes publiques est spécialement rapporté à moi, d'une façon telle qu'il est aussi ajouté [la question de savoir] si aura des fils celui qui a été condamné et que l'on ajoute en même temps [la question de savoir] si, de même, chez lui, à partir d'une cause de donation, ils ont revendiqué quelque chose. 2 - Mais, pour ceux qui sont liés avec des actes fiscaux et qui, à la faveur des évaluations, sont proscrits et condamnés, on a décidé que, si l'épouse a possédé quelque chose en propre ou donné par son mari avant le début de l'acte à partir duquel l'origine de la fraude et du défaut a été déduite dans le jugement, si, ensuite, quelque chose a été apporté aux fils émancipés avec une donation, avant que le crime naisse, cela reste sans tache pour les droits de ceux qui le reçoivent ; rien, envers le fisc, dans n'importe quelle cause, ne sera tenu redevable, si ce n'est ce que, dans une propriété propre, quand il est devenu obligé, il a possédé ou ce que, agissant tant en son propre nom qu'en celui de son épouse, de ses fils ou de quiconque, il a en outre acheté. 3 - Etant exceptés les agents de César, c'est-à-dire les catholiques, qui sont exclus du bénéfice de tout droit, à moins qu'ils n'aient été approuvés par moi et que les comptes n'aient été purgés, de sorte que ce qu'ils auront eu de façon vertueusement, ils aient la possibilité de le transmettre ».*

déduite de la part de celui-ci et ne doit pas être imputée à l'épouse, voir le statut de Zélande, chap. 3, art. 45 ; les privilèges de Voorn de 1477, art. 16, p. 20 ; le statut de Flessingue, chap. 6, art. 2, p. 66.]

[25] § 23. Dans l'autre sens, une femme mariée ne peut comparaître en justice que comme autorisée par son mari et elle ne peut aliéner ou charger ni les biens de son mari ni les siens propres ; elle ne peut aussi pas faire de dettes, s'obliger elle-même ni son mari ; étant excepté que, anciennement [101], un homme ayant une femme qui veut faire du pain ou brasser [de la bière], par elle-même, peut perdre un four plein de pain ou une brassée de bière que le mari ne pouvait pas faire ici contre ; semblablement, là où la femme d'un homme veut vendre ou acheter de la laine, du fil ou du lin qui peuvent par elle perdre un poids qui valait une pierre ; là où aussi, la femme d'un homme qui ne peut pas faire un commerce public, son mari pouvait venir par elle à un dommage de quatre deniers. Lequel acte paraissant suffisamment être d'après les circonstances de cette époque. Les trafics et les richesses des pays ayant crû par la suite, à partir d'une semblable raison, cela s'est étendu si loin que maintenant, la femme mariée qui fait un trafic ou un commerce publics peut bien contracter pour toutes les choses concernant ledit trafic ou commerce et, selon cela, s'obliger elle-même et obliger son mari, aussi aliéner et charger les biens du trafic [102]. Toutes les autres femmes peuvent contracter seulement pour ce qui concerne la tenue de la maison et s'obliger pour autant elles-mêmes et leurs maris, ce qu'un mari ne peut pas empêcher ou il devait interdire judiciairement à sa femme aussi qu'elle administre et le faire annoncer ; mais, dans tous les cas, aussi, en dehors de ce qui est écrit ci-dessus, le mari peut être poursuivi pour autant qu'il pourrait s'être enrichi par le contrat de sa femme [103].

[**Note de Willem Schorer**

Ici, l'auteur indique qu'aucune femme n'a la personnalité de se tenir en justice, ce qui est vrai à un point tel que la sentence portée contre une femme qui fait un procès sans son tuteur perpétuel n'est entièrement d'aucune valeur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. V, tit. 1, nb 14. Mieux, le mariage ayant été dissous, une exécution sur les biens de la femme n'est pas accordée, à moins qu'elle n'ait habité dans ces endroits où, si l'épouse a contracté à l'insu du mari, jusqu'à la mort du mari, l'exécution sera différée, comme cela a été disposé dans la loi municipale d'Utrecht, voir Voet,

---

[101] (Note de Groenewegen) Voir le privilège accordé par le compte Willem à la ville de Delft en 1246 ; le privilège donné par le comte Floris à Monickendam en 1288.

[102] (Note de Groenewegen) Voir privilège et coutumes de la Hollande du Sud, p. 410, art. 35 ; coutumes d'Utrecht, rubr. 22, art. 4 ; coutumes d'Anvers, cap. 41, art. 13, 34, 40, 42 et 43 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 4, defin. 4. Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit titre C. 4, 12 *(Afin que l'épouse pour son mari, le mari pour son épouse ou la mère pour son fils, ne soient pas cités en justice).*

[103] (Note de Groenewegen) En argument les *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2 ; coutumes d'Utrecht, dans ladite rubr. 22, art. 5 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, dans ladite defin.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

Commentarius ad Pandectas, lib. 22, tit. 2, nb 42. Mieux, elle est repoussée depuis le commencement de l'action, bien qu'elle agisse en justice comme tutrice des enfants d'un premier mariage ou comme exécutrice de la dernière volonté du mari, voir Voet, nb 15. Cependant, à une épouse, n'est pas refusée la personnalité de se tenir en justice chaque fois qu'elle a donné un mandat ou que, le sachant, la e mari y a consenti, ce qui peut être fait aussi par une confirmation, si, dès le début, le consentement a fait défaut, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 42, ou chaque fois que le mari est absent ; il n'importe pas [de savoir] si [c'est] à partir d'une cause de relégation ou à partir d'un voyage volontaire, pourvu qu'un péril soit présent dans le retard, ainsi, pour que, dans ce cas, elle implore l'autorité judiciaire de suppléer le défaut de l'absence du mari, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 16. Dans les crimes également, l'épouse est citée en justice à bon droit comme les mineurs, si [c'est] pour une amende pécuniaire, sont considérés penser à bon droit ceux qui pensent que, dans ce cas, les biens dotaux de celle-ci tombent en confiscation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 17 ; sont aussi valides les contrats passés par l'épouse pour nourrir la maisonnée, en outre, si une femme a administré quelque chose utilement pour son bien et que le mari ne veut pas le confirmer, car alors, le juge interpose son autorité, ce qui était aussi vrai dans le sénatus-consulte Macédonien et selon cela, Stockmans, dans ses *Decisiones Brabantiæ*, decis. 36 en totalité, signale que cela a été plus souvent jugé dans différentes causes. Il a été aussi répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, *Consilia Ultrajectina*, dernière page, que, de façon valide aussi l'épouse s'interposait elle-même pour une certaine somme pour libérer de prison son mari. Et, de façon certaine, sur ce point, l'épouse est principalement privilégiée, car elle n'est pas punie si elle a libéré son mari de ses liens, comme le montrent différents exemples, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, diff. 54, nb 4. Pour qui le voudra, a été relevé l'exemple de Maria van Reygersberg, l'épouse de notre auteur, à moins qu'il ne soit un hôte ignorant de toutes les choses dans l'histoire de la patrie.

Enfin, il faut se rappeler qu'une femme, à Anvers, n'use pas de cet avantage et Stockmans, dans ses *Decisiones Brabantiæ*, lui étant présent et le rapportant, signale que cela a été jugé en mai 1652.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 102 de Groenewegen van der Made**

À partir de ce que l'auteur tient ici, il s'ensuit que l'épouse marchande sur ce qu'elle pratique à partir du consentement de celui-ci ; Voet, dans son *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 41 et suivants, explique abondamment cette matière, l'auteur lui-même ci-dessous dans son liv. II, chap. XI, § 17, ce que nous noterons sur le liv. III, chap. III, § 27 ; et sur toute la troupe des jurisconsultes, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 12 *(Afin qu'une épouse, pour son mari, un mari, pour son épouse, ou une mère, pour son fils, ne soit pas cité en justice)*, nb 6, Hamerster dans ses notes sur le Statut de Frise, liv. I, tit. 2, art. 2. Du reste, Groenewegen rappelle ici dans ses notes, nb 36, le privilège de 1246 de Willem II accordé aux gens de Delft, qu'il avait accordé aussi aux gens de Haarlem l'année précédente, *Vaderlands Historie*, liv. 8, chap. 2, p. 403. En outre, il faut relever que l'épouse suit la dignité du mari et qu'elle la conserve, une fois le mariage dissous tant qu'elle persiste dans le veuvage, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 40. Stockmans, dans ses *Decisiones Branbantiæ*, decis. 65 en totalité, fait une distinction : l'exemption du mari a-t-elle procédé de la noblesse de la race et de la splendeur de l'honneur ou d'une certaine raison d'administration ? Dans un cas, il la refuse, dans l'autre, il l'affirme.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

XCV. La femme mariée ne possède pas la personnalité légitime pour ester en justice, pas même la femme marchande, étant exceptés les lieux où une autre chose a été statué ; la *thèse* XIV enseigne qu'à partir de ceux-ci, le droit ne peut pas devenir commun. D'autres observations sont trouvées dans les *Observationes ad Grotium*, part. IV, obs. 7, et chez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. V, tit. 1, nb 16 et 17, et lib. II, tit. 4, nb 33-36.

XCVI. Semblablement, la femme qui a été unie à un mari, sans le consentement ou la confirmation de celui-ci, à partir de ses propres contrats, n'est pas obligée ; naturellement, elle est tout à fait tenue de sorte que la garantie d'un étranger qui s'ajoute au contrat est valide et que cesse la condiction de l'indu, si la femme a payé quelque chose après la dissolution du mariage à partir de cette cause.]

[26] § 24. Bien que, maintenant, la garde du mari sur les biens de sa femme, d'après le droit commun du pays, s'étende aussi loin comme il est dit, ainsi, celui-ci peut cependant être lié par deux moyens : à savoir par le contrat de mariage et par la séparation de biens. Car, par le contrat fait avant le lien du mariage, une femme peut convenir que le mari n'aura aucune administration sur ses biens [104] et, à celui qui aspire d'en aliéner ou charger quelque chose, le lui interdire, elle peut aussi convenir ne pas être tenue aux dettes à faire par son mari, avec le fait aussi qu'elle ne prenne pas part au gain [105]. Durant le mariage, remarquant que le mari la mettrait dans la pauvreté, elle peut en justice demander une séparation de biens et faire interdire à son mari l'administration de ses biens [106], laquelle interdiction étant publiée, ainsi, le mari n'a plus par la suite le pouvoir d'aliéner ou de charger ses biens ni de les obliger pour ses dettes [107].

[**Note de Willem Schorer sur la note 104 de Groenewegen van der Made**

Quand, dans le contrat prénuptial, l'épouse se promet la libre administration des biens, à bon droit, durant le mariage, les conjoints, comme des étrangers, font un contrat, car, avec un tel pacte, en tant que conjoints, ils ne sont pas tenus de cette relation, voir *Responsa jurisconcultorum Batavorum*, part. III, cons. 77, p. 476, et le cons. suivant, comme je l'ai déjà relevé sur la note 92 du § 19 ; mais on débat [de savoir] ce qu'il en sera du droit, si le mari, non obstant ce contrat, durant le mariage, a aliéné les biens de l'épouse. Dans ce cas, l'aliénation sera valide au regard d'un tiers, étant sauve cependant, l'action de l'épouse contre le mari ou l'héritier de celui-ci, à moins que l'interdiction de l'aliénation n'ait été déclarée publiquement, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 14, nb 4 au mot *Groenewegen*, la *Censura forensis*, lib. I, cap. 12, nb 5 et 6. Cela a aussi agréé aux États de Hollande le 30 juillet 1624, *Groot Placaetboek*, part. I, p. 375. Cependant, il a été répondu que cette

---

[104] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 21 ; coutumes de la Hollande du Sud remises à la Cour de Hollande en 1571, art. 6, imprimées à côté des privilèges de la Hollande du Sud, p. 403 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le commencement des *Institutes*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, nb 6 ; coutumes d'Anvers, cap. 41, art. 5.

[105] (Note de Groenewegen) Voir Cornelis van Nieuwstadt dans ledit traité, obs. 9 dans les notes. Voyez Willem van Radelant, *Decisiones posthumæ Curiæ Trajectinæ*, decis. 21.

[106] (Note de Groenewegen) Voir D. 24, 3, 24.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, le mariage durant, à raison de la pauvreté du mari, la femme veut agir en justice, où plaçons-nous le début de la réclamation de la dot ? Et il est établi que la réclamation de la dot commence à partir du moment où, de la façon la plus claire, il est apparu que les richesses du mari, à la réclamation de la dot, ne suffisaient pas. 1 - Si, le mari ayant été déshérité, la femme agit en justice, il est mieux [de dire] qu'à partir de la date de l'acceptation de la succession du père, commence pour elle la réclamation de la dot. 2 - Chaque fois qu'à la femme, il doit être fait satisfaction quant au paiement de la dot après un certain délai, si le mari ne peut pas faire satisfaction, alors, une fois retiré l'avantage du délai, la condamnation du délai restant est payée comptant ; mais, si, lorsque le mari peut faire satisfaction, il ne le veut pas, pour le tout, Mela dit que celui-ci doit être condamné en ne tenant pas compte de l'avantage du délai. En conséquence, avec l'office du juge, il convient que, la satisfaction étant intervenue, il absolve le mari ou qu'en tenant compte de la compensation, il le condamne, ce qui, certes, aujourd'hui, est plus utilisé ; la femme ne doit pas être supportée, si elle dit qu'elle veut plutôt souffrir un retard que, dans le paiement comptant, une déduction. 3 - Mais, qu'au risque du mari ou de l'épouse, la dot se soit trouvée, durant le délai légal, le mari ne doit pas moins payer. 4 - Si le mari, avec la volonté de sa femme, a affranchi les esclaves de la dot, si, certes, la femme a voulu les lui donner, quant à la cause de la liberté, des dépenses imposées à lui, il ne sera pas tenu ; si une affaire, entre eux, a été faite, en tout cas, il en sera tenu, de sorte qu'avec l'office du juge, il donne garantie qu'il rendra à la femme tout ce qui, à lui, à partir des biens ou d'une obligation de l'affranchi, est arrivé. 5 - Si le mari était cruel contre les esclaves dotaux, il faut voir si, quant à cela, il pourra être cité en justice. Et, si, certes, seulement contre les esclaves de son épouse, il était cruel, il est établi qu'il en est tenu à ce titre ; mais, si aussi, contre les siens, sa nature est telle, encore, il doit être dit que sa cruauté immodérée, avec cette action, doit être châtiée ; en effet, bien que l'épouse réclame seulement de lui cette diligence que, pour ses propres biens, il réclamera, elle ne pourra pas plus, cependant, la cruauté qui, sur ses propres biens, doit être blâmée, sur ceux d'autrui, doit être punie, c'est-à-dire sur les biens dotaux. 6 - Si l'épouse a prêté à usage un bien de son mari et que celui-ci a péri, il faut voir si elle pourra souffrir une compensation à ce titre. Et je pense que, si, certes, le mari a interdit de le prêter à usage, immédiatement, la déduction est faite ; mais, s'il n'a pas interdit de le prêter à usage, selon le jugement du juge, un petit délai est accordé à celui qui fournit une caution. 7 - Si les biens de la femme, pour partie, ont été confisqués, subsiste pour la femme, la réclamation de la partie restante de la dot ; je pense plus que, si, après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, la dot a été confisquée pour partie, le jugement du juge suffira pour faire la condamnation à la partie. Si toute la dot a été confisquée, l'action disparaîtra ».*

[107] (Note de Groenewegen) Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis*, dans ledit endroit, nb 7.

interdiction d'aliénation est contraire à la puissance maritale à un point tel qu'elle ne peut pas légalement subsister, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 111, p. 181.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 105 de Groenewegen van der Made**

Une femme peut stipuler dans le contrat prénuptial que, le mariage ayant été dissous, elle ne sera pas tenue à la dette du mari, pourvu que, dans le même temps, elle renonce au profit (ce qui a été expressément disposé dans le droit de Groningue, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 210 et suivante), comme le tient ici l'auteur et ci-dessous dans le liv. II, chap. XII, § 6, où cependant, dans le paragraphe suivant, il enseigne que la femme, à bon droit, se réserve une opposition, voulait-elle, le mariage ayant été dissous, participer au profit et aux pertes ou préférait-elle avoir seulement ses biens saufs ? De tels contrats, une séparation des biens ayant été conclue, seraient valides dans l'usage, personne ne le contestera ; l'auteur, par la suite, ayant été consulté à Paris sur cette matière, a défendu abondamment cette sentence ; sa réponse se trouve dans les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, resp. 203 ; il a été aussi ainsi répondu à La Haye le 23 novembre 1621, *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 178, p. 705 ; ainsi aussi, une seule voix étant en désaccord, cela a été jugé par la Cour d'Utrecht, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 84, nb 3. La coutume de Bruxelles est peut-être plus injuste ; ici, en effet, l'épouse peut s'en tenir à la mort de l'héritier du mari ou dans les contrats nuptiaux, à la coutume et aux profits qui en rejaillissent ou au testament du mari, pourvu qu'elle n'ait pas contracté autre part de noces, de sorte que, des ces trois choses, elle puisse choisir ce qui lui est le plus à propos. Stockmans, dans ses *Decisiones Brabantiæ*, decis. 54, réprouve ce droit particulier reçu à Bruxelles, comme Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 1, a jugé très injuste ce choix, bien que reçu dans les usages, et il discute laborieusement [en disant] que cela tombe totalement dans une société léonine et il enseigne que, sur le chef des crédits du mari, cette cette fève est presque machinée ; mieux, plus loin, dit-il, la fraude des marchands s'avance, du fait que plus souvent, l'inventaire ayant été fait avec un écrit privé, elles volaient non seulement ce qu'elles avaient apporté, mais aussi les biens des maris au préjudice des créanciers et ainsi, à raison de la faveur du commerce, les créanciers sont dépouillés et les deux conjoints vivent de façon heureuse de ces vols. Quoi qu'il en soit, agit plus généreusement celui qui, tandis qu'il a craint une perte, s'abstient d'un profit, mais il ne s'ensuit pas que, dans ce contrat du mari, les créanciers soient dépouillés, que celui-ci ne soit pas strictement dans une perte, mais qu'il tende à une perte de profit, communément, une *winstderving* et c'est de la même manière que si les créanciers avaient contracté avec un célibataire. Ce qu'en outre, le grand homme ajoute quant à l'inventaire fait par un écrit privé, peut avoir à peine lieu, du fait que la preuve de ce qu'elle a apporté incombe à la veuve, voir Abraham van Wesel, *Commentarius ad novellas Constitutiones Ultrajectinas 14 aprilis promulgatas*, art. 6, nb 22, et dans le doute, des gains supplémentaires sont présumés et nés durant le mariage, voir Antonio Gomez, *Ad leges Tauri commentarius*, 50, nb 70 et la déclaration du mari faite d'une quelconque façon ne pourra pas porter préjudice aux premiers nés du mariage ou aux autres créanciers, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 18, nb 3, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 50.

Du reste, ce chois a été reçu dans les usages à un point tel qu'il est transmis aux héritiers, comme Bijnkershoek l'indique dans ledit cap. 1, à partir des affaires jugées tantôt par la Cour, tantôt par la Cour Suprême, cependant, Voet, lib. 23, tit. 4, nb 54, enseigne que l'on doit répondre à cette question avec une distinction.

En outre, il doit être relevé sur cette matière que l'auteur, de façon très vraie, ci-dessous dans le liv. II, chap. XII, §§ 8 et 9, enseigne que la communauté de ce qui n'a pas été expressément retiré de la communauté statutaire avec un pacte dotal, en conséquence, il y aura une communauté de profit et de perte a été tacitement conservée entre les contractants, à moins qu'une autre chose n'ait été expressément disposée, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap. 12, nb 10 et 18 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 28 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 1. De là, il faut relever au passage que celui qui tourné des Questions de droit privé en propos des ancêtres n'a pas saisi à bon droit l'intention de l'auteur, alors qu'il a ainsi reçu le très grand président [de la Cour Suprême] comme s'il avait enseigné qu'une séparation des biens ayant été faite, avec cela même aussi, la communauté de profit et de perte avait été exclue, et le contraire a été répondu aussi dans le duché de Gueldre, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 17, nb 17, et cons. 48, nb 13 et 14. Parfois cependant, avec des conjectures, la communauté statutaire est présumée exclue, voir [Schomaker, *Consilia et responsa juris*] part. II, cons. 38, nb 46 et suivants, p. 320,

et en Frise, certaines choses, selon le droit lui-même, certaines, avec le seul pacte, entrent dans la communauté, voir Ulrik Huber, *Hedensdaagsche rechtsgeleerdheid* (*Jurisprudence contemporaine*), liv. I, chap. 1 nb 2 et suivants.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

XCVII. Parmi les pactes avec lesquels la puissance maritale est licitement contrainte dans les tablettes prénuptiales il y a celui avec lequel la possibilité d'aliéner les biens de l'épouse est supprimée, ce qui empêche l'aliénation des immeubles ou des dettes inscrites de façon certaine pour un créancier (*van obligatien, die op naam staan - des obligations qui portent sur le nom)*, bien que ces pactes n'aient pas été publiés, non obstant la loi de Hollande du 30 juillet 1624 jamais reçue dans l'usage.

XCVIII. Cependant, l'aliénation faite par le mari en son propre nom de meubles ou de chirographes tels qu'ils ne portent devant eux aucun nom ou ont été inscrits pour celui qui veut les produire (*van obligatien, die in blanco, of aan de toonder staan – des obligations qui sont en blanc ou au porteur)*, est considérée être valide, étant sauvegardée pour l'épouse l'action en indemnité contre le mari.

XCIX. À bon droit, l'épouse aussi stipule de n'être pas tenue de la dette durant le contrat de mariage, pourvu que toute communauté des biens et de profit ait été exclue. Ce qui a cependant été prêté pour une chose domestique peut être réclamé pour la moitié par l'épouse, qui aura un recours contre le mari ; voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 9 dans la note (d) ; *Decisien en observatien van den Hove van Holland*, decis. 396. N'est pas aussi requise en Hollande une telle publication de la convention.]

§ 25. Une femme mariée peut disposer par sa dernière volonté de ses biens comme il lui plaît, sans avoir besoin du consentement de son mari [108].

[**Note de Willem Schorer**

Bien qu'il n'y ait aucun doute qu'il y ait une très libre possibilité de tester pour l'épouse et que, pour cela, l'autorité du mari ne soit pas requise, cependant, à partir de la loi municipale de Daventer et de la province de l'Over-Ijssel, elle doit employer un curateur, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cap. 49, nb 25 et 26.]

[***Thses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

C. De même que la femme mariée, à l'insu du mari ou contre le gré de celui-ci, peut faire un testament, de même, à cause de mort, elle peut donner si seulement la propriété du bien donné est transférée après la mort.]

§ 26. De plus, il est connu que le lien matrimonial, tel qu'il a été ci-dessus dit, étant rompu, aussi, la garde du mari vient à cesser.

§ 27. La garde du mari cesse aussi ainsi, quand le mari est venu dans un tel état qu'il doit lui-même être placé sous la garde d'un autre [109], ce dont il sera parlé ci-après [110].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CI. La puisssance maritale n'est pas ôtée avec la folie du mari, mais suspendue, en argument D. 24, 3 *(Le mariage ayant été dissous, comment la dot est demandée)*, 22 § 7, à joindre à D. 1, 5 *(Du statut des hommes)*, 20 et D. 1, 6 *(De ceux qui sont autonomes en droit ou soumis au pouvoir d'autrui)*, 8. Cependant,

---

[108] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, cap. 41, art. 49 ; Sande, *Decisiones Frisicæ*…, II, tit. 4, defin. 4, aux mots *sextum et ultimum* ; Groenewegen, dans le même ouvrage, sur C. 5, 12 *(Du droit des dots)*, 25.

[109] (Note de Groenewegen) En argument, voir le début des *Institutes*, I, x.

« Les citoyens romains contractent entre eux de justes noces, eux qui, selon les commandements des lois, s'unissent, des mâles certes pubères, mais des femmes nubiles, qu'ils soient pères de famille ou filles de famille, pourvu cependant que les fils de famille aient le consentement de leurs parents sous la puissance desquels ils se trouvent. Car la raison naturelle persuade que cela doive être fait à un tel point que l'ordre des parents doive précéder. D'où, il a été demandé si la fille d'un pourra se marier ou le fils d'un fou pourra prendre une épouse. Du fait que, sur le fils, on a varié, notre décision s'est présentée, selon laquelle il a été permis qu'à l'exemple de la fille, le fils d'un fou aussi puisse sans l'intervention de son père, s'unir en mariage selon la mesure donnée à partir de notre constitution ».

[110] Dans le chapitre XI, § 6.

l'épouse réclamera de façon juste que l'administration de ses biens lui soit permise du fait de l'absence du mari.]

*

[27] Chapitre VI
Des enfants non morts [111]

§ 1. Par la NAISSANCE, les ENFANTS NON MORTS sont MINEURS, bien qu'ils aient la capacité d'administrer leurs affaires [112]. Je dis par la naissance, puisque l'adoption est inconnue ici. De ces enfants [nés] viables, la tutelle va au père qui, comme père et tuteur, parle pour eux en justice ; en outre, il a l'administration des biens qui leur sont arrivés par une succession ou autrement de la même manière que les tuteurs des orphelins le font [113] ; cependant, dans le cas de la dévolution d'une succession, les parents sont tenus de le faire savoir à la chambre des pupilles ou au tribunal qui alors, envisagent si l'administration d'une telle succession réclame ou non un gardien spécifique. Cependant, ce que les enfants, étant aux frais de leurs parents, par leur gain ou leur travail, viennent à gagner est dévolu en la pleine propriété de leurs parents [114].

---

[111] (Note du traducteur) En néerlandais, le terme ici utilisé par Grotius est le participe passé *onbestorven*, qui signifie "non mort". Ni le traducteur anglais ni le traducteur en latin n'ont retenu cette expression, le premier ayant traduit ce titre ainsi : *Of children whose parents are alive*, le second l'ayant traduit : *De liberis sub patria potestate*, aucune des deux traductions n'étant conforme au titre exact retenu par Grotius.

[112] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 1 § 3.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Et c'est pourquoi, aujourd'hui, jusqu'à cet âge, les jeunes gens* (adolescentes)*, avec l'aide de curateurs, sont gouvernés et, non avant, l'administration de leur bien ne leur devra pas être confiée, bien que pouvant administrer de bonne façon leur bien ».*

[113] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 70, 7. Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xviii *(De la tutelle légale des parents)*, et sur C. 6, 61 *(Des biens qui sont acquis aux enfants établis sous puissance à partir d'un mariage ou autrement et de leur administration)*, 8 § 4.

Nous ne reprendrons pas ici le texte en entier de C. 5, 70, 7 qui est extrêmement long et qui est une constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530. Nous n'en donnerons que le début qui permet de se faire une idée du contenu : *« Lorsqu'un fou, que tient une maladie perpétuelle, pour les saints parents, a été établi comme autonome, sans aucun doute, il ne peut avoir de curateur, parce qu'il suffit à lui pour le gouvernement des biens qu'à partir de son pécule des camps ou autrement, lui sont arrivés et, avant sa folie, lui ont été acquis ou, lors de sa folie, lui sont arrivés, ou pour ceux dont la propriété se présente seulement à lui. 1 - En effet, quel sentiment étranger trouvera-t-on comme tel pour vaincre l'affection paternelle ? Ou en qui d'autre faut-il croire pour gouverner les biens des enfants en délaissant les parents ? 1a - Quoique Tertullien, l'interprète de l'ancien droit, dans son livre unique, que, quant au pécule des camps, il a fait, dans le traitement d'un tel exposé, soit considéré toucher secrètement la même sentence, cependant, nous, très clairement, nous l'avons introduite. 1b - Mais, si au contraire, il arrive que les parents quittent cette lumière, notre constitution, que nous avons promulguée quant à ce qui, dans un testament, à un fou, doit être laissé ou avec une substitution de ceux-ci, restera dans sa force. 2 - Mais si au contraire, le fou sans interruption est autonome en droit, alors certes, dans la succession paternelle, qui est dévolue comme due à sa postérité, le doute de l'ancien droit est nul, du fait qu'il apparaît immédiatement et qu'il est un héritier en ligne directe pour ses parents … ».*

[114] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, ix *(Par le biais de quelles personnes il nous est acquis)*, § 1 ; C. 8, 46, 2 ; en argument D. 25, 3, 5 § 7 ; coutumes d'Anvers, chap. 36 *(De l'état et de la condition des personnes)*, art. 7 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 7, defin. 3 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 1 des *Institutes*, II, ix *(Par le biais dequelles personnes il nous est acquis).*

« § 1. En conséquence, vos enfants des deux sexes que vous avez sous votre puissance, autrefois, certes, tout ce qui leur arrivait (à savoir à l'exception des pécules des camps) était acquis aux parents sans aucune distinction ; cela devenait [la propriété] des parents, de sorte qu'il y avait pour eux la possibilité que tout ce qui avait été acquis par l'un ou par l'une de ceux-ci, à un autre ou à une personne extérieure, de le donner, le vendre ou, d'une quelconque façon qu'ils aient voulu le faire. Cela nous a semblé inhumain et, dans une constitution générale promulguée (cf. C. 6, 61, 6)*, nous avons cédé aux enfants et réservé aux pères les dettes. Le fait est qu'il a été consacré par nous que, si quelque chose, du bien du père, leur arrivait, selon l'ancienne observation, il acquérait le tout au père (en effet, quelle est l'envie que ce qui, à partir d'une occasion du père, a obtenu des résultats lui soit retourné ?) ; mais ce qu'à partir d'une autre cause, pour lui, un fils de famille a acquis, il en acquerra certes au père son usufruit, mais la propriété restera auprès de lui, afin que ce que cela a ajouté pour lui avec ses travaux ou une fortune prospère, lui arrivant, n'en vienne pas pour lui à une autre douleur ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 113 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne que le père administre les biens qui sont acquis par ses enfants mineurs, à moins que ceux qui, aus enfants, laissent quelque chose, n'aient nommément désigné des tuteurs, ce qu'ils peuvent faire ; en tout, il est à propos de le faire, afin qu'autrement, la Chambre des pupilles, à raison d'un seul héritier trouvé parmi plusieurs cohéritiers, ne se mêle à la succession à raison d'un office et d'une charge et ainsi, le montant de la succession est dévoilé ; il faut observer en outre ce que les enfants, avec leur travail et leur industrie, acquièrent, ta,ndis qu'ils sont nourris par le parents, est ainsi acquis aux parents, afin que les enfants, à ce titre, n'en déduisent particulièrement rien ; en conséquence, tout cela sera compensé avec les aliments, bien que le père ou la mère, les biens du parent prédécédé ayant été assignés, ait promis de nourrir les enfants.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CII. Bien que l'adoption des enfants ne soit pas usitée en Hollande, rien n'empêche cependant que non seulement un adrogation soit à bon droit faite, mais aussi, une adoption faite dans un cas particulier, voir Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 69.

CIII. La succession déférée aux fils de famille par un étranger, non par le père selon le droit de sa puissance, mais par celui-ci entant que tuteur, ou par un autre auquel la tutelle a été déférée par le testateur ou par les magistrats sur les pupilles, est administrée ; voir la loi sur les pupilles de Leyde, art. 30, de Rotterdam, art. 30 et 31, de Flessingue, art. 33 ; et cela a été spécialement disposé dans la loi de Midelburg le 10 août 1765.

CIV. Les fils de famille auront les choses particulières qu'ils acquièrent à partir du service des deux, aussi après la mort du père, selon le droit du pécule des camps. Mais ils cèdent au père ce qu'ils gagnent à partir de leur industrie, aussi à la mère par laquelle ils sont nourris selon le droit du pécule profectice (*i. e.* qui provient du père ou du grand-père). À cela cependant, ne sont pas à bon droit rapportés les dons réunis sur eux par les soutiens à partir du baptême, comme l'a autrefois jugé la Cour Suprême chez van Leeuwen, *Het Rooms-Hallanss recht*, liv. II, chap. 16, nb 7.]

§ 2. En outre, combien les enfants sont soumis à leurs parents dans ce qui concerne leur mariage a été montré ci-dessus [115].

§ 3. Le grand et particulier pouvoir du père sur les enfants qui se trouvent sous sa main est inconnu dans ces pays [116]. Pour cette raison, l'enfant ayant obtenu son âge ne se voit pas interdire de disposer de son bien par une dernière volonté [117] ; le père n'a aucun usufruit **[28]** sur les mêmes biens de ses enfants [118] ; il ne peut pas aussi substituer par une dernière volonté

Constitution d'Antonien adressée à Maronia et donnée en 215 : *« De ce qu'agissant sous la puissance de ton père, tu as obtenu, la propriété a appartenu à ton père en dehors de ce qui n'est pas acquis ».*

Extrait du livre II *De l'office du consul* d'Ulpien : *« 7 - Mais, si le fils peut s'entretenir, les juges doivent évaluer de ne pas devoir décider pour lui des aliments. Enfin, de même, le divin [Antonin] le Pieux a dit dans un rescrit : "Abordés par toi, les juges compétents ordonneront que tu sois nourri par ton père à la faveur de la mesure des richesses de ce dernier, si seulement, alors que tu dis être artisan, dans cette maladie, tu te trouves, de sorte qu'avec tes travaux, tu ne puisses pas y suffire" ».*

[115] Dans le chapitre V, §§ 14-15.

[116] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, ix *(De la puissance paternelle)*, § 2.

[117] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xii *((Ceux auxquels il n'est pas permis de faire un testament)*, pr. Cela diffère les lois écrites, D. 28, 1, 6 pr.

Extrait du livre XVII sur l'*Edit provincial* de Gaius : *« Celui qui, sous la puissance de son père, se trouve n'a pas le droit de faire un testament, à un point tel que, même si son père le lui a permis, il ne peut en rien, légalement, plus tester ».*

[118] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, tit. 36 *(Du statut et de la condition des personnes)*, art. 10 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, ix *(Par le biais de quelles personnes il nous est acquis)*, § 1. Ceci diffère des lois romaines, C. 6, 60, 1 et indistinctement tout le titre *(Des biens maternels et de la catégorie maternelle)*, et C. 6, 61, 6.

Constitution de Constantin adressant son salut aux consuls, aux préteurs, aux tribuns de la plèbe et au Sénat en 319 : *« Les biens qui, de la succession de la mère, ont été dévolus aux fils, seront sous le pouvoir des pères d'une façon telle qu'ils aient seulement la possibilité d'en jouir, à savoir, leur propriété appartenant aux enfants. 1 - Mais les pères, dans les mains desquels se trouve seulement le pouvoir d'user et de jouir des biens maternels, doivent employer tout leur soin pour protéger le bien, parce que, légalement, il est dû aux fils lors du contrôle [fait] par lui ou par un procurateur de réclamer les frais des fruits, de le faire avec diligence, de résister à*

ses jeunes enfants [119] ; mais il doit laisser leur bien selon le droit de succession ; pour la même raison, l'adoption des enfants n'est pas non plus utilisée par nous [120].

[**Note de Willem Schorer sur la note 118 de Groenewegen van der Made**

---

ceux qui intentent un procès et ainsi, de tout faire, en tant qu'ils administrent la totalité, la propriété parfaite et la personne légale, d'une façon telle que, s'ils ont voulu aliéner un bien, l'acheteur ou celui auquel le bien est donné observe de ne pas recevoir, le sachant ou l'ignorant, la partie de ces biens qu'il a été interdit d'aliéner. 2 - En effet, le père doit faire voir que le bien qu'il donne ou vend appartient à un droit propre ; et pour l'acheteur, s'il l'a voulu, il sera permis de recevoir un garant, parce qu'il ne pourra opposer aucune prescription aux fils qui réclament un jour leur bien ».

Du second texte qui est beaucoup plus long, nous ne donnerons ici que les deux premiers paragraphes qui, formant à peu près la moitié de l'ensemble de ce texte, suffisent à comprendre ce que la constitution entendait régler.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donné en 529 : *« Du fait qu'il faut qu'un semblable prévoyance tant aux pères qu'aux enfants, soit apportée, mais que nous avons trouvé que, dans l'observation de l'ancien droit, il y avait beaucoup de choses qui, de l'extérieur, venaient aux fils et n'étaient pas acquises aux pères, de même que pour les biens maternels ou ce qui leur arrive à partir du gain du mari, de même, pour ce qui est acquis à partir d'autres causes aux fils de famille, nous introduisons une certaine détermination. 1 - Si un fils de famille, pour cette raison, établi sous la puissance de son père, de son grand-père ou de son arrière-grand-père, a acquis quelque chose pour lui non à partir de la richesse de celui sous la puissance duquel il sera, mais pour d'autres quelconques causes, ce qu'à partir de la libéralité de la fortune ou ses travaux, vient à lui, il ne l'acquiert pas en pleine propriété comme cela avait été antérieurement consacré, mais seulement jusqu'à un usufruit et l'usufruit en sera établi certes chez le père, le grand-père ou l'arrière-grand-père, sous les peines desquelles il aura été établi et restera, mais la propriété s'attachera aux fils de famille à l'exemple tant des biens maternels acquis aux fils de famille qu'aux biens acquis à raison des noces. 1a - Le fait est qu'ainsi, rien ne sera ôté au père qui possède l'usufruit des biens et les fils ne déploreront pas ce qu'ils ont possédé à partir de leurs peines, a voyant que cela doit être transféré à d'autres, à des étrangers ou à leurs frères, ce qui aussi, pour beaucoup, est considéré plus grave. 1b - A l'exception des pécules des camps dont les anciennes lois accordent que ni le père, ni le grand-père, ni l'arrière-grand-père n'ont l'usufruit, pour ceux-ci, en effet, nous n'innovons en rien, mais conservons les anciens lois intactes. La même chose étant observée aussi pour ces pécules qui, comme des pécules quasi des camps, à l'instar du pécule des camps, se sont ajoutés. 1c - Cependant, sous cette détermination, nous introduisons cet article de loi, pour que, dans la succession, certes, des biens qui, de l'extérieur, sont acquis aux fils de famille, les mêmes droits soient observés qui, pour les biens maternels et nuptiaux, ont été statués. 2 - Mais les fils de famille n'oseront pas espérer une hypothèque à l'encontre des biens de leur père vivant ou déjà mort ni leur porter des chicanes sur l'administration, mais seulement sur l'aliénation ou l'hypothèque des biens refusée en leur nom aux pères, le père aura le plus entier pouvoir d'user et de jouir de ces biens qui, par l'intermédiaire des fils de famille, selon la manière ci-devant dite, sont acquis. 2a - Et le gouvernement de ceux-ci sera tout à fait impuni et, en aucune façon, le fils ou la fille de famille n'osera, ou par la suite, les personnes interdire que celui sous la puissance duquel ils se trouvent, détienne ces mêmes biens ou les gouverne comme il l'a voulu, ou bien, s'ils avaient fait cela, la puissance paternelle doit être exercée sur eux ; mais le père ou les autres personnes qui ont été énumérées plus haut, auront le plus entier pouvoir d'n user et d'en jouir, et de gouverner les biens acquis de la façon ci-devant dite. 2b - Et, si le père , le grand-père ou l'arrière-grand-père, à partir de leur usage, a rassemblé quelque chose, il aura la possibilité d'en disposer comme il le souhaite et de le transmettre aux autres héritiers, ou si, à partir des fruits de ces biens, il a acheté des biens meubles ou immeubles ou qui se meuvent eux-mêmes, il les obtiendra aussi comme il l'a voulu, les transmettra et les transférera à d'autres soit étrangers, soit ses enfants ou n'importe quelle personne. 2c - Mais, si au contraire, le père n'a pas voulu détenir pour lui de la façon rappelée les biens acquis, mais les a laissés chez son fils ou sa fille, ou par la suite, chez des personnes, après la mort de celui-ci, les autres héritiers du père, du grand-père ou de l'arrière-grand-père n'auront pas ce même droit d'usage ou réclamer pour eux ce qui, de cela, est arrivé aux fils de famille, vu que cela était dû au père, mais comme ayant été fait avec une donation de chaque jour au fils qui a détenu l'usufruit qu'il avait fallu que le père obtienne, ainsi, la cause est-elle entendue que lui-même, après la mort de son père, profitera de l'usufruit, le père n'ayant pas transmis à sa descendance ou à sa succession le droit de réclamer comme lui ayant été dû par le fils qui possédait l'usufruit avec son consentement, dans la mesure où, en pleine paix entre eux, sa succession demeurera que l'occasion d'une certaine dispute ne naisse pas entre les frères (…) ».*

[119] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xvi *(De la substitution pupillaire)*. Ceci est différent des lois romaines, voir tout le titre des *Institutes*, II, xvi *(De la substitution pupillaire)*.

Comme le contenu de ce titre est assez long, nous nous contenterons d'en donner un aperçu à partir de son seul prologue. *« À ses enfants impubères que quelqu'un a sous sa puissance, non seulement, comme nous l'avons dit ci-dessus, il ne peut pas faire une substitution, c'est-à-dire pour que, s'ils n'étaient pas pour lui des héritiers, un autre soit pour lui un héritier, mais en plus pour que, s'ils étaient pour lui des héritiers, et qu'ils étaient morts encore impubères quelqu'un soit pour eux héritier. Comme si quelqu'un disait de cette façon : "Que Titius, mon fils, soit pour un héritier ; si mon fils n'est pas pour moi héritier, s'il est héritier et qu'il est mort avant d'enter dans sa propre tutelle" (c'est-à-dire qu'il est devenu pubère), "qu'alors, Seius soit héritier". Dans ce cas, si, certes, le fils n'était pas héritier, alors le substitué devient un héritier pour le père ; mais, si le fils était un héritier et qu'avant sa puberté, il fût mort, pour le fils lui-même, le substitué sera héritier. Car, dans les mœurs, il a été établi que, quand ils sont de cet âge dans lequel eux-mêmes ne peuvent pas faire pour eux de testament, les pères le feront pour eux ».*

[120] Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur Institutes, I, xi *(Des adoptions)*.

Le père n'acquiert pas l'usufruit des biens qui viennent de l'extérieur ; nous verrons cependant sur le liv. II, chap. XXXIX, § 3, que, chez les Frisons, ceux qui ont été soumis au droit romain de façon plus étroite l'obtiennent. Mais le pécule qui provient du père ou du grand-père est encore aujourd'hui acquis au père, à ce qui vient du père ou du grand-père, appartiennent les dons réunis par les soutiens quant aux fonds baptismaux pour les enfants reçus, à moins qu'une autre chose, nommément, n'ait été dite au moment de la donation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 15, tit. 1, nb 4. Dans les différents statuts des places, tout ce qui vient aux 5enfants] non émancipés de personnes étrangères est acquis au père, voir la coutume de Lille, chap. 5, art. 20, d'Audenarde, rubr. 17, art. 8 et de Louvain aussi ; ce qu'acquiert l'enfant né par succession, et cela sans la charge de rendre des comptes, mais de le nourrir et de l'éduquer selon sa condition, voir Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 8, nb 4, auquel peut être ajouté Johan Decker van Walhorn, *Dissertationes juris*, lib. II, dissert. 4, nb 3, p. 128.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CV. Le père, bien qu'il n'ait pas l'usufruit des biens qui vviennent du père ou du grand-père du fils mineur, l'galement, réclame cependant que les enfants soient nourrir à patir de là. Nous ne sommes pas trompés avec l'exemple dans lequel la Cour a adjugé le 5 décembre 1736 tous les revenus d'une riche succession laissée au fils par le grand-père à la mère survivante, voir Lybrechts, *Beredeneerde vertoch*, t. I, p. 316 dans les notes.

CVI. La substitution pupillaire n'a pas été usitée chez nous et c'est pourquoi la Cour, à partir des biens d'un impubère provenant du père, a adjugé la légitime et la Trébellianique aux héritiers ab intestat le 10 novembre 1632. Mais, Johan Loenius a signalé à bon droit, dans sa *decis. 57*, que le reliquat appartenait au subsitué, pas même selon le droit d'un fidéicommis, mais, comme il semble, par cette substitution quasi-militaire qui a été permise à n'importe quel testateur dans le droit hollandais, comme je le dirai ci-dessous sur le liv. II, chap. XVIII, § 21.]

§ 4. Les enfants [nés] viables deviennent majeurs par mariage [121] ou émancipation, laquelle se produit dans le tribunal [122] ou tacitement, à savoir quand un enfant se voit permettre d'avoir un logement pour lui-même et de faire des trafics [123]. Les enfants, étant par l'un de ces moyens libérés de la puissance paternelle, deviennent par cela l'administrateur de leurs biens et peut ester en justice ; restant en outre toujours redevable de montrer une obéissance et tout respect envers leurs parents selon la loi positive naturelle et divine [124].

---

[121] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, ix *(De la puissance paternelle)*, § 3. Cela est différent des lois écrites, D. 4, 4, 2.

Extrait du livre XIX *Sur les Lois Julia et Papia* d'Ulpien : *« Et, par le biais de leurs enfants, ils ne recevront pas leur bien de façon plus prompte des curateurs. En effet, parce que, dans les lois, est disposé, que, chaque année, par chaque enfant, cela soit remis, le divin Sévère dit que cela regarde les honneurs et non le fait de recevoir leur bien ».*

[122] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes*, I, xii *(De quelles façons la puissance paternelle est dissoute)*, § 6 ; Bugnon, *Des lois abrogées*, III, synt. 143.

« § 6. En outre, avec l'émancipation aussi, les enfants cessent d'être sous la puissance des pères. Mais cette émancipation, antérieurement certes ou par l'ancienne observation des lois, procédait qui, par le biais de ventes imaginaires et d'affranchissements qui intervenaient, était faite ou bien à partir d'un rescrit impérial. Mais notre prévoyance a réformé cela en mieux par une constitution (cf. C. 8, 48 (49), 6)*, afin que, la première fiction ayant disparu, par une voie directe, devant les juges compétents ou les magistrats, les pères viennent et relâchent de leur puissance leurs fils ou leurs filles, leurs petits-fils ou petites-filles et ainsi de suite. Alors, à partir de l'édit du préteur, pour les biens de ce fils ou de cette fille, de ce petit-fils ou cette petite-fille qui ont été affranchis par leur père, les mêmes droits soient fournis au père, qui sont accordés au patron sur le biens de son affranchi ; en outre, si le fils, la fille ou les autres sont impubères, le père, à partir de l'affranchissement, lui-même obtient leur tutelle ».*

[123] (Note de Groenewegen) Voir Novelle XXV de Léon à la fin ; coutumes d'Anvers, tit. 43 *(Des enfants mineurs et des personnessou tutelle)*, art. 73 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 48 *(De l'émancipation des enfants)*, 3. Mais cela n'a pas lieu en Frise ; voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, II, tit. 7, defin. 6.

Novelle de l'empereur Léon adressée à Stylianus, Maître des offices, (sans date) : *« … Le fait est que, si les esclaves une fois libérés du joug, pourvu qu'ils n'apparaissent pas mauvais, ne sont pas de nouveau contraint de le traîner, comment n'est-il pas indigne d'envoyer les fils libérés de la puissance paternelle de nouveau sous un joug et qu'eux-mêmes soient privés de la liberté perpétuelle dont, comme je l'ai dit, les esclave aussi jouissent ? ».*

[124] (Note de Groenewegen) Voir Ex 20, 12 ; ci-dessus chap. V, §§ 12-13.

« 12. Honore ton père et ta mère, afin que se prolongent tes jours sur la terre que te donne Yahweh ton Dieu ».

[**Note de Willem Schorer sur la note 121 de Groenewegen van der Made**

Qu'en est-il si la femme mineure devient veuve ? Il est controversé [de savoir] si, de nouveau, la puissance paternelle revit ou si elle tombe sous la puissance d'un tuteur. Voet, dans son *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 7, nb 14 et 15, pense qu'elle ne revient sous aucune des deux et ainsi, cela a-t-il été répondu, voir De Haas, *Nieuwe Hollandsche consultatien*, cons. 34, et cela a été statué de la même façon dans la coutume de Bourgogne, rubr. 21, art. 11 et ici, De Haas dans ses notes, en ce qu'une fois dissoute avec la mesure légale, la puissance ne pourra pas être ranimée sans une loi, ce qui, cependant, n'est pas ainsi observé partout, comme nous l'avons vu dans le chapitre V, sur la note 84, et quant aux usages de la Gueldre, tant à raison des veuves que des veufs, il a semblé le contraire triomphait, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, tit.49, nb 40 et suivant.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CVII. L'émancipation expresse des enfants, non entièrement inconnue autrefois (voir Rooseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 39, art. 8), est aujourd'hui à peine employée, du fait qu'à sa place, sera ordinairement employée l'obtention de la faveur de l'âge.]

§ 5. En dehors de ces deux moyens, la tutelle du père est aussi terminée quand le père est lui-même mis en tutelle [125].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CVIII. La puissance paternelle est dissoute une fois accompli l'âge de 25 ans, non cependant dans la cause [relative au] contrat de noces. De même, il faut le dire quant à une dignité plus grande.

CIX. De même que, dans le droit romain, la puissance paternelle est ôtée par une déportation, de même, la raison de notre droit demande qu'à raison d'une peine semblable à la déportation ou d'un exil, les enfants, de la puissance paternelle, retombent sous la puissance maternelle ou soient éduqués ou gouvernés par des tuteurs, ce à quoi mènent la plupart des lois pupillaires, Alkmaar, tit. 4, art.13 ; Monickendam, Purmerendam, Enkhuizen, Graft, Zype, de même ; Briel, art. 70 ; Flardingue, art. 52 ; Gouda, art. 92 ; Leyde, art. 60 ; Medemblick, art. 50 ; Gorinchem [ou Gorkum], art. 46 ; Amsterdam, art. 33 ; Rotterdam, art.33 ; Dordrecht, art. 50 ; Middelburg, art. 50 et 51.]

*

[29] Chapitre VII
Des pupilles sous âgés et de la nomination de leurs tuteurs

[125] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xiv *(Ceux qui peuvent nommer un tuteur dans leur testament)*, § 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 1, 6 *(De ceux qui sont autonomes en droit ou dépendant du droit d'un autre)*, 8. Néanmoins, dans de tels cas, la puissance paternelle reste inaltérée selon les lois romaines, voir ledit texte de D. 1, 6, 8.

« § 2. Le fou ou le mineur de [moins de] vingt-cinq ans nommés comme tuteur dans un testament sera tuteur lorsqu'il est devenu sain d'esprit ou majeur de vingt-cinq ans ».

Extrait du livre XXVI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Avec un père fou, les enfants sont néanmoins sous la puissance de leur père ; il en est de même pour tous les parents qui ont des enfants sous [leur] puissance. Car, alors que le droit de la puissance [paternelle] a été reçu par les mœurs et que nul ne peut mettre un terme [au fait] d'avoir sous [sa] puissance, à moins que les enfants ne soient partis dans ces cas où ils le font ordinairement, il ne faut nullement douter qu'ils resteront sous puissance. C'est pourquoi il aura sous [sa] puissance non seulement ces enfants qu'il a générés avant sa folie, mais aussi ceux qui ont été mis au jour lors de la période de folie, s'ils ont été conçus avant la folie. Mais, si son épouse conçoit alors qu'il est en pleine folie, il faut voir si le fils naît sous sa puissance ; car, quoiqu'un fou ne puisse prendre une épouse, il peut cependant conserver le mariage ; alors qu'il était ainsi, il aura un fils sous [sa] puissance. De même, si son épouse est folle, l'enfant conçu antérieurement d'elle naît sous [sa] puissance ; mais, s'il a été conçu par lui lors de sa folie [à elle], lui qui n'était pas fou, [l'enfant] naîtra sans aucun doute sous [sa] puissance, parce que le mariage était conservé. Mais, si les deux [époux], le mari et la femme, le font lors de [leur] folie et qu'alors, ils conçoivent, l'enfant naîtra sous la puissance du père, comme si des restes de volonté demeuraient pour les fous : car, du fait que le mariage demeure quand l'autre [époux] est fou, il demeurera, si l'un et l'autre [le sont]. 1 - Aussi le père fou retient-il sous sa puissance, à un point tel que lui sera acquis l'avantage de ce que le fils a acquis ».*

§ 1. Ceux qui, par INCAPACITÉ DE SE GOUVERNER EUX-MÊMES, sont MINEURS, sont en général appelés des PUPILLES. Ceux-ci sont SOUS ÂGÉS ou EN ÂGE.

§ 2. Pour des PUPILLES, sont tenus chez nous tous les ORPHELINS ou les ENFANTS ORPHELINS DE PÈRE ou DE MÈRE QUI SONT EN-DESSOUS DE LEUR VINGT-CINQUIÈME ANNÉE.

§ 3. Anciennement, en Hollande, on pouvait être un jeune homme à ses quatorze ans, une jeune fille à ses douze ans. Par la suite, on a allongé de temps à dix-huit en, finalement, à vingt-cinq ans, étant inconnue chez nous la différence que les lois romaines font entre la première minorité qui se trouve sous des tuteurs et la seconde qui se trouve sous des curateurs [126].

[**Note de Willem Schorer**

Étant inconnue chez nous. Dans nos usages, Paul van Christijnen [dit] dans ses *Decisiones Curiæ Belgicæ*, decis. 148, nb 14, qu'il n'y a aucune différence entre une tutelle et une curatelle ; de même, dans les régions de l'Allemagne inférieure et surtout à Malines ; van der Marck, dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 304, et Pierre Goudelin dans ses *Commentariorum de jure novissimo Libri sex*, lib. I, cap. 18 à la fin, quant à toute la Belgique, rapportent que cela triomphe aussi dans les usages au-delà de l'Ijnssel, de Drenthe, de Groningue et de l'Ommeland.

Ce qui, aux Frisons qui observent de façon plus serrée le droit romain, a agréé, voyez chez Huber, *Friesische hedendaagsche rechtsgeleerdheid*, liv. I, chap. 15, nb 2 et nb 15 et suivant.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CX. L'âge légal qui maintenant, libère ordinairement de la tutelle, quoiqu'il eût été dans les lois suivantes, de 25 ans, ceux-ci ont permis aux magistrats de laisser partir plus rapidement d'eun tutelle les jeunes gens appropriés et frugaux à partir de l'avus des proches, voir le statut de Leyde de 1583, art. 104 ; la loi pupillaire d'Amsterdam, art.24 ; de Rotterdam, art. 38 ; de Haarlem en 1596, de Dordrecht en 1639, art. 59 ; les coutumes de Middelburg, rubr. 15, art. 10 et 11 ; la loi pupillaire de Middelburg, art. 52, 53 et 54 ; dans l'usage, cependant, il s'est renforcé de sorte que la faveur de l'âge est plutôt obtenue, dont il est seulement fait mention dans la loi pupillaire de Gorinchem, art.42.

CXI. La plupart des lois pupillaires attestent abondamment que la différence entre la tutelle des impubères et la curatelle des mineurs a pas abrogée chez nous.]

§ 4. Dans la tutelle des mineurs, il y a à remarquer le DÉBUT, l'AVANCEMENT et la SORTIE.

§ 5. Concernant le DÉBUT, on doit voir QUI peut être TUTEUR et COMMENT on devient tuteur.

§ 6. Ne peuvent pas être tuteurs ceux qui eux-mêmes se trouvent sous tutelle [127], ni des soldats [128], ni des femmes exceptées la mère et la grand-mère [129].

[**Note de Willem Schorer sur la note 127 de Groenewegen van der Made**

Il a été relevé que la tutelle était une charge publique et qu'en conséquence, elle ne pouvait être refusée par personne sans une juste cause, comme le dit aussi l'auteur sur ce chapitre dans la note 152. Qu'en est-il si, naturellement mineurs, avec une fiction du droit, comme par le biais des noces

---

[126] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, cap. 43, art. 66 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur Institutes, I, xxii *(de quelles façons latutelleest terminée)*, pr.

[127] (Note de Groenewegen) Voir Institutes de Justinien, I, xiv *(eux qui peuvent donner deds tuteurs dans un testament)*, § 2.

« § 2. Le fou ou le mineur de [moins de] vingt-cinq ans nommés comme tuteur dans un testament sera tuteur lorsqu'il est devenu sain d'esprit ou majeur de vingt-cinq ans ».

[128] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 34, 4. Mais cela est contre ledit traité *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxv *(Des exemptions de tutelle)*, § 14.

Constitution de Philippe adressée au soldat Emeritus et donnée en 244 : *« Celui qui est occupé aux charges d'un service armé, ni s'il est légitime, ni s'il a été nommé par un testament et quoiqu'il ne l'ait point voulu par un autre moyen, ne peut être fait tuteur ou curateur ; mais s'il l'a été fait par erreur et administre des biens, il sera poursuivi avec l'action d'administration d'affaires ».*

[129] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 35, 1.

Constitution d'Alexandre adressée Otacilia et donnée en 224 : *« Administrer une tutelle est une charge masculine et un tel devoir est au-delà du sexe de la faiblesse féminine ».*

ou de la faveur de l'âge obtenue du prince, ils sont devenus majeurs ? Pas même dans ce cas, bien qu'ils soient tenus pour des majeurs, ils ne sont contraints d'administrer une tutelle ou une curatelle, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 2, nb 5. Si, cependant, un mineur s'est dit majeur ou l'a simulé, que le tuteur nommé a reçu cette charge de façon dolosive, il est plus vrai qu'à partir de l'administration de cette tutelle, il est obligé de la même manière que s'il était véritablement majeur, du fait que les lois subviennent ordinairement non à ceux qui trompent, mais à ceux qui ont été trompés, voir Voet, *Commentarius ad Pandecats*, lib. 26, tit.2, nb 4 ; Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 22, defin. 18.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXII. Veux qui sont mineurs de 25 ans, bien qu'ils aient obtenu la faveur de l'âge ou aient commencé à être autonomes en droit pour les contrats de mariage, ne sont pas reçus à la tutelle des étrangers, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 2, nb 5, ce qu'approuvent les différentes lois pupillaires d'Alkmaar, de Monickendam, de Purmerendam, Graft, Zype, tit. 7, art. 13, de Briel, art. 111. La loi de Middelburg, art. 14, les excuse s'ils le veulent.

CXIIII. La raison de l'interprétation enseigne et ces lois pupillaires qui substituent un autre au tuteur datif et qui change de domicile obtiennent que les soldats doivent être excusés ; voir Rotterdam, art. 12 ; Enkhuizen, tit.7, art. 2 ; Medemblick, art. 19 ; Alkmaar, tit. 7, art. 5 etc. ; Flardingue, art. 20.

CXIV. La mère et la grand-mère peuvent être tutrices des enfants, excepté dans la ville de Flardingue, voir la loi pupillaire, art. 17 ; non cependant, comme il semble, si les mineurs sont de 25 ans, voir en argument C. 5, 35 *(Quand une femme peut s'acquitter d'un office de tutelle)*, 2, la Novelle CXVIII, cap. 5 ; et le contraire n'est pas prouvé à partir des décisions dans la cause d'un illustre chez Aizema, *Zaaken van Staat en Oorlog - Affaires d'État et de guerre*, t. III, p. 554 et 556.

CXV. Le grand nombre de personnes qui ne sont pas admises à la tutelle est énuméré par les jurisconsultes dans les *Observatien over Grotius*, part. I, obs. 14, et dans le supplément, part. IV, p. 196.]

§ 7. Les tuteurs des pupilles mineurs sont ici dans le pays nommés par une DERNIÈRE VOLONTÉ [130] ou par le MAGISTRAT [131].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXVI. Les tuteurs testamentaires, sans certains endroits, ont besoin de la confirmation des magistrats pupillaires, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, tit.7, art. 2 à 8 ; de Monickendam, Purmerendam, Graft, Zype dans ledit endroit ; de Briel, art. 106 et suivant ; d'Enkhuyzen, tit.7, art. 4 ; de Middelburg, art. 20 ; mieux, ils peuvent être exclus si les mineurs sont appropriés, Enkhuyzen, tit.7, art. 8 ; Alkmaar, tit.7, art. 12 ; Monickendam, etc. ; Briel, art. 110 ; ailleurs cependant, étant exclu le collège pupillaire, ils sont simplement tenus de montrer un exemplaire de la dernière volonté avec laquelle ils ont été nommés et de recevoir la tutelle ; voir la loi pupillaire du Rijnland, art. 11 ; de Leyde, art. 10 ; de Flardingue, art. 8 à la fin et art. 10 à la fin ; de Medemblick, art. 27.]

[30] § 8. Car les tuteurs nés, que l'on appelle autrement légaux ne sont plus autant utilisés [132] par nous qu'auparavant. Cependant, dans le pays de Voorn, par le défaut de père ou de mère, le plus vieux ou le plus proche parent mâle doit accepter la tutelle, le plus proche du côté du père venant avant le plus proche du côté de la mère ; alors, si le plus proche [parent] ne pouvait pas donner de sûreté au pupille en terres ou en cautions, ainsi, on continuerait jusqu'au plus proche, jusqu'à ce que l'on en trouve un qui puisse donner garantie. Il est bien vrai que celui des parents qui vit le plus longtemps, n'étant pas déjà mis en place comme tuteur par une dernière volonté ou par le magistrat, est toujours tenu du contrôle qui lui appartient d'après la loi naturelle et la loi positive divine ; et, pour cette raison, sur le mariage des enfants, il a le principal mot à dire,

[130] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre 2 *(De la tutelle testamentaire)* du livre 26 du Digeste. Ce titre comporte en tout 34 extraits.

[131] (Note de Groenewegen) Voir Zipæus [van der Zype], *Noticia juris Belgici*, *de tutoribus*, au mot *tutela.*

[132] (Note de Groenewegen) Voir ledit traité *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xv *(De la tutelle agnatique légale)*.

comme aussi sur l'éducation des enfants, on a égard à son conseil particulier [133]. Mais tous les actes judiciaires sont faits au nom du tuteur auquel appartient aussi l'administration des biens [134].

[**Note du Willem Schorer sur la note 132 de Groenewegen van derMade**

Des traces de la tutelle légale subsistent à peine chez nous, du fait que tous sont des tuteurs donnés. De là, maintenant, ne manque pas que la chambre des pupilles choisisse à partir de plusieurs personnes du même degré, celui-ci ou celui-là, alors qu'aussi, elle choisit les plus éloignés, les plus proches ayant été laissés de côté, pourvu qu'elle pense ceux-ci appropriés, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.26, tit.4, nb 4, l'auteur dans ce chapitre, § 10 à la fin, de Haan dans ses notes sur la coutupme de Bruges, tit. 30, art.1. À partir de ce principe, dans un cas de révision dans le Brabant, il a été jugé le 10 juillet 1651 que l'octroi de la tutelle faite faite en laissant de côté les plus proches non moins que les appropriés, était clandestin, voir Stockmans, *Decisiones* Brabantiæ, decis.117. Johan van Heemskerk, dans sa *Batavische Arcadia*, p. 141, rappelle aussi un illustre exemple de tutelle dative (s'il est permis par le prince à une personne privée de l'examiner), le plus proche ayant été laissé de côté, non moins peut-être approprié.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXVII. Dans ce sens, doit être entendue la loi pupillaire d'Alkmaar, tit. 7, art. 2, [qui dit] que les tuteurs légaux qui, selon le droit lui-même, sont appelés à la tutelle, quoique le droit commun de Hollande ne les reconnaisse pas, doivent être établis comme tuteurs cependant les proches parents par les maigtrats en charge des pupilles, s'ils sont appropriés, et cette séparationdoitêtre corrigée à partir des lois de Monickendam, de Purmerendam, Graft, Zype, tit.7, art.2 ; de Briel, art.100 ; cependant, Grotius enseigne à bon droit que, sur le territoire de Voorn, autrefois, selon le droit mui-même, la tutelle avait été déférée au proche parent ; ce qui triomphe aussi ailleurs, à savoir en Zélande, voir le statut de Zélande, chap.2, art. 27 ; en Hollande su Sud, voir van der Eyck, *Privilèges de la Hollande du Sud*, p. 131, et dans la cité de Dordrecht, *Coutume de Dordrecht*, art. 65, chez van de Wall, *Privilèges de Dordrecht*, p. 1351.]

§ 9. Par une DERNIÈRE VOLONTÉ, les tuteurs sont nommés par la mère [135] comme par le père, lesquels ont sur cela, un même pouvoir, d'une façon telle aussi qu'un tuteur étant nommé

---

[133] (Note de Groenewegen) En argument voir C. 5, 70, 7 ; Zipæus, *Noticia juris Belgici*, *de tutoribus*, au mot *tutela.*

Comme ci-dessus, nous ne proposerons que le début de ce long texte : Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Lorsqu'un fou, que tient une maladie perpétuelle, pour les saints parents, a été établi comme autonome, sans aucun doute, il ne peut avoir de curateur, parce qu'il suffit à lui pour le gouvernement des biens qu'à partir de son pécule des camps ou autrement, lui sont arrivés et, avant sa folie, lui ont été acquis ou, lors de sa folie, lui sont arrivés, ou pour ceux dont la propriété se présente seulement à lui. 1 - En effet, quel sentiment étranger trouvera-t-on comme tel pour vaincre l'affection paternelle ? Ou en qui d'autre faut-il croire pour gouverner les biens des enfants en délaissant les parents ? 1a - Quoique Tertullien, l'interprète de l'ancien droit, dans son livre unique, que, quant au pécule des camps, il a fait, dans le traitement d'un tel exposé, soit considéré toucher secrètement la même sentence, cependant, nous, très clairement, nous l'avons introduite. 1b - Mais, si au contraire, il arrive que les parents quittent cette lumière, notre constitution, que nous avons promulguée quant à ce qui, dans un testament, à un fou, doit être laissé ou avec une substitution de ceux-ci, restera dans sa force. 2 - Mais si au contraire, le fou sans interruption est autonome en droit, alors certes, dans la succession paternelle, qui est dévolue comme due à sa postérité, le doute de l'ancien droit est nul, du fait qu'il apparaît immédiatement et qu'il est un héritier en ligne directe pour ses parents (…) ».*

[134] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre 7 *(De l'administration et du risque des tuteurs et des curateurs qui ont administré ou non)* du livre 26 du Digeste et le titre 37 *(De l'administration des tuteurs et des curateurs, du prêt ou du dépôt de l'argent du pupille)* du livre 5 du Code.

D. 26, 7 comprend 61 extraits ; C. 5, 37 comprend 28 constitutions.

[135] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 28 [*De la tutelle testamentaire*], 4. Ici, le droit hollandais est différent des lois romaines, suivant lesquelles une mère ne peut nommer aucun tuteur sur ses enfants, voir D. 26, 2, 1, D. 26, 7, 40 et C. 5, 35, 1.

Ces trois textes seront donnés dans leur ordre de citation.

Extrait du livre XII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Dans la Loi des XII Tables, il a été permis aux parents, à leurs enfants du sexe féminin ou masculin, si, seulement, sous leur puissance, ils se trouvent, de donner des tuteurs avec un testament. 1 - De même, nous devons savoir qu'aussi, aux fils posthumes, aux petits-fils ou aux autres enfants, il est permis aux parents, avec un testament, de donner des tuteurs qui, seulement, dans cette situation, se trouveront, [à savoir] que, si, celui-ci étant vivant, ils sont nés, sous sa*

par celui qui meurt le premier, celui qui vit le plus longtemps par la suite peut aussi nommer des tuteur avec le même droit [136], et il obtient cette place aussi bien pour veiller aux enfants nés qu'aux enfants non nés [137] ; mais il est nécessaire que l'on nomme les tuteurs ou qu'on les décrive de façon sûre [138], la sécurité de laquelle ne dépendant pas d'un certain hasard [139].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXVIII. À celui qui a à bon droit un tuteur [donné] par n'importe quel autre qui laisse quelque chose au pupille, est donné un tuteur, mais celui qui a été donné par le père prédécédé et qui commandera à la personne du pupille avec la mère, et, si, après la mort de la mère, à partir du testament de celle-ci, il reçoit un collègue, les offices ayant été conjoints, les deux s'acquitteront de la tutelle.

CXIX. L'usage fréquent et quotidien de la clause selon laquelle il est permis au tuteur de substituer un autre, atteste qu'une personne incertaine, à l'encontre de D. 26,2, 20 pr, et *Institutes*, II, xx *(Des legs)*, § 27, peut être aujourd'hui donnée dans un testament. Voir les lois pupillaires de Leyde, art. 21, de Gouda, art. 51. Vous douterez à bon droit [de savoir] si ; cependant, une garantie doit être remise à un tuteur incertain, en argument voir les *Institutes*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, pr.

---

puissance, ils se trouveront et qu'ils ne rompront pas le testament. 2 - De même, il ne faut pas ignorer que celui qui aura son fils sous sa puissance et le petit-fils né de lui également, sous sa puissance, si, au petit-fils, il a donné un tuteur, ainsi, à bon droit, il est considéré l'avoir donné, si le petit-fils, après la mort de celui-ci, sous la puissance de son père, ne va pas être replacé ; ce qui arrive, si, du vivant du testateur, le fils, sous la puissance de ce dernier, a cessé de se trouver ».

Extrait du livre VI des *Réponses* de Papinien : *« À son fils impubère, un centurion a donné un curateur. Le décret du préteur n'ayant pas été suivi, si le curateur donné n'a rien administré, au risque de son obstination ou de sa négligence, il ne sera pas astreint ; car le privilège des soldats, à l'injure d'autrui, ne doit pas être étendue et, aux autres choses, pour la dernière volonté, le pardon de l'ignorance ne doit pas être accordé [autrement] que sur les biens des soldats, mais la tutelle du fils, selon le droit de la puissance paternelle, non en récompense du service armé, est confiée ».*

Constitution d'Alexandre adressée Otacilia et donnée en 224 : *« Administrer une tutelle est une charge masculine et un tel devoir est au-delà du sexe de la faiblesse féminine ».*

[136] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxiii *(Des curateurs)*, § 5. Ceci est différent des lois écrites, voir D. 26, 2, 27 et tout le titre de C. 5, 36 *(Dans quelles causes, à celui qui a un tuteur, un tuteur ou un curateur peut être donné).*

Extrait du livre XIV des *Discussions* de Tryphoninus : *« De même, il sera fait, s'il est défendu au nom du pupille que le père est mort intestat et que le testament, au nom du pupille, est réputé faux et si l'oncle paternel, qui va être le tuteur légal est intestat, parce qu'à celui qui a un tuteur, un tuteur ne peut pas être donné. Car, de façon plus avantageuse, celui-ci même qui, dans l'écrit, est inclus, par le préteur, sera donné, afin que, sans préjugé du procès, le juste tuteur devienne le répondant, envers le pupille, pour ce procès. 1 - Mais, lorsque l'oncle paternel lui-même, que le pupille disait être un tuteur légal pour lui, a accusé frauduleusement le fils d'avoir été substitué et a soutenu qu'à lui, revenait la succession légale, Julianus a répondu qu'un autre tuteur devait être demandé ».*

Le titre de C. 5, 36 comprend cinq constitutions.

[137] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xiii *(Des tutelles)*, § 4.

« § 4. Mais, du fait que, dans de nombreuses autres causes, les enfants posthumes sont tenus pour déjà nés, dans cette cause, on a décidé que, non moins à des enfants posthumes qu'à ceux déjà nés, dans un testament, des tuteurs pouvaient être donnés, de sorte que, s'ils, leur parents étant vivants, ils naissaient, ils deviendraient leurs héritiers légaux et seraient sous leur puissance ».

[138] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 2, 20 et 30.

Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Un tuteur incertain ne peut pas être donné. 1 - Avec un testament, nous pouvons donner n'importe qui comme tuteur, que celui-ci soit consul ou préteur, parce que la Loi des XII Tables confirme cela ».*

Extrait du livre VI des *Questions* de Paul : *« Il y a deux Titius, le père et le fils ; un Titius a été donné comme tuteur et n'apparaît pas celui auquel le testateur a pensé ; je demande ce qu'il en sera du droit. [Paul] a répondu : a été donné [comme tuteur] celui auquel le testateur a pensé ; si cela n'apparaît pas, le droit ne fait pas défaut, mais sa preuve, en conséquence, aucun des deux n'est tuteur ».*

[139] (Note de Groenewegen) En argument *Institutes de Justinien*, II, xx *(Des legs)*, § 27.

« § 27. Mais une espèce de cette sorte n'a pas été laissée sans une juste correction, du fait que, dans notre Code, une constitution (cf. C. 6, 48, 1) *a été placée, par l'intermédiaire de laquelle, à ce parti, nous avons porté remède non seulement dans les successions, mais aussi dans les legs et les fidéicommis ; cela est clairement mis en lumière à partir de la lecture de cette même constitution. Mais le tuteur, par notre constitution, ne devra pas être donné comme incertain, parce qu'avec un jugement certain, l'on doit donner garantie à sa postérité pour sa tutelle ».*

CXX. Pour les tuteurs testamentaires, il importe beaucoup [de savoir] s'ils seront purement et simplement donnés ou si [ce sera] en excluant le collège pupillaire. Les premiers, la garantie ayant été remise, administrent certes, mais rendent les comptes à ce même collège. Les seconds, ayant été produite cette partie du testament selon laquelle ils ont été donnés comme tuteurs et ce collège a été exclu, sont entièrement libérés de l'examen de celui-ci. En Zélande, l'exclusion ne peut pas être faite sans la faveur des magistrats et celle qui a été régulièrement faite n'excuse pas, empêchant que qu'un exemplaire scellé du testament et de l'inventaire doive être déposé auprès de ce collège, voir les lois pupillaires de Flessingue, art. 57 – 64 ; de Middelburg, art. 64 à 74 et l'interprétation du 10 décembre 1689, art. 9 à 13.]

[31] § 10. Quand, par la dernière volonté, sur la tutelle, il n'est rien prévu, ainsi, anciennement [140], elle pouvait arriver par les "quatre quartiers" (*vier vierendeelen*), c'est-à-dire les plus proches parents du côté du père du père, du côté du père de la mère, du côté de la mère du père et du côté de la mère de la mère. Mais, par la suite, on a trouvé meilleur qu'une telle chose soit faite par le magistrat, c'est-à-dire par la Cour de Hollande [141], par les tribunaux des villes ou du plat pays, ou par la chambre des pupilles qui en est chargée dans les différentes places, cependant, le plus haut contrôle sur les pupilles restant [celui fait] par le tribunal [142], lesquels magistrats sont habitués et tenus, sur la nomination des tuteurs, d'entendre l'opinion de la plus proche parenté et aussi de les choisir à partir de la plus proche parenté pour autant que cela peut se faire en accord avec l'intérêt des pupilles.

§ 11. Pour cette raison, un père ou une mère, ne le pouvant pas par le défaut de leur grand-père ou de leur grand-mère, viennent devant tous les autres à la tutelle de leurs enfants et des enfants des enfants ; de laquelle tutelle, sont tenus le père et le grand-père leur vie durant ; mais la mère et la grand-mère seulement jusqu'au remariage [143], et cela, principalement, sous une bonne garantie et avec l'abandon des privilèges appartenant aux femmes [144]. Cependant, aussi bien le père ou le grand-père que la mère ou la grand-mère, non autrement qu'avec l'ajout d'un autre tuteur ou d'autres tuteurs, étant bien entendu que, sur la part du partage ou dans la dispute avec leurs enfants, ils soient paisibles et qu'un autre doive être nommé à leur place pour cette période [145].

---

[140] (Note de Groenewegen) Voir les privilèges donnés par l'impératrice Marguerite à ceux de la Hollande du Nord le jour de l'Ascension 1346.

[141] (Note de Groenewegen) Voir la dernière décision de la Cour de Hollande.

[142] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 1, 1 ; coutumes d'Anvers, chap. 43 *(Des enfants mineurs et des personnes sous tutelle)*, art. 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur Institutes, I, xx *(Du tuteur atilien ou de celui qui est donné à partir de la Loi Julia et Titia).*

Extrait du livre Ier des *Règles* d'Ulpien : *« L'office de celui qui prononce le droit est très large ; en effet, il peut accorder la possession de biens et mettre en possession, établir des tuteurs pour les pupilles qui n'en ont pas, accorder des juges à ceux qui sont en procès ».*

[143] (Note de Groenewegen) Voir sous C. 5, 35, 2, l'extrait de la Novelle XCIV, cap. 2.

« Un serment n'est certes pas exigé, mais, des secondes noces ayant été contractées, il convient qu'elle soit repoussée de la tutelle, étant sauvegardée envers les mineurs toute autre précaution (selon qu'elle est du ressort du droit) ».

[144] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CXVII, cap. 5, sous C. 5, 35, 2.

« À la mère et à la grand-mère, selon l'ordre, nous permettons aussi de se charger d'une tutelle avant les agnats, si, parmi les choses faites durant d'autres noces, elles ont renoncé au sénatus-consulte Velléien ; les seuls tuteurs testamentaires les précédant, légaux et donnés par la suite. Car nous voulons que la volonté du défunt soit placée devant. En dehors de celles-ci, aux autres femmes, nous interdisons de se charger de l'office d'une tutelle ».

[145] (Note de Groenewegen) En argument, D. 26, 8 *(De l'autorité des tuteurs et des curateurs)*, 5.

Extrait du livre XL *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Un pupille ne peut pas être obligé envers son tuteur, celui-ci l'ayant autorisé. Clairement, s'il y a plusieurs tuteurs, dont l'autorisation d'un seul suffit, il doit être dit que, l'un l'autorisant, le pupille, envers lui, peut être obligé, qu'il lui donne un prêt d'argent ou qu'il stipule de lui. Mais aussi, lorsqu'il y a un seul tuteur, qu'il a donné au pupille un prêt d'argent ou, de lui, a stipulé, il ne sera pas obligé envers le tuteur ; naturellement, cependant, il sera obligé pour autant qu'il s'est enrichi ; car, contre le pupille, non seulement au tuteur, mais aussi à n'importe qui, le divin [Antonin] le Pieux a dit dans un rescrit que devait être accordée une action pour autant qu'il s'est enrichi. 1 - Le pupille, en vendant sans l'autorisation de son tuteur, n'est pas obligé ; mais non plus en achetant, à moins qu'il ne se soit enrichi. 2 - De même, le tuteur lui-même ne peut pas 'acquitter de l'office*

[**Note de Willem Schorer sur la note 143 de Groenewegn van der Made**

Quant au droit romain, il est certain que la mère et la grand-mère, avant d'être mises dans la tutelle, doivent renoncer au sénatus-consulte Velléien et aux secondes noces, mais cela ne triomphe ni dans nos usages ni dans les usages de Français ; voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap. 16 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 4, nb 4. Mais à Amsterdam, la mère et la grand-mère sont entièrement écartées de la tutelle et aussi le père, s'il a été exclu de la succession de son enfant, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. I, chap. 16, nb 4 dans le passage *maar tot Amsterdam* - "mais, à Amsterdam". Qu'en est-il si la mère s('est mariée à un second mari ; il est demandé si l'administration de le tutelle sera continuée. Cela peut être fait, pourvu qu'à la belle-mère, les biens soient assurés à la faveur de l'administration de la tutelle ; ce qui est en tout cas vrai, si le père l'a expressément voulu, voir Someren, *De jure novercæ*, cap .5, nb dernier ; Soes sur D. 26, 2 *(De la tutelle testamentaire)*, nb 12. Le père ne peut cependant pas instituer la belle-mère tutrice sur les biens des enfants du premier lit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 4, nb 3 et 4. En outre, il est demandé si la veuve mineure, tutrice légale de ses enfants, devra être préférée à d'autres ; van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap. 16, nb 13, et Rodenburg, *Tractatus de jure conjugum*, p. 169 et suivante, refusent.

Toutefois, cela a été autrement répondu par la totalité des jurisconsultes et, par les deux Cours, de même, dans les sentences de la Cour Suprême, été jugé, indique Johan van Heemskerk, *Batavische Arcadia*, pour moi, p. 141. Cela avec ce fondement que la femme veuve aussi mineur, sera tenue pour majeure pour tous les autres biens et comme étant autonome en droit, comme nous l'avons vu ci-dessus, chap. VI, § 4, sur la note 121.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXI. Le père donné comme tuteur par la Chambre des pupilles, s'il passe à de secondes noces, dans certains endroit, dépose son office, voir les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 37, de Medemblick, art. 14 , d'Alkmaar, tit. 10, art. 2, de Monickendam, Purmerendam, Enkhuyzen, Graft, Zype, dans ladite loi ; de Briel, art 151 ; ou, une fois rendus les comptes, de nouveau, il peut être donné comme tuteur, voir dans la nouvelle loi de Dordrecht de 1768, art. 33.

CXXII. À la mère que la Chambre des pupilles a donné comme tutrice, doivent être adjoints un ou plusieurs tuteurs de la ligne paternelle, si cela peut être fait. Quant au père, cela n'a pas été partout disposé, mais voyez au contraire dans les lois pupillaires du Rijnland, art. 17, de Leyde, art. 13, de Gouda, art. 42, de Dordrecht, art. 33.]

§ 12. L'autre tuteur ou les autres tuteurs auprès de l'un des parents comme ci-dessus ou par défaut de ceux-ci, deux ou plusieurs **[32]** tuteurs sont pris, les plus vieux et les plus proches hommes du côté duquel les enfants sont des pupilles [146], pour autant que ceux-ci y soient utiles, sinon, le plus vieux et le plus proche après et ainsi de suite ; et, par le défaut d'une parenté capable, deux autres hommes qui sont pensés y être les plus capables [147].

---

d'acheteur et de vendeur ; en effet, s'il a un cotuteur, dont l'autorisation suffit, sans aucun doute, il peut acheter. Mais, si, de mauvaise foi, l'achat est intervenu, il ne sera d'aucune valeur et c'est pourquoi il ne peut pas usucaper. Assurément, si, étant devenu en âge, [le pupille] a approuvé l'achat, le contrat est valide. 3 - Mais, si, par le biais d'une personne interposée, [le tuteur] a acheté le bien du pupille, il se trouve dans cette situation que l'achat n'est d'aucune valeur, parce que, de bonne foi, il n'est pas considéré avoir administré le bien ; et ainsi, cela il été dit dans un rescrit par les divins Sévère et Antonin. 4 - Assurément, si lui-même, certes, achète ouvertement, mais qu'il a donné son nom, non de mauvaise foi, mais simplement, comme les personnes plus honorables ne souffrent ordinairement pas que leurs noms soient inscrits dans les instruments, est valide l'achat ; si [c'est] de façon trompeuse, de même, il en sera, comme si, par le biais d'un personne interposée, il avait acheté. 5 - Mais, si le créancier du pupille vend, également, de bonne foi, il pourra acheter. 6 - Si le fils du tuteur ou une autre personne soumise à son droit a acheté, de même, il en sera, comme si lui-même avait acheté ».

[146] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 73 pr et § 1.

Extrait du livre unique des *Définitions ['ορων]* de Quintus Mucius Scævola : *« La succession arrive à celui auquel la tutelle est revenue, si ce n'est quand des femmes héritières interviennent. 1 - Personne ne peut donner un tuteur à quelqu'un, si ce n'est à celui qu'il avait dans ses héritiers quand il meurt ou qu'il allait avoir, s'il a vécu ».*

[147] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 3, 10.

Extrait du livre XIV des *Discussions* de Tryphoninus : *« … le préteur suit l'avantage des pupilles et non la rédaction du testament ou du codicille. Car le préteur doit ainsi recevoir la volonté du père, s'il n'était pas ignorant de ce le préteur lui-même, quant*

§ 13. Afin que les pupilles ne restent pas sans tuteurs, ceux qui vivent le plus longtemps des parents et, à défaut de ceux-ci, deux [personnes] de la plus proche parenté des deux côtés sont tenus, dans les huit semaines après la mort de l'un ou des deux parents, ou dans tel délai comme les *keuren* [148] et les coutumes les apportent, de comparaître devant la chambre des pupilles, s'il y en a une, ou autrement, devant le tribunal et, là, de faire connaître [ce qu'il en est] de la dernière volonté qu'ainsi, par lui, des tuteurs sont nommés et, sinon, de demander du tribunal [la nomination] des tuteurs. Les tuteurs nommés sont aussi tenus d'une telle chose, ainsi quand l'un de leurs cotuteurs est mort, pour qu'un autre soit nommé à sa place [149].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXIII. Le parent survivant qui n'a pas réclamé de tuteur pour les enfants n'est pas même admis à la succession à partir de C. 6, 58 *(De la succession légale)*, 10, mais il est puni d'autres peines pécuniaires, mieux, il est contraint d'être présent sous peine d'une prison civile. Demander un tuteur est chez nous en nommer un approprié, en argument voir la loi pupillaire du Rijnland, art.12 et 15, d'une façon telle cependant, que celui qui s'est appliqué de bonne foi, n'est pas lié au risque de la tutelle, en argument D. 26, 6 *(Ceux qui demandent des tuteurs ou des curateurs et quand ils sont demandés)*, 4 § 4.]

§ 14. Au tuteur ayant été nommé par une dernière volonté ou par le magistrat, il est libre de s'excuser [150] devant le tribunal sur son autorité ou son embarras sur lesquels on fait attention avec une discrétion [151] sans laquelle quelqu'un est tenu d'être libéré des voies judiciaires ; et celui qui, par une déclaration du tribunal, pourrait se trouver chargé peut faire appel à un juge supérieur, mais, dans l'intervalle, un ou plusieurs tuteurs sont nommés à sa place [152] à leurs frais et charges, dans le cas où ils viennent à tomber finalement dans une injustice.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXIV. L'excuse des tuteurs doit être exposée au collège pupillaire dans les quatorze jours à compter depuis le moment de la connaissance ou dans un autre délai déterminé par la loi, ou, à partir d'un appel, au juge ordinaire pour des justes causes à estimer cependant selon jugement du juge, dont certaines sont énumérées dans un autre endroit, voir les lois pupillaires de Gouda, art. 68, de

---

au tuteur, a découvert. Qu'en est-il, enfin, si, par la suite, quant à celui que le père, dans son testament ou dans un codicille, n'a pas légalement donné et qu'il a écrit qu'il ne voulait pas qu'il y ait de tuteur ? Eh bien, le préteur ne suit pas la première volonté, de laquelle le père s'est écarté ».

[148] Le terme de *Keuren* est difficilement traduisible en français. Il s'agit des règlements que se choisissent les pays et les villes. Le mot *keur* vient en effet du verbe *kiezen* qui signifie "choisir". Ce sont donc des règlements locaux "choisis" par les communautés en question.

[149] Ici, de cela, il y a dans les villes des *Keuren* particulières. Voyez l'ordonnance de la chambre des orphelins à Delft, art. 5, à Leyde, art. 10, à Rotterdam, art. 7, Alkmaer et Edam, tit. 7 et 8, Briel, art. 101-102 ; coutumes d'Anvers, tit. 43, art. 17.

[150] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxv *(Des excuses des tuteurs)*, § 16.

« § 16. Mais celui qui veut s'excuser, s'il a plusieurs excuses et que, de certaines, il n'a pas fait la preuve, ne se voit pas interdire d'user d'autres dans les délais. Ceux qui veulent s'excuser ne font pas appel ; mais, dans les quinze jours continus, à partir de ce qu'ils ont connu, ils doivent s'excuser (de quelque genre qu'ils soient, c'est-à-dire de quelque façon que les tuteurs aient été donnés), s'ils sont dans la limite de la centième borne de l'endroit où les tuteurs sont donnés ; mais, s'ils habitent au-delà de la centième borne, étant fait le compte de vingt milles par jour et de plus de trente jours. Cependant, cela, comme Scævola le disait, doit être compté ainsi, de sorte qu'il n'y ait pas moins de cinquante jours ».

[151] (Note de Groenewegen) Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre xxv *(Des excuses des tuteurs)* des *Institutes*, I.

[152] (Note de Groenewegen) Voir D. 49, 1, 17 § 1 ; *Keuren* de Leyde, art. 93 ; ordonnance de la chambre des orphelins à Rotterdam, art. 11, à Alkmaer, tit. 7, art, 18, à Edam, tit. 7, art 8. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 49, 1 *(Des appellations et des rapports)*, 17 § 1.

Extrait du livre VII des *Règles* de Modestinus : *« 1 - Le tuteur, à un pupille, donné, s'il a fait appel, dans l'intervalle, au pupille, un curateur sera donné. Mais, si l'autorité du tuteur était nécessaire, comme pour accepter une succession, un tuteur lui sera nécessairement donné, parce que l'autorité du curateur, pour cela, est invalide ».*

Middelburg, art. 14, de Flessingue, art. 10. Les lois pupillaires du Rijnland, art. 20 à la fin observent ici que les exécuteurs des testaments n'ont pas besoin d'une telle excuse.]

[33] § 15. Ceux qui ne font pas appel ou, après l'appel, ont été au plus tard dans la tutelle sont contraints par un emprisonnement de se charger de celle-ci [153].

[**Note de Willem Schorer sur la note 153 de Groenewegen van der Made**
En Zélande, si le tuteur refuse de recevoir la tutelle et n'a pas de justes raisons de la refuser, un autre est substitué à sa place par les échevins, qui administre les biens du pupille au risque de celui qui refuse, voir les *Keuren* de Zélande, chap. 2, art. 9.]

§ 16. Les tuteurs peuvent ainsi être nommés par une dernière volonté [154] comme par le magistrat [155] aussi bien pour toujours que depuis un certain temps ou jusqu'à un certain moment, purement et simplement ou sous condition, aussi bien, sur certaines affaires ; étant bien entendu que les pupilles ne peuvent jamais être sans tuteurs, mais, les tuteurs manquant par la mort ou autrement, d'autres doivent être immédiatement nommés à leurs places [156].

*

Chapitre VIII
Du pouvoir du tuteur [157]

§ 1. Après le commencement, il y a à voir le DÉROULEMENT de la tutelle qui consiste dans le POUVOIR et le DEVOIR du tuteur.

§ 2. Concernant le POUVOIR du tuteur, celui-ci n'a avant tout aucune place dans la confection d'une dernière volonté, puisque le pupille ayant l'âge n'en a pas besoin, il est libre de faire une telle chose sans le consentement de ses tuteurs ; mais les tuteurs, ni les enfants des

---

[153] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, § 3.
« § 3. Dans ces constitutions, il est dit qu'à moins que n'aient donné garantie les tuteurs ou les curateurs, avec la prise de gages, ils seront contraints ».

[154] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xiv *(Ceux qui peuvent être donnés comme tuteurs dans un testament)*, § 3 ; Frans Herman Montanus, *De tutelis*, cap. 10.
« § 3. Pour un certain temps ou à partir d'une certaine période, sous condition ou avant l'institution d'héritier, on ne doute pas que puisse être donné un tuteur ».

[155] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 26, 1 *(Des tutelles)*, 6 § 1. Ceci est différent des lois romaines, voir sur ledit § 1 de D. 26, 1, 6 ; D. 50, 17, 77 ; Frans Herman Montanus, *De tutelis*, dans ledit endroit.
Extrait du livre XXVIII des *Questions* de Papinien : *« Les actes légaux qui ne reçoivent ni terme, ni condition, comme l'émancipation, l'acceptilation, l'acceptation d'une succession, le choix d'un esclave, la dation d'un tuteur, sont en général viciés par l'adjonction d'un délai ou d'une condition, cependant, parfois, les actes ci-dessus cités reçoivent tacitement ce qui, ouvertement exprimé, apporte un défaut. Car, si une recette est apportée à celui qui, sous condition, a fait une promesse, de même seulement une acceptilation est entendue avoir fait quelque chose, s'il existait une condition de l'obligation ; si cela est compris nommément dans les termes de l'acceptilation, cela rendra l'acte invalide ».*

[156] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 2, 11.
Extrait du livre XXXVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, sous condition ou à partir d'une date, a donné un tuteur, dans le temps intermédiaire, une autre tuteur doit être donné, bien que le pupille ait un tuteur légal ; il faut savoir, en effet, qu'aussi longtemps que la tutelle testamentaire est espérée, la [tutelle] légale cesse. 1 - Et, si, une bonne fois, au [tuteur] testamentaire, la tutelle a été déférée, qu'ensuite, le tuteur testamentaire a été excusé, encore, nous disons qu'à la place de celui qui a été excusé, il doit en être donné [un] et qu'au tuteur légal, ne revient pas la tutelle. 2 - De même, nous le disons, s'il a été écarté ; car celui-ci est absent pour la raison qu'un autre est donné. 3 - Si le tuteur, dans le testament, donné est mort, au tuteur légal, la tutelle revient, parce qu'ici, le sénatus-consulte cesse [de jouer]. 4 - Clairement, si deux ou plusieurs ont été tuteurs testamentaires, à la place de celui qui est mort ou qui, dans la cité, a cessé de se trouver, pourra en être donné un autre ; du reste, si aucun ne survit ou, dans la cité, ne se trouve, la tutelle légale vient à la suite ».*

[157] Voir *Institutes*, I, xxi *(De l'autorité des tuteurs)*, D. 28, 6 *(De l'autorité et du consentement des tuteurs et des curateurs)* et C. 5, 59 *(De l'autorité à procurer aux tuteurs)*.

tuteurs ne peuvent pas, par une telle dernière volonté, ni par une succession, ni par la confection d'un legs, devenir [héritiers] sur les biens immeubles, comme cela sera dit à sa place [158].

§ 3. Le mariage des pupilles n'est pas non plus invalide par l'opposition des tuteurs [159] ou des **[34]** parents qui, sur ce point, sont plus concernés que les tuteurs ; mais il est sagement ordonné par l'empereur Charles [160], il y a quelque temps comte de Hollande, qu'ainsi, celui qui contracte des fiançailles ou un mariage avec un jeune homme en-dessous de ses vingt-cinq ans ou avec une une jeune fille qui est en-dessous de ses vingt ans sans le consentement du père ou de la mère, ou des plus proche parents et alliés par le sang, ainsi, quand les deux parents sont morts, ou au moins du magistrat de la place que celui-ci ou celle-ci ne pourra jamais prendre pour fiancé ou époux ou lever aucun présent de noces (*morgengaaf*) ou autre profit, que ce soit par la force du mariage selon la coutume du pays, que ce soit par une dernière volonté, une donation, un transfert ou autrement de quelque manière qu'il pourrait être [161], même si, après l'accomplissement du mariage, le ci-devant dit consentement était obtenu [162].

[**Note de Willem Schorer sur la note 159 de Groenewegen van der Made**

Il est plus que clair que le consentement des tuteurs pour nouer les noces est nécessaire en Zélande et dans le diocèse d'Utrecht, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap. 13, nb 10, de même, dans les Pays-Bas autrichiens, voir *Précis du droit Belgique*, p. 25. Sande, dans ses *Decisiones Frisicæ*, lib. II, tit. 1, defin. 6, rapporte que cela triomphe en Frise. Cependant, la Cour de Frise a jugé que, cependant, une vierge mineure de 25 ans, selon la loi de Frise, contractait validement des noces sans le consentement des tuteurs, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. I, tit. 1, defin. 7. Toutefois, dans le droit hollandais, pour les noces des mineurs, l'autorisation des tuteurs n'est pas du tout requise, comme [le dit] ici l'auteur et aussi Groenewegen, ci-dessus dans sa note 92 sur la chapitre V, § 15. Ainsi a-t-il aussi été répondu dans les *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 320, p. 613, et cela est vrai partout, à moins qu'il n'ait été autrement disposé dans les statuts, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 4, p. 19. Cependant, cela existe entre ce qui est procuré honorablement, mais ne peut avec aucun droit être réclamé, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. II, cap. 3, et il n'importe en rien, comme il l'enseigne ici, [de savoir] si, avec l'autorisation du tuteur ou sans son autorisation, le mineur a contracté des fiançailles, du fait qu'il jouit toujours du privilège de l'âge, ainsi le grand homme l'explique-t-il en effet. Si celle qui est maintenant mineure contracte sans l'autorisation du tuteur sur des biens pécuniaires et d'autres de moindre importance, pourquoi les fiançailles ne seraient-elles pas nulles ? Mais, si [c'est] en présence du tuteur, pourquoi ne serait-il pas protégé par la remise en l'état initial, du fait que cela triomphe de façon égale quant au droit hollandais et quant au droit romain. À partir de l'édit de Charles Quint, dont l'auteur fait le rappel dans le § 3, les parents faisant défaut, il y a besoin en Hollande du consentement des parents du côté paternel ou du magistrat, à un point tel que, s'ils ont une juste cause de désaccord, ils fassent en sorte qu'il y ait lieu à la sanction de cet édit ; ce qui doit être cependant entendu d'une façon telle que celle-ci n'ait pas lieu pour le mineur séduit ou la mineure séduite, mais seulement pour celui qui séduit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 20 et 21. Tout récemment, alors qu'une certaine vierge, fort bien dotée, qui revenait chez elle de la comédie à Amsterdam fut ravie par un certain soldat étranger, les États de Hollande ont promulgué en 1751 un édit à l'instar de l'édit de Charles

[158] (Note de Groenewegen) Dans le livre II, chap. XVI, § 5.

[159] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 4, 8 ; *Consultatien van Hollandsche regtsgeleerden*, part. I, cons. 45.

Constitution de Gordien adressée à Romanus et donnée en 241 : *« En nouant des noces ni l'autorité du curateur qui supporte la seule administration du bien de famille, ni celle des parents ou des alliés ne peut intervenir, mais doit être considérée l'a volonté de celui de l'union duquel il est traité ».*

[160] (Note de Groenewegen) Par le placard du 4 octobre 1540, art. 11.

[161] (Note de Groenewegen) Voir mon *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 5, 4 *(Des noces)*, 8.

[162] (Note de Groenewegen) Cependant, le consentement est entendu être tacitement obtenu, lorsque la prière de l'Eglise a eu un déroulement sans empêchement. Voir Sande, *Decisiones Frisicæ*…, II, tit. 1, defin. 2 au mot *succedit* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, x *(Des noces)*, pr. Voyez en outre ci-après liv. II, chap. V, § 4, note 160, chap. XI, § 15, note 292 6, chap. XII, note 293, chap. XVI, § 5, note 345, liv. III, chap. II, § 10, notes 11 et 112, § 24 et 25, notes 157 et 158.

Quint. Dans le droit romain, les ravisseurs sont punis de mort, bien que la femme ait consenti au rapt, voir Vinnen sur *Institutes*, IV, xviii, § 8, et il n'importe pas [de savoir] si le rapt l'aura déflorée ou si la vierge sera restée intacte ; et il a été répondu que jusqu'à ce jour, quant au droit hollandais, cela triomphait à Amsterdam et à La Haye en 1612, voir Boel, *Bericht aan den onzydigen Lezer (Avis au lecteur impartial)* et, quant au droit français, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 23, et il signale que cela a été ainsi jugé à Paris le 21 mars 1739. Cependant, de façon plus juste, au contraire, Antonius Matthæus limite Brunnemann sur C. 9, 13 *(Du rapt des vierges, des veuves et aussi, des moniales)*, 1, à savoir si, volontairement, il s'est abstenu du commerce charnel, ayant été conduit par un regret ou ce qu'il aura pensé quant au mariage. Finckelthaus, dans ses *Observationes practicæ*, obs. 11, nb 6, signale que, par le biais d'un mariage subséquent, la peine de mort du moins cesse et il a été répondu que ce n'est pas proprement appelé un rapt, quand les fiançailles avaient précédé, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 191. Nous apprenons à partir de la loi provinciale qu'anciennement, cependant, simplement la peine du glaive avait été établie contre les ravisseurs des vierges honorables en Zélande et ceux qui leur avaient apporté aide et conseil, voir la *Keur* de Zélande, chap. IV, art. 6. La Cour de Flandre a condamné un citoyen de Tournai aux galères perpétuelles, voir *Précis du droit Belgique*, p. 245. Speidel, dans son *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. II, lettre R, p. 763, a débrouillé cette matière plus largement selon son usage. Hamerster, dans ses notes sur le lib. II, tit. 12, art. 1 [de la loi de Frise], indique que, dans le cas inverse, la vierge qui séduit un homme doit être punie de la même peine avec une certaine limitation. Mais cette loi de Frise est de peu d'utilité, du fait que, dans le doute, la vierge est présumée avoir été séduite ; en outre, je saisis à peine comment une violence physique pourrait être portée à un homme par le sexe féminin.]

[**Note de Willem Schorer sur les mots *qu'ainsi, celui qui contracte des fiançailles ou un mariage etc.***

Selon l'auteur, dans ces mots *qu'ainsi, celui qui contracte des fiançailles ou un mariage etc.*, les fiançailles et les noces marchent du même pas ; ainsi, comme ceux auxquels les noces sont interdites, ils seront aussi écartés du contrat de noces. Est cependant exceptée la veuve dans l'année du deuil qui contracte à bon droit des fiançailles, mais non des noces, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 1, nb 2, où il observe aussi que les fiançailles des impubères plus âgés de sept ans ont été réprouvées, comme [le fait] plus largement Brouwer, *De jure connubii*, lib. I, cap. 3, nb 21. Du reste, il faut observer que, dans notre droit, les fiançailles diffèrent du droit romain, du fait qu'aujourd'hui, à partir de fiançailles régulièrement contractées, naît une action pour les accomplir ; dans le droit romain, celui qui est réticent, même avec l'intervention d'une clause pénale, peut se retirer de celles-ci, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 1, nb 12. Et, jusqu'à ce jour, il a été répondu qu'il y avait lieu à un regret dans le duché de Gueldre, voir *Consilia Ultrajectina*, part. III, cons. 153 ; ce qui ne peut pas être fait en Hollande si ce n'est avec un consentement mutuel, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 43, à moins que ne soient déjà intervenues les déclarations publiques, car alors, en outre, l'autorité publique du magistrat est requise, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 1, nb 18. À partir d'une analogie du droit, immédiatement, l'occasion en étant donnée, la promesse doit être accomplie, bien qu'en les contractants, on n'en ait en rien convenu, ce qui a aussi été disposé par les États Généraux dans le *Echtreglement van de Staaten Generaale*, art. 23. Mais, de quelle peine sont punis les réticents et durant quel temps sont-ils contraints de réaliser les fiançailles ? Boel sur Loenius, cas. 4 et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 1, nb 12, indiquent différents statuts. En Saxe, ils sont contraints à la prison et, s'ils refusent encore d'obéir, ils sont relégués, voir Carpzov, *Definitiones forenses*, part. IV, const. 20.

En outre, il faut relever que les secondes fiançailles publiques sont préférées aux premières clandestines, bien que des arrhes s'y soient ajoutées ou qu'une union charnelle soit intervenue, voir les *Responsa Ultrajectina*, cons. 147, p. 566. Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 92, dit que la Cour avait ainsi corroboré à l'unanimité la sentence du juge inférieur. Quant au droit de Groningue, van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 199, [dit] que les secondes sont tenues pour invalides.

On peut voir à partir des *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 147, p. 566, ce qui est requis pour prouver les fiançailles contractées oralement.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXV. Sur la difficile question du droit hollandais quant au pouvoir des tuteurs ou des parents autour les noces des pupilles, il faut distinguer entre les différentes places.

Dans un endroit, le signalement et la proclamation des fiançailles n'est pas permise aux pupilles sans le consentement des tuteurs, voir le statut de Leyde, art. 101, § 3, la loi d'Amsterdam sur les biens nuptiaux de 1754, art. 3, cependant, d'une façon telle que les tuteurs soient contraints de rendre des comptes de leur désaccord, voir ledit art. 3, et que la sentence des parents par le sang plutôt que celle des tuteurs soit prouvée, voir en argument l'édit de Charles Quint de 1540, art. 17.

Dans de nombreuses places hollandaises, les noces des pupilles contractées sans le consentement des proches et des tuteurs subsistent certes, mais sont punies des peines de cet édit, art.17 ; les États ont suffisamment clairement mis en lumière dans les lois pupillaires portées par eux, dans lesquelles ils ont empêché avec des peines de cette sorte les noces, que l'art. 13 de l'ordonnance de police devait être entendu dans ce sens ; voir les lois d'Alkmaar, tit. 5, art. 12 ; de Monickendam, de Purmerendam et de Graft, ici même ; d'Enkhuyzen, tit. 5, art. 10 ; de Briel, art. 84 ; de Zype, art. 9 et les autres qui seront semblables.

Dans les autres parties de la Hollande, les pupilles ont besoin pour contracter des noces du consentement des proches, le négligeant, ils tombent sous le coup de l'art. 17 de la loi de Charles Quint, abandamment approuvée par l'art. 13 de l'ordonnance de police.

Ne fait pas obstacle l'art. 3 de l'ordonnance de police mis en lumière dans les décrets du 9 août 1646 et du 31 juillet 1671, dont la sentence est la suivante : cette prérogative des parents, selon laquelle ils peuvent entièrement empêcher les noces des enfants mineurs avec leur désaccord et ils ne sont pas tenus d'expliquer les raisons de leur désaccord, n'appartient ni aux tuteurs ni aux proches, même les ascendants, mais au seul père ou à la seule mère.

CXXVI. Les lois de Zélande soumettent non seulement aux peines de l'édit de Charles Quint les noces des pupilles contractées sans le consentememt des proches et des tuteurs, mais aussi, les déclarent nulles, voir l'ordonnance de police de Zélande, art. 7, 8 et 22 ; mieux, les lois pupillaires de Flessingue les punissent d'une autre façon, art. 47 et 49.]

§ 4. Les actions judiciaires doivent se produire au nom du tuteur [163] ; cependant, les tuteurs ne se voient pas autorisés [164] à commencer aucun procès d'affaires douteuses sans la permission

---

[163] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 6, 2.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Agemacha et donnée en 294 : *« Dans les affaires qui comportent une question de jugement privé, de même qu'un pupille, avec l'autorisation de son tuteur, peut agir en justice et être cité à comparaître, de même, un adulte, son curateur y consentant, doit intenter et accueillir un procès ».*

[164] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* de la chambre des pupilles à Delft, art. 14, à Amsterdam, art. 45, à Briel, art. 127, à Alkmaer et Edam, tit. 1, art. 14, ledit traité *De legibus abrogatis* sur C. 5, 37, 6. Ceci est différent des lois écrites, voir C. 5, 37, 28.

Constitution de Justinien adressée à Johannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Nous consacrons que personne des tuteurs ou des curateurs d'un pupille, d'un adulte, d'un fou ou d'autres personnes pour lesquels, tant à partir des anciennes que de nos constitutions, des curateurs sont créés, ne refuse la défense que, pour un procès, ils sont reçue, mais, dès le commencement du procès, par tous les moyens, ils défendent les personnes rappelées et documentent un procès préparé selon les lois, sachant que cette charge est nécessaire tant à la tutelle qu'à la curatelle. 1 - Et, s'ils ont refusé cela ou ont différé de s'en charger, non seulement comme suspects, ils seront déplacés, leur réputation ayant été perdue, mais aussi, à partir de leur richesse, ils seront contraints de réparer tout le dommage que les personnes ci-devant dites, à partir du refus de défense, supporteront. 1a - Mais, si l'un, à partir d'une certaine interpellation, ayant été averti, à raison de l'instruction du procès, a proposé la caution habituelle ou, après le début du débat judiciaire que, par lui-même et non par le biais d'un procurateur, il a pris en charge, devenu dément ou fou, nous consacrons qu'immédiatement, le curateur lui soit ordonné pour l'action compétente avec le soin et la prévoyance tant du juge devant qui le procès se déroule, que des parents par le sang, des proches et du demandeur, s'il l'a voulu, afin que le procès intenté par lui ne soit pas ajourné plus longtemps, le curateur créé ayant la nécessité de se charger de la défense et d'accomplir les autres choses du procès. 2 - Les personnes aussi qui, avec un risque propre ou celui de leur fortune, ont demandé des tuteurs ou des curateurs, que ce soit les mères ou certains autres, étant contraintes de préparer ceux qu'elles ont ordonnés tuteurs ou curateurs à se charger d'une telle défense. 2a - Ou si ceux-ci n'ont pas voulu le faire et, à raison du refus d'une défense de cette sorte, de la tutelle ou de la curatelle, sont déplacés, ainsi, nous imposons la nécessité aux personnes rappelées d'ordonner d'autres tuteurs ou curateurs pour administrer ce pour quoi les tuteurs ou les curateurs sont créés, à partir de leur confession, déclarant se charger d'une telle défense. 2b - Mais, pour que de telles personnes, sans la prévoyance de l'une, ne soient pas laissées ou que les droits des demandeurs contre eux ne soient pas plus longtemps différés, nous consacrons qu'immédiatement, c'est-à-dire après le refus de la défense, à savoir dans les cas dans lesquels (comme il a été dit), cela peut être fait, la création d'autres tuteurs ou curateurs soit faite, les autres parents par le sang, les proches, les parents par alliance, les créanciers ou d'autres dont c'est l'intérêt allant trouver et avertissant ceux qui, selon les lois, ont le droit d'établir des tuteurs ou des curateurs. 3 - Mais, déclarant la défense et le nom de celui-ci dans ce cas plus clairement, pour que, peut-être, les tuteurs ou les curateurs ne pensent pas s'être imposés une incommodité, nous décrétons que ceux-ci se chargent de cette défense qui, avec une caution, à la faveur du dénouement du procès, n'est pas établie, mais, afin*

du tribunal ou de la chambre des pupilles sous peine d'en supporter les frais et, dans le cas où les tuteurs pouvaient avoir avec les pupilles une certaine dispute propre, pour cette affaire, un ou plusieurs autres tuteurs sont autorisés [165].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXVII. Les pupilles ne peuvent pas se présenter dans un jugement sans tuteurs en tant que demandeurs ou défendeurs, aussi dans les délits civils. Dans les causes criminelles, du moins, dans un procès extraordinaire, à l'encontre de l'ordonnance criminelle de Philippe, *Des moyens de procédure*, art. 61, il a été reçu qu'ils doivent se défendre sans un tuteur ou un curateur, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, tit. 5, art. 9 ; de Monickendam, Purmerendam et Graft, de même ; de Zype, tit. 5, art. 8 ; de Briel, art. 81.]

§ 5. Les pupilles mineurs ne peuvent aliéner ou charger aucun de leurs biens ni aucun argent entre vifs [166] ; ils ne peuvent pas non plus s'obliger eux-mêmes autrement que par le biais d'un délit [167] ; mais tous les trafics conclus par **[35]** eux-mêmes, quoique que ceux-ci aient été

---

qu'ils outillent seulement le procès selon l'ordre des lois en faveur du pupille, de l'adulte et des autres personnes, en ayant la possibilité à partir de notre autorité, sans un décret, d'offrir en garantie les biens dont ils administrent le gouvernement en faveur de la caution du procès. 4 - Supprimant tout doute en faveur de la défense des pupilles, des adultes et des autres personnes en totalité, nous consacrons que tous les tuteurs ou curateurs ne sont pas autrement créés, si ce n'est en premier lieu, avec les autres termes ordinaires qui sont, en faveur du gouvernement des biens tant pour les choses faites que pour les cautions, par eux, sont rédigés, et ils exprimeront spécialement ce qui, de toute façon, sans aucun retard, est nécessaire qu'ils prennent en charge la défense en faveur des pupilles, des adultes et des autres personnes rappelées ci-dessus. 5 - A cela, nous ajoutons que, ne laissant aucune ambiguïté sur cet article, qu'aux tuteurs et à tous les curateurs, sont permis les fruits, qu'à partir des revenus des biens-fonds, ils soient réunis ou que, de la richesses des personnes dont ils ont le gouvernement, ils aient été trouvés, c'est-à-dire le vin, l'huile, le blé ou à n'importe quelle espèce qu'ils appartiennent, sans décret, de les vendre au juste prix qui, dans ces lieux dans lesquels la vente est faite, alors, il est connu obtenir du moment, et l'argent qui, de la vente de ces mêmes fruits, est réuni, avec les autres richesses des pupilles, des adultes et des autres personnes, sera administré ».

[165] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxiii *(Des curateurs)*, § 6.

« § 6. Si le tuteur, par une maladie contraire ou une autre nécessité, est empêché de pouvoir administrer les affaires du pupille, que le pupille est absent ou est un enfant qui ne parle pas, le préteur qui présidera à la province, établira l'agent qu'il a voulu avec son décret ».

[166] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

[167] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 5 § 2.

Extrait du livre XVIIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - C'est pourquoi nous demandons, quand un fou a causé un dommage, s'il y aura l'action de la Loi Aquilia. Pegasus l'a refusé : en effet, quelle faute y aura-t-il pour celui-ci, du fait qu'à son intention, elle n'appartient pas ? Cela est très vrai. En conséquence, l'action de la Loi Aquilia cessera [d'avoir lieu], de même que, si un quadrupède a causé un dommage, l'action de la Loi Aquilia cessera [d'avoir lieu], ou si une tuile est tombée [du toit]. Mais, si un enfant qui ne parle pas a causé le dommage, Labéon dit que, parce que, de l'action de vol, il est tenu, il est tenu de la Loi Aquilia ; je pense cela vrai, s'il est déjà en capacité de commettre une injure ».*

confirmés par un serment [168], n'ont pas de valeur en dehors d'une contrainte judiciaire, comme délaissés du droit civil, excepté qu'ils peuvent bien obliger quelque chose à leur avantage [169] et qu'ils peuvent aussi se voir réclamer pour autant qu'ils pourraient s'être enrichis par le trafic ; les tuteurs peuvent vendre les biens meubles des pupilles, mais avec la connaissance de la chambre des pupilles [170], là où elle n'est pas exclue elle-même et, dans les deux cas, les mêmes biens doivent être vendus publiquement au plus offrant [171] ; ou autrement, là où c'est par un dommage, une telle chose doit venir à la charge des tuteurs.

[***Thses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXVIII. Les contrats des pupilles ayant dépassé la puberté qui s'obligent dsans le consentement du tuteur ne sont pas du tout valides et qui ne sont pas confirmés avec un serment d'une façon telle qu'ils ont besoin d'une remise en l'état initial.

CXXIX. Les biens meubles des pupilles, quoiqu'à partir du consentement des magistrats pupillaires, ils puissent être aliénés pour une juste raison, cependant, à bon droit, ceux de prix, à partir de la sentence des parents consanguins sont conservés pour leur usage, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, tit. 8, art. 5 et 6, et les autres semblables ; mieux, ici, la sentence de ce pupille majeur de 18 ans est demandée dans la loi pupillaire de Haarlem, art.12.]

§ 6. Mais les biens immeubles, aussi les rentes et les fermages appartenant aux pupilles ne peuvent pas être aliénés ni chargés par les tuteurs, pas même avec la connaissance de la chambre des pupilles ; mais une telle chose peut se produire au bon vouloir de la Cour de Hollande ou des tribunaux [172] des places où une telle chose est usuelle ; laquelle chose, la Cour ou le tribunal aussi ne peuvent autoriser qu'après une recherche de la maturité (ce sur quoi on a aussi coutume d'entendre les plus proches parents des "quatre quartiers"), trouvant une telle

---

[168] (Note de Groenewegen) Ceci est à entendre après que le mineur a été rétabli dans sa condition initiale par le haut magistrat. Voir Rebuffe sur les *Ordonnances royales*, dans la préface, glos. 5, nb 50. Lequel rétablissement ne lui est pas autorisé, comme quand il cause un lourd dommage. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 27 *(Si, contre une vente)*.

[169] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii [*Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner*], § 2.

Le passage a déjà été cité dans la note 165 ci-dessus.

[170] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 9, 5 § 9 et D. 27, 9, 14 ; tout le titre de C. 5, 71 *(De l'aliénation ou de l'obligation des biens-fonds ou des autres biens des mineurs sans un décret)* ; coutumes de Malines, tit. 19, art. 16, et là, Paul van Christijnen.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« . 9 - Indistinctement, aux tuteurs, sous le prétexte d'une dette, la vente a dû être permise ; car la voie de la vente ne leur a pas été attribuée. Et c'est pourquoi, au préteur, le Sénat a donné le jugement de cette affaire, à l'office duquel, en premier lieu, il convient d'examiner si, quelque part, l'argent pourra être envoyé pour éteindre la dette. En conséquence, il doit demander si le pupille aura l'argent en espèces ou en dettes qui peuvent être appelées, en fruits récoltés ou aussi, dans l'espoir de revenus et de rapports. De même, il demandera s'il y aura d'autres biens, en dehors des biens-fonds, qui peuvent être vendus, à partir desquels, au prix de la dette, il pourra être fait satisfaction. En conséquence, s'il a découvert qu'il ne pouvait pas être acquitté ailleurs qu'à partir de la vente des biens-fonds, alors, il permettra qu'ils soient vendus, si seulement, le créancier y presse ou persuade que l'on cède à la mesure des intérêts pour la dette ».*

Extrait du livre IX des *Réponses* de Paul : *« Paul a répondu que, quoiqu'il soit apparu que le testament du père ait été annulé, cependant, les tuteurs du pupille ou les curateurs du fils sont considérés n'avoir rien fait à l'encontre du discours des divins empereurs, si, selon la volonté du défunt, dans son testament, écrite, ils ont vendu un bien-fonds campagnard du pupille ».*

Le titre 71 du livre 5 du Code comporte en tout dix-huit constitutions.

[171] (Note de Groenewegen) Voir Rebuffe, *Ordonnances royales*, t. II, *Des remises en l'état initial*, art. 2, glos. 7, nb 8. En argument C. 10, 3 *(De la foi, du droit de la vente publique du fisc et des surenchères)*, 1.

Constitution d'Antonin adressée à Agortia et donnée en 213 : *« Ce que tu as apporté dans ta requête à mon procurateur, à l'office duquel ton souhait revient, produis-le. A celui-ci, si tu n'as pas prouvé qu'avec l'autorisation du procurateur ou de celui pour lequel il y avait la possibilité de vendre, des ventes publiques n'ayant pas été tenues et tout l'ordre n'ayant pas été accompli, que les biens ont été vendus et que tu as payé ce que tu dois à partir de la cause de ce qui a été jugé, la vente faite de mauvaise foi ayant été annulée, tu recevras ces mêmes biens avec les fruits dont il est établi qu'à l'acheteur, de mauvaise foi, ils sont arrivés ou doivent arriver ».*

[172] Voyez l'ordonnance de la chambre des pupilles de Briel, art. 103, Alkmaer et Edam, tit. 8, art. 15 et 16, Rotterdam, art. 25, statut de Frise, liv. I, tit. 13, art. 8, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 10, 3 *(De la foi, du droit de la vente publique du fisc et des surenchères)*.

chose nécessaire pour payer les dettes ou entretenir les enfants pupilles ou autrement, l'utilité publique pour les pupilles [173], et dans tous les cas, la vente ne doit pas se produire autrement que publiquement après une publicité qui précède. **[36]** Autrement, la vente est de nulle valeur [174] et les tuteurs sont néanmoins tenus du dommage [175].

[**Note de Willem Schorer sur la note 173 de Groenewegen van der Made**

Il est clair à partir de C. 5, 71 *(De l'aliénation des biens-fonds ou des autres biens des mineurs sans un décret)* qu'il n'est pas permis au tuteur d'aliéner les biens du pupille sans un décret et mieux, cela triomphe comme vrai dans les usages sans aucun doute. Qu'en est-il si, sans un décret, ils ont été aliénés et que

---

[173] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 9, 5 § 9 et § 15 ; C. 5, 71, 5 ; en argument D. 2, 15 8 § 17. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 27, 9 *(De l'aliénation ou de la substitution frauduleuse des biens de ceux qui, sous tutelle ou curatelle, se trouvent, sans un décret)*, 13.

Constitution de Valérien et Galien adressée à Serenus et donnée en 260 : *« Quoique le gouverneur ait décrété d'aliéner ou d'obliger le bien-fonds suburbain ou rural d'un pupille, cependant, le Sénat a réservé l'action au pupille, si, avec de fausses allégations, il peut prouver que sa religion a été circonvenue ; toi, tu ne te verras pas interdire de l'exercer aussi ».*

[174] (Note de Groenewegen) Voir C. 10, 3, 1. Etant bien entendu que les pupilles souffrent un certain dommage de ce que la vente n'est pas publiquement faite, mais est sous son pouvoir et autrement non. Une telle chose est entendue par le Haut Conseil de Hollande le 22 décembre 1599 dans l'affaire de maître Gysbregt van Netje, comme tuteur de son fils mort, contre Joost Hendriksoon et Gerrit van Bracum. Voyez D. 4, 4, 11 § 2 et 27 ; Frans Herman Montanus, *De tutelis*, cap. 33, nb 450.

La constitution citée a déjà été donnée ci-dessus dans la note 170.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - à partir d'un fait, il a été demandé ; certains jeunes gens ont reçu un certain curateur du nom de Salvianus ; celui-ci, alors qu'il en a administré le soin, avec un privilège de l'empereur, a reçu une procurature à Rome et, devant le préteur, il s'est excusé du soin des jeunes gens en l'absence de ces derniers ; les jeunes gens sont allés trouver le préteur, souhaitant être remis en leur état initial contre lui, parce qu'il s'était excusé à l'encontre des constitutions. Du fait qu'en effet, les autres ne déposent ordinairement pas la tutelle reçue, que ceux qui, en outre mer, à raison de la République, sont absents ou que ceux qui, dans l'entourage de l'empereur, ont été occupés, comme, à la personne du conseiller Menander Arrius, cela a été accordé, mais Salvianus avait mérité une excuse, les jeunes gens, comme ayant été trompés, souhaitaient être remis dans leur état initial par le préteur. Ætrius Severus, parce qu'il en doutait, à l'empereur Sévère, le rapporta ; pour cette consultation, à son successeur, Venidius Quietus, il dit dans un rescrit que cela n'appartenait en rien au préteur ; en effet, il n'est pas exposé avoir été contracté avec un mineur de [moins de] vingt-cinq ans ; mais les empereurs intervinrent et ramenèrent celui-ci à son administration, [lui] qui, faussement, avait été, par le préteur, excusé ».*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« À un père, en faveur de son fils, par tout moyen, la remise en l'état initial doit être procurée, bien que son fils n'ait pas voulu être remis dans son état initial, parce que le risque du père est fait, [père] qui, quant au pécule, est tenu. A partir de cela, il apparaît que les autres parents et alliés sont d'une autre condition et, autrement, il ne faut pas qu'ils soient entendus que si, à partir de la volonté du jeune homme, ils le demandent ou que ce jeune homme soit de ce genre de vie qu'à juste titre aussi, des biens, il doive lui être fait interdiction. 1 - Si le mineur a dissipé l'argent qu'il a reçu, le proconsul doit refuser au créancier, contre lui, l'action. Si, à quelqu'un qui en manque, le mineur a prêté [de l'argent], plus loin, on ne doit pas procéder que pour ordonner que, pour les actions du jeune homme qu'il a contre celui auquel lui-même a prêté [l'argent], il les cède à son créancier. Il a aussi acheté un bien-fonds, s'il l'a payé plus cher qu'il le faut, la chose devra être modérée d'une façon telle que le vendeur se voit ordonner, le prix ayant été rendu, de recouvrer le bien-fonds, d'une façon telle que, sans préjudice pour autrui, aussi, le créancier, du jeune homme, obtienne son bien. À partir de cela, il est clair que nous entendons à la fois ce qui doit être observé, si, avec son argent, il a acheté plus cher qu'il le faut, de sorte que, cependant, à partir du cas précédent, le vendeur qui a rendu le prix rende aussi les intérêts que, pour cet argent, il a perçus ou pu percevoir, et reçoive les fruits, avec lesquels le jeune homme est devenu plus riche. De même, en sens contraire, si le jeune homme, à un moindre prix qu'il le faut, a vendu, l'acheteur, certes, devra se voir ordonner de rendre les biens-fonds avec les fruits, dans la mesure où, à partir de cet argent, il est devenu plus riche. 2 - Si un mineur de [moins de] vingt-cinq ans, sans cause, au débiteur, a apporté un reçu, non seulement contre lui-même, mais aussi contre les garants et sur les gages, l'action doit être rendue. Si, à l'un de deux débiteurs, il a apporté le reçu, contre les deux, l'action devra être rendue. 3 - À partir de cela, nous entendons que, s'il a fait une novation préjudiciable pour lui, peut-être, si, d'un débiteur approprié à un débiteur sans moyens, il a transféré, à raison de la novation, l'obligation, celui-ci doit, contre le premier débiteur, être remis dans son état initial. 4 - Aussi, doit être procurée la remise en l'état initial contre ceux, quant au dol desquels, il n'est pas permis d'agir en justice, à moins que certaines personnes, avec une clause spéciale, n'en aient été exceptées ».*

[175] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 9, 5 § 15 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. 1, decis. 75, nb 30.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 15 - L'action reste au pupille, si, par la suite, il a pu être prouvé qu'il a été trompé au préteur. Mais il faut voir si, sur le bien* (in rem) *ou sur la personne* (in personam)*, nous lui accorderons l'action. Et il est mieux [de dire] que, sur le bien* (in rem)*, elle est donnée et non seulement sur la personne* (in personam)*, contre les tuteurs ou les curateurs ».*

l'aliénation a été confirmée avec un serment ? Nieuwstadt, *Decisiones*, decis. 80, pense que, dans un tel cas, l'aliénation est valide, une petite lésion étant intervenue seulement. Qu'en est-il si un décret est intervenu ? Mais, n'ayant pas été entendus les plus proches parents du pupille, que sera-t-il souhaité en outre dans beaucoup d'endroits ?Ceux-ci peuvent s'opposer au décret et à la vente, avec le moyen d'un appel, au mandat pénal de la Cour de Hollande, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 9, nb 15.

Qu'en est-il si quelqu'un a son domicile dans un endroit et que les biens situés ailleurs doivent être aliénés ? Il est demandé quel juge ira trouver le tuteur, celui du lieu où le pupille demeure ou celui où les biens immeubles sont situés ? Groenewegen, dans ses *De legibus abrogatis*, sur C. 5, 71 *(De l'aliénation des biens-fonds ou des autres biens des mineurs sans un décret)*, 16, veut que soit abordé seulement le magistrat [de l'endroit] où le pupille demeure, parce que, dans nos usages, seul ce magistrat défère toute la tutelle ou la curatelle. D'autres accordent le choix aux tuteurs [de savoir] s'ils voudront demander le décret au juge de la situation du bien ou au juge du domicile du pupille. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 9, nb 5, pense plus sûr qu'il soit demandé aux deux. Voyez ce que nous relèverons sur le liv. II, chap. XXVI, § 12, note 1257.

Il est principalement controversé : si un majeur, dans le lieu de son domicile (par les noces, une faveur obtenue du prince ou peu d'années avant la majorité), mais aussi dans l'endroit où les immeubles sont situés, est tenu pour mineur, leur aliénation sera-t-elle valide sans un décret ? Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 4, nb 8, la déclare invalide, à moins que cela n'ait triomphé dans l'usage entre des peuples voisins à partir d'une pure bienveillance ou, au plus, à partir d'une convention tacite des peuples voisins. Cependant, il a été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 166, p. 282, que le mineur qui avait obtenu du prince la faveur de l'âge, était tenu pour majeur partout et pour toute affaire.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXX. De même que les biens immeubles des pupilles et les autres qui sont comptés dans ceux-ci, sans un décret des magistrats des majeurs ou de la Cour de Hollande, ne peuvent pas être aliénés, de même, il faut le dire des dettes publiques de Hollande ou étrangères, C. 5, 37 *(De l'administration des tuteurs et des curateurs, et du prêt à intérêt et du dépôt de l'argent des pupilles)*, 22, et le dénombrement de ces biens meubles qui, avec l'autorisation de la Chambre des pupilles, sont vendus le montrent suffisamment, à savoir de la vaisselle, des vêtements, des gemmes et des autres qui ne portent pas de fruits dans la loi pupillaire d'Alkmaar, tit. 3, art. 5 et 6, joints aux art. 7 et 8 à la fin, etc.

CXXXI. Pour que ce décret intervienne régulièrement, doit être employé l'avis de la Chambre des pupilles. Les proches parents consanguins du pupille doivent aussi être entendus dans certains endroits, mais cela n'est pas requis partout, voir les lois pupillaires du Rijnland, art. 35 ; d'Enkhuyzen, tit. 4, art. 9 ; de Rotterdam, art. 25 ; de Leyde, art. 38.

CXXXII. Intervient le décret du magistrat par lequel le pupille a reçu un tuteur, comme l'approuvent non seulement D. 27, 9 *(De la non aliénation ou de la supposition des biens de ceux qui sont sous tutelle ou curatelle)*, 5 § 12, mais aussi l'avis requis de la Chambre des pupilles auquel un autre magistrat ne peut pas commander en tout cas, et la connaissance de l'explication de la cause de l'aliénation par le tuteur, à moins peut-être que, quant aux biens immeubles situés dans un endroit qui sont arrivés d'un étranger au pupille et sont administrés par un tuteur qui habite autre part, ne se trouve la question, dans ce cas, il est utile que le décret des deux magistrats soit employé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 9, nb 5.]

§ 7. Les tuteurs ont aussi un pouvoir de contracter des affaires pour le compte des mineurs ; mais ils doivent y aller avec une précaution particulière ; autrement, ils sont, comme ci-dessus, tenus du dommage [176].

[176] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 51 *(Le jugement de la tutelle)*, 7 ; D. 50, 17, 23 et là, Frans Herman Montanus, *De tutelis*, cap. 23, reg. 9, nb 1 et suivants.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Alexander et donnée en 293 : *« Tout ce qu'avec le dol ou la faute lourde ou légère du curateurs, les mineurs ont perdu ou, quand ils le peuvent, n'ont pas obtenu, il n'est pas d'un droit incertain que cela aussi, dans l'action utile de tutelle ou d'administration d'affaires, entre ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le

§ 8. À partir des affaires des tuteurs, les pupilles devenus majeurs peuvent ester en justice [177] et de nouveau, être cités à comparaître à partir de cela [178], étant sauf leur droit de rétablissement dans leur état initial [179], dans le cas où ils en étaient préjudiciés, ce qu'ils doivent mettre en œuvre dans les quatre ans [180] après qu'ils sont devenus majeurs , comme cela sera expliqué par la suite à sa place.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXXIII. Ce qui a été administré en faveur du pupille par le tuteur et ce qui a été contracté oblige les pupilles, étant sauvegardée cependant la remise en l'état initial. C'est pourquoi est irrégulier ce qui a été établi dans la cité de Flardingue dans la loi pupillaire, art. 74, [à savoir] que, si le tuteur a mal ou inefficacement administré quelque chose en faveur du pupille sans l'avis de la Chambre des pupilles, les magistrats pupillaires peuvent le casser et le rendre nul.]

*

Chapitre IX
Du devoir des tuteurs

---

réceptionnaire), *seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat), *la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

[177] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 39 *(Quand, à partir d'un acte du tuteur ou du curateur, les mineurs peuvent agir en justice et être cités à comparaître)*, 2 et 4.

Constitution d'Alexandre adressée à Sosander (sans date) : *« Quoique tes tuteurs, alors qu'ils ont prêté l'argent du pupille, aient eux mêmes stipulé, une action utile t'est accordée ».*

[178] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 39, 1 et 3. Voyez en outre tout ce même titre 51 du livre 5 et ici, Wesembeck dans ses *Paratitla* ; Frans Herman Montanus, *De tutelis*, cap. 31, effect. 5.

Constitution d'Antonin adressée à Septimus et donnée en 213 : *« Juliana, dont les tuteurs, envers toi, ont été condamnés, si elle a dépassé ses vingt-cinq ans d'âge, l'action d'un jugement utile contre elle et ses biens doit être exercée. Car il a été souvent décidé que les tuteurs et les curateurs, leur office étant fini, ne doivent pas être cités à comparaître à partir de leur administration des pupilles et des jeunes gens ».*

Constitution de Gordien adressée à Prudentianus et donnée en 240 : *« Si l'argent d'un mineur, qui a été remis en prêt au curateur, ou du tuteur, au nom du mineur, a été avancé contre un bien, c'est à juste titre qu'à ce même mineur doit être accordée une action personnelle ».*

[179] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre 4 du livre 4 du Digeste *(Des mineurs de [moins de] vingt-cinq ans).*

[180] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 52 *(Des délais pour la remise en l'état initial tant des mineurs et des autres personnes qui peuvent être remises en leur état initial que leurs héritiers)*, 7. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce texte.

Constitution de Justinien adressée à Johannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Distinguant la vaine différence d'une année utile de la remise en l'état initial de notre bien public, nous consacrons que, dans l'ancienne Rome, dans cette ville mère, en Italie et dans les autres provinces, quatre années continues soient seulement comptées à partir du jour à partir duquel l'année utile courait et que c'est là le délai commun de tout endroit ; en effet, à partir de la différence des lieux, il a été considéré par nous assez absurde que quelque distinction soit introduite. 1 - Cela non seulement pour les remises en l'état initial des mineurs, pour lesquels l'année utile commence à courir à partir du moment où la date de leurs vingt-six ans s'est faite jour, mais aussi, pour celles des majeurs, nous consacrons que la même chose est employée pour qu'ici, à la faveur de l'année utile rappelée, la continuation du temps soit observée pour l'intervention de l'ouverture du débat judiciaire et pour terminer le procès. 2 - Et, de même que tout âge mineur est reçu pour les remises en l'état initial des mineurs, de même, pour le délai des majeurs dans lequel, à raison de la République, ils étaient absents, ou dans les autres raisons légales qui, dans les anciennes lois, ont été énumérées, ont été occupés, tout sera recommandé et ne sera pas dissemblable, sur ce point, la remise en l'état initial des mineurs et des majeurs ».*

§ 1. Concernant le DEVOIR DES TUTEURS, cela a été un droit ancien [181] en Hollande que personne **[37]** ne puisse être tuteur s'il ne donne pas de garantie pour le bien des pupilles. Cependant, aujourd'hui, une telle chose est à la discrétion [182] du tribunal, lequel, souvent, laisse établir les tuteurs, particulièrement ceux qui sont nommés par une dernière volonté, avec un serment de s'en acquitter fidèlement ; parfois aussi, l'un des tuteurs qui se voit confier l'administration particulière réclame une caution ou un gage selon l'occasion des affaires, les plus proches parents étant entendus là-dessus.

[**Note de Willem Schorer sur la note 181 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessous, liv. III, chap. XXVI, § 6, sur les notes 928 et 929. Et nous verrons plus largement ci-dessous, liv. II, chap. XLVIII, § 15, sur la note 1691, comment cela a été diposé pour les pupilles.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CXXXIV. On n'a pas établi la même chose dans tous les endroits quant à la garantie des tuteurs. Certaines lois requièrent de façon tranchante une garantie, comme le Rijnland, art. 21 ; Flardingue, art. 22 ; Leyde, art. 17 ; Gouda, art. 46 ; Flessingue, art. 30. D'autres [lois] ne statuent rien quant à la garantie, Enkhuyzen, tit. 8 ; Zype dans ledit tit. 8 ; d'autres enfin, remettent au juste jugement des magistrats pupillaires [la question de savoir] s'ils voudront réclamer des garanties ou s'ils voudront acquiescer à une garantie sous serment, voir Alkmaar, tit.8, art.2 ; Purmerendam et Graft, de même ; Briel, art. 118, Medemblick, art. 28, où cependant, l'autorité des consuls est requise. Et, sur celles-ci, Grotius semble avoir ici avoir reçu ce dont, avec Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 7, nb 2, vous ne ferez pas à bon droit le droit commun de Hollande.]

§ 2. Les tuteurs sont tenus de faire tout ce qui est d'importance avec la connaissance et l'approbation de la chambre des pupilles [183], excepté quand cela est exclu par la dernière volonté, laquelle chose se produisant, demeure également le plus haut contrôle dans un temps de nécessité, par le tribunal.

§ 3. La tâche des tuteurs est de réclamer du père du pupille, de sa mère, de son beau-père ou de sa belle-mère [184] un inventaire de tous les biens laissés par les morts, ainsi, les meubles et les immeubles, avec les créances et les dettes, afin que ce soit délivré, contrôlé et renforcé par un serment à la chambre des pupilles, les plus proches parents étant appelé là-dessus dans le délai de six semaines ou deux mois, à moins que le mort ne soit mort d'une maladie contagieuse, ou

---

[181] (Note de Groenewegen) Voir privilège de la Hollande du Sud, p. 193 et 408, art. 28 ; *Institutes de Justinien*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, pr.

« Cependant, pour les affaires des pupilles ou des filles pupilles et de ceux ou celles qui, en curatelle, se trouvent, par les tuteurs ou les curateurs, ne soient pas consommées ou amoindries, le préteur veille à ce que les tuteurs et les curateurs donnent à ce titre garantie. Mais cela n'est pas perpétuel ; car les tuteurs désignés dans un testament ne sont pas contraints de donner garantie, parce que leur foi et leurs diligence, par le testateur lui-même, ont été approuvées ; de même, à partir d'une enquête, les tuteurs ou les curateurs n'ayant pas donné garantie en sont chargés, parce qu'ils ont été choisis comme appropriés ».

[182] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 9, defin. 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs).*

[183] (Note de Groenewegen) Voir le précédent chap. VIII, § 7.

[184] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 7, 7 pr ; C. 5, 37, 24.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le tuteur qui n'a pas fait le répertoire qui, communément, est appelé un inventaire, avec un dol, est considéré avoir agi, à moins, peut-être, que quelque raison nécessaire et très juste ne puisse être alléguée pour laquelle cela n'a pas été fait. Si quelqu'un, en conséquence, avec un dol, n'a pas fait d'inventaire, il se trouve dans cette situation qu'il est tenu de ce qui est de l'intérêt du pupille qui, à partir d'un serment, lors du procès, est évalué. C'est pourquoi il faut qu'il n'administre rien avant la confection de l'inventaire, si ce n'est ce qui ne pourra attendre aussi un petit retard ».*

Constitution d'Arcadius et Honorius adressée à Eutychianus, Préfet du prétoire, et donnée en 396 : *« Les tuteurs ou les curateur, bientôt après qu'ils ont été réglés, en présence des personnes publiques, s'occuperont de faire l'inventaire de façon ordinaire de tous les biens et instruments. 1 - L'or, l'argenterie et tout ce qui, avec la vétusté du temps, n'est pas changé, si, dans la richesse du pupille, on les trouve, sous une garde la plus sûre, ils les réuniront, cependant, d'une façon telle qu'à partir des biens meubles, des biens-fonds appropriés soient achetés ou, si, peut-être (comme il est ordinaire) des biens-fonds appropriés n'ont pas pu être trouvés, selon l'ancienne forme du droit, l'ajout des intérêts, dont la réclamation revient au risque du tuteur, s'accroît ».*

les plus proches parents étaient à mander de loin, dans lequel cas, le délai est étendu d'après la raison. Cependant, dans le cas où, par une dernière volonté, était reconnu libre de délivrer un inventaire [185] ou bien les plus proches parents n'ont pas pensé avantageux qu'une telle chose se produirait, ainsi, cela est considéré par la chambre des pupilles ou le tribunal avec discrétion au plus grand avantage des pupilles, sans qu'ils aient entièrement la nécessité, concernant cela, de se lier à la dernière volonté [186] ou aussi, au consentement des plus proches parents.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXXV. Pour ce qui touche à la confection de l'inventaire des biens du pupille, trois cas doivent être distingués. Le premier est quand l'un des parents a quitté la vie. Dans ce cas, non le tuteur ni la Chambre des pupilles, mais le parent survivant, mieux, le parâtre ou la marâtre, le tuteur y pressant et si la chose le demande, la Chambre des pupilles y contraignant, doivent faire un inventaire soigné de tout le patrimoine dont les lois posent qu'à partir de la coutume, il était commun entre les époux et le produire aux tuteurs ou aà la Chambre des pupilles pour examen et approbation ; voir les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 4 ; de Rotterdam, art. 14, 15 et 16 ; de Medemblick, art. 34, ; d'Alkmaar, tit. 2, art. 7 ; d'Enkhuyzen, tit. 2, art. 7 ; du Rijnland, art. 26 ; de Leyde, art. 27 ; de Gouda, art. 58 ; de Flessingue, art. 5, 6, 14 et 15 ; ailleurs cependant, le parent survivant réalise l'inventaire avec les magistrats pupillaires ou avec les tuteurs, voir les lois de Dordrecht, art. 38 et de Middelburg, art. 22.

CXXXVI. La Chambre des pupilles ayant été exclue, bien que son autorité cesse dans cette affaire, voir les lois pupillaires de Rotterdam, art. 16 à la fin ; de Leyde, art. 10 au début, la raison du droit impose au tuteur le devoir de réclamer du parent l'inventaire et cela a été récemment spécialement enjoint au tuteur dans le statut de Dordrecht du 29 décembre 1764, voir *Nederlandsch Jaarboek 1764*, p. 940 et suivante.

CXXXVII. Selon le droit commun de Hollande, dans certains statuts, expressément aussi pour la preuve de la réalisation de l'inventaire par le parent survivant, la nécessité est en vain remise par le testateur prédécédé. Cependant, autre part, cette disposition peut être approuvée ou par la seule Chambre des pupilles, lois de Flardingue, art. 35, ou par celui-ci même s'y ajoutant en outre le

---

[185] (Note de Groenewegen) Selon C. 5, 51, 13 § 1.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« 1 - Mais si au contraire, l'inventaire ayant été publiquement fait, [le tuteur] a inscrit les biens du pupille ou de l'adulte et que lui-même, par un écrit de cette sorte, a confessé un montant plus important de la richesse, rien d'autre ne doit être examiné, à moins que ce qu'il a écrit, selon les forces de ce même écrit, le patrimoine du pupille ou de l'adulte ne soit demandé ; en effet, ainsi, un homme est trouvé simple, mieux, plus sot de souffrir que, dans l'inventaire public, contre lui, quelque chose soit écrit ».*

[186] (Note de Groenewegen) En argument D. 38, 17, 2 § 44 ; D. 26, 3, 10 ; D. 26, 7, 5 § 7 ; *Consultatien van Hollandsche regtsgeleerden*, part. I, cons. 30 ; ordonnance de la chambre des pupilles à Amsterdam, art. 4, à Briel, art. 30, à Alkmaer et Edam, tit. 2, art. 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 51 *(Le jugement de la tutelle)*, 17 § 1.

Extrait du livre XIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 44 - On peut bellement débattre [de savoir], quand, à un pupille, un large legs a été laissé sous la condition [suivante] "s'il n'a pas eu de tuteurs" et qu'en outre, pour lui, la mère n'en a pas demandé, de sorte que la condition n'a pas fait défaut, si la constitution cessera [de jouer]. Et je pense qu'elle cesse [de s'appliquer], si le dommage est moindre que le total du legs. Et cela, pour les magistrats municipaux, est débattu chez Tertullien ; et il pense que, contre eux, doit être accordée une action, dans la mesure où il y a plus dans le dommage que dans le legs. A moins, peut-être que l'on ne pense que cette condition, comme opposée à l'utilité publique, doive être remise comme un grand nombre d'autres ; ou bien celui qui a manipulé les termes, à la mère, imputera [le fait de savoir] pourquoi elle n'a pas demandé de curateurs. Imagine que, de façon plus complète, la condition ait été rédigée ; faudra-t-il, à la mère, le pardonner ? Ou bien est imputé à la mère [le fait de savoir] pourquoi elle n'a pas souhaité que, par l'empereur, la condition soit remise. Et je pense que cela ne doit pas lui être imputé ».*

Extrait du livre XIV des *Discussions* de Tryphoninus : *« … le préteur suit l'avantage des pupilles et non la rédaction du testament ou du codicille. Car le préteur doit ainsi recevoir la volonté du père, s'il n'était pas ignorant de ce le préteur lui-même, quant au tuteur, a découvert. Qu'en est-il, enfin, si, par la suite, quant à celui que le père, dans son testament ou dans un codicille, n'a pas légalement donné et qu'il a écrit qu'il ne voulait pas qu'il y ait de tuteur ? Eh bien, le préteur ne suit pas la première volonté, de laquelle le père s'est écarté ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Julianus, dans le livre XXI de ses Digestes, expose une espèce de cette sorte : une certaine personne qui est morte, à ses fils, a donné des tuteurs et elle a ajouté "ceux-ci, je ne veux pas qu'ils soient tenus de rendre des comptes". Et Julianus dit que les tuteurs, à moins qu'ils n'aient garanti leur bonne foi dans l'administration, doivent être condamnés, bien que, dans le testament, il ait été mis qu'ils ne devaient pas rendre des comptes ; et, à ce titre, à partir de la cause d'un fidéicommis, ils ne devront rien obtenir, comme le dit Julianus, et cette opinion est vraie ; personne, en effet, ne peut remettre le droit public avec des garanties de cette sorte, ni changer la forme anciennement établie. Mais, tout dommage qu'à partir de la tutelle, ressent quelqu'un peut lui être légué et, par le biais d'un fidéicommis, lui être laissé ».*

consentement des magistrats de la ville, lois de Rotterdam, art. 16. À Middelburg, non obstant cette remise, la réalisation de l'inventaire doit être livrée, mais scellée, à la Chambre des pupilles, voir les lois pupillaires, art. 59 à 62, à moins que les deux parents, une certaine somme ayant été laissée à la faveur de la légitime et déclarant que celle-ci était égale à la légitime, n'ait remis l'inventaire au survivant et que le survivant, en outre, n'ait confirmé cette déclaration après la mort du prédécédé sous serment, art. 75, 76 et suivant. Dans ce cas, il est nécessaire qu'un testament de cette sorte et l'affirmation des deux parents quant au montant de la légitime n'aient pas précédé la mort du prédécédé de plus de quatre ans, voir la loi de Middelburg de 1645, art. 8.

CXXXVIII. Toutefois, à partir du consentement des parents consanguins, aussi, si rien n'a été dit dans le testament, l'inventaire peut être remis au parent survivant pour une juste cause ; voir les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 4 et 5 ; d'Alkmaar, etc. tit. 2, art. 9 ; mieux, ailleurs, à partir de la sentence des seuls tuteurs, lois pupillaires de Rotterdam, art. 14 ; de Leyde, art. 25 ; de Gouda, art. 57.]

[38] § 4. Ainsi, celui qui, dans ce même inventaire, tait certains biens perd avec cela sa part sur ces mêmes biens et il est sévèrement puni dans le cas d'une remarquable mauvaise foi et, pour le fait qu'avec le temps, certains biens en plus viennent à apparaître, qui n'étaient pas connus auparavant, l'inventaire doit en être augmenté [187].

[**Note de Willem Schorer**

Ainsi, celui qui etc. L'auteur signale ici que, si, en réalisant l'inventaire, il a caché des biens du pupille et qu'il l'a fait frauduleusement, le tuteur perd la part qu'il aurait eue autrement sur ce bien ; en outre, à la faveur d'un bien né en dehors de l'ordre, il doit être contraint, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 7, nb 5, parce que les peines légales qui privent quelqu'un de son droit, sont tombées en désuétude et parce qu'il y a à peine lieu à cette peine à raison de la clause commune selon laquelle celui qui réalise l'inventaire conserve pour lui la possibilité d'augmenter ou de diminuer l'inventaire. En outre, Voet observe que cette peine dépend entièrement d'un événement incertain, alors que, plus souvent, le tuteur n'a aucune part de la succession, de sorte que, de même, l'acte soit tantôt puni, tantôt non.

Si le tuteur a rapporté plus dans l'inventaire qu'avec le bien lui-même, il y avait dans le patrimoine du pupille, selon nos usages, il est secouru avec une remise dans son état initial, voir Voet, lib. 26, tit. 7, nb 5.

Du reste, le testateur ne remet pas à bon droit au tuteur le fait de rendre les comptes ; cependant, il a été jugé par le conseil de Brabant en février 1651 que le père pouvait remettre au tuteur la confection de l'inventaire, bien que le statut l'exigeât, voir Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 123, nb 2, 3 et 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXXXIX. Le parent survivant qui suppirme un bien en rédigeant l'inventaire du ptatrimoine commun avec un dol, perd sa part sur ce bien, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, tit. 2, art. 8 et sur les autres, dans les *Rechtsgeleerde Observatien* sur Grotius, part. III, obs. 9, ce que Voet ne refuse pas à bon droit, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit.7, nb 5, faisant appel en vain à Groenewegen, dont l'autorité ne peut pas se trouver à l'encontre de la chose jugée seulement par la suite chez van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. I, chap. 16, nb 7, ou la loi pupillaire de Leyde portée par la suite, art. 29.]

§ 5. La même chose doit aussi se produire au regard d'une succession ou des biens dont la propriété est faite celle du pupille, que celui qui vit le plus longtemps des parents en ait l'usufruit ou non.

[187] Voyez sur cela l'ordonnance de la chambre des pupilles à Amsterdam, art. 5, à Briel, art. 29, à Alkmaer et Edam, tit. 2, art. 3 ; les *Keuren* de Leyde, art. 96, la coutume d'Anvers, chap. 43 *(Des enfants mineurs et des personnes sous tutelle)*, art. 34. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 35, 2 *(Sur la Loi Falcidia)*, 59, D. 36, 1 *(Sur le sénatus-consulte Trébellein)*, 48 et C. 6, 37 *(Des legs)*, 5.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXL. Le second cas dans lequel l'inventaire est réalisé en faveur des pupilles, est si, les deux parents étant survivants ou l'un ou l'autre, certains biens viennent aux enfants ; dans ce cas, les exécuteurs ou les tuteurs qui ont été établis pour ces biens par le testateur, ou s'il n'y en a pas, les parents, sont tenus de produire un exemplaire du testament et l'inventaire des biens à la Chambre des pupilles et cela, afin que les parents, quoique, des tuteurs n'ayant pas été donnés, puissent les administrer, ne prennent pas leurs fruits qui ne leur ont pas été laissés sans l'avis de la Chambnre des pupille, voir les lois pupillaires de Rotterdam, art. 30 et 31 ; du Rijnland, art. 46 ; de Leyde, art. 30, ; de Gouda, art. 61 ; d'Alkmaar, tit. 2, art. 19 à 21, etc. ; de Flardingue, art. 41, comparez les lois d'Alkmaar, tit. 4 ; d'Amsterdam, art. 31.

CXLI. De même, le devoir de réaliser ou d'augmenter l'inventaire incombe aux tuteurs du pupille, les deux parents ayant été privés d'enfants, auxquels certains biens ont été donnés ou laissés par celui qui n'a rien statué quant à la tutelle, ils doivent être administrés par les tuteurs qu'a le pupille, voir les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 13 et 14 ; de Medemblick, art. 46 ; Flardingue, art. 40 ; de Leyde, art. 31 ; du Rijnland, art. 30 ; de Gouda, art. 62 ; d'Alkmaar, tit. 2, art. 22 ; de Rotterdam, art. 29 ; de Dordrecht, art. 50 et 51 ; de Haarlem, art. 10 ; de Middelburg, art. 49.]

§ 6. Celui qui vit le plus longtemps doit aussi, dans le court délai ci-devant dit, être contraint devant la chambre des pupilles ou le tribunal, de faire un partage des biens de la succession ou de les assigner aux pupilles, au moins au plus tard avant que lui-même puisse se marier une seconde fois, à moins que le tribunal ou la chambre des pupilles ne le trouve autrement avantageux après le conseil des plus proches parents.

[**Note de Willem Schorer**

Se marier une seconde fois. La mère, dans certains statuts des places, qui passe à de seconds vœux, perd la tutelle des enfants, voir les *Responsa Ultrajectina*, art. II, cons. 115, nb 3, 5 et 8.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXLII. Le but de la réalisation de l'inventaire par le parent survivant (voir *Thèse* CXXXV) est que les biens communs entre le parent et les pupilles soient partagés en présence de la Chambre des pupilles, voir les lois pupillaires de Flessingue, art. 19, c'est-à-dire que leur est assignée cette part qui se présente à eux (Lois d'Alkmaar, tit. 2, art. 10) ; cette assignation est en général faite en présence des proches parents consanguins (voir lesdites lois d'Alkmaar, tit. 2, art. 5 et 6 ; de Monickendam, de Graft, de Purmerendam, dans l'endroit cité ; d'Enkhuyzen, tit. 2, art. 2 ; de Briel, art. 26 et 27, d'Amsterdam, art. 3 et 10) dans un court délai déterminé dans les lois, de façon certaine, avant le contrat des secondes noces, voir les *Rechtsgeleerde Observatien*, part. I, obs. 15 ; la déclaration de celles-ci n'est pas permise dans un grand nombre de places, l'assignation n'ayant pas été faite, une peine pécuniaire étant en outre statuée dans certains endroits (voir les lois pupillaires de Rotterdam, art. 28 ; de Briel, art. 50) ; ou celle avec laquelle le parent survivant qui reçoit pour lui un avantage après la dissolution de la communauté par la mort d'un époux, avec les enfants auxquels l'assignation des biens n'a pas été faite en son temps, est tenu de partager sans aucune société de perte (voir les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 21 et 22 ; de Leyde, art. 24 ; de Gouda, art. 55 ; de Flessingue, art. 17, d'Alkmaar, tit. 2, art. 27, 28 et les autres semblables ; de Briel, art. 48 et 49 ; de Flardingue, art. 31 ; de Dordrecht, art. 42 et 43) ; cela est cependant limité d'une certaine façon pour l'armement des navires dans les lois pupillaires de Medemblick, art. 53, et de Flardingue, art. 32.

CXLIII. Les biens meubles assignés sont gardés par la Chambre des pupilles, les immeubles sont indiqués, à moins que ce collège n'ait permis l'administration de ceux-ci au parent survivant pour une raison sous la garantie appropriée, voir les lois pupillaires de Medemblick, art. 45 ; de Grootebroeok, art. 7 ; d'Alkmaar, tit. 4, art. 1 à 4 ; d'Enkhuyzen, etc., dans ledit endroit ; de Flardingue, art. 60 ; de Briel, art. 52 à 55 ; d'Amsterdam, art. 12 ; de Middelburg, dans l'interprétation, art. 14.

CXLIV. La nécessité de faire l'assignation des biens aux enfants cesse dans trois cas : 1°. à partir du consentement des proches parents consanguins, dans ce cas, la communauté des biens entre le parent survivant et les pupilles est continuée, non cependant, s'il passe à de seconds vœux, voir les lois pupillaires d'Enkhuyzen, tit. 2, art. 2 ; d'Amsterdam, art. 3 ; Gorinchem, art. 33 ; du Rijnland, art. 31 ; de Haarlem, art. 8, d'Alkmaar, tit. 2, art. 12 et les autres semblables ; 2°. à partir de la disposition

du parent prédécédé produite dans les six semaines à la Chambre des pupilles ; à celui-ci, cependant, il est raisonnable, si le bien le réclame, ce précepte ayant été négligé, d'enjoindre de faire l'assignation, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, tit. 2, art. 13 ; de Purmerendam, Monickendam, Zype, de même ; 3°. si les biens ne sont pas solvables, , ce qui doit être en général prouvé avec l'inventaire, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, tit. 2, art. 14 et les autres semblables ; de Flardingue, art. 38 ; de Briel, art. 35 ; mieux, cela doit être confirmé sous serment, lois de Gorinchem, art. 34 ; d'Enkhuyzen, tit. 2, art. 5, à moins qu'à partir du consentement de la Chambre des pupilles, l'inventaire ne soit remis par les parents consanguins ou les tuteurs, voir lois de Medemblick, art. 40 ; de Dordrecht, art. 45. Toutefois, la seconde exception dans les autres lois pupillaires n'est pas rappelée, à moins qu'étant exclue la Chambre des pupilles, voir la loi de Haarlem, art. 3, elle ne soit réprouvée ailleurs, voir la loi d'Amsterdam, art. 8.]

§ 7. Le partage des biens de la succession se produit par une vente après la confection d'une évaluation, un partage volontaire ou par un tirage au sort, autrement appelé des lots aveugles.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXLV. Quant aux trois façons dont l'assignation des biens peut être faite, voyez les *Rechtsgeleerde Observatien*, part. III, obs. 10.

Le rachat du patrimoine commun par le parent survivant, contre son gré (voir les lois de Middelburg, art. 28 et 29 ; de Flessingue, art. 22 à 24), ne peut pas être fait à partir du consentement des parents consanguins et de la Chambre des pupilles, non cependant d'une façon telle que le droit des créanciers soit fraudé, sur le fondement de la décision de la Cour du 23 mars 1615, *Decisien en resolutien van den Hove*, n° 106, ou être modifiée, les pupilles ayant été renvoyés, de même, n° 83 ; voir les *Sentencien van den Hooge en Provinciaale Raad*, decis. 129 ; dans celles-ci, toutefois, cela a été pourvu ailleurs, leur ayant été accordée une prescription de six ans (voir la loi d'Amsterdam du 31 juillet 1656) ou de trois ans (dans la loi de Leyde du 24 septembre 1659, insérée dans les lois pupillaires, art. 26, qu'ont adoptée les gens de Gouda, voir la loi pupillaire, art. 57).

Le partage volontaire des biens évalués d'un consentement commun entre le parent survivant et les tuteurs du pupille avec l'autorisation de la Chambre des pupilles attribue à chacun les biens et les dettes à proportion de la part due, d'une façon telle que seuls ces biens qui sont échus aux pupilles (non tous, comme on le croit communément faussement), doivent être publiquement vendus pour payer la partie de la dette, voir les lis pupillaires de Leyde, art. 323 ; de Medemblick, art. 36 ; de Gouda, art. 64.

Si, à partir d'un consentement mutuel, le partage n'est pas fait, il y aura lieu à celui qui est fait contre le gré du parent, selon lequel, des parts égales ayant été établies, un tirage au sort est fait, voir les lois pupillaires du Rijnland, art. 32 ; de Flardingue, art. 29 à la fin.]

§ 8. Là où il n'est resté aucun père, aucune mère, aucun beau-père ni aucune belle-mère dans la succession, les tuteurs doivent faire l'inventaire avec les plus proches parents dans le délai fixé [188] et le délivrer à la chambre des pupilles ou au tribunal, et l'augmenter (s'il y en a la nécessité), comme il a été dit ci-dessus.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXLVI. Le troisème cas dans lequel un inventaire doit être réalisé a lieu après la mort du parent survivant qui, l'assignation des biens ayant été faite ou non faite, a quitté la vie. Ce devoir incombe aux parents consanguins ou à la Chambre des pupilles, à moins que celle-ci n'ait été exclue, les tuteurs ayant été cependant obligés de toute manière de faire l'inventaire en présence d'une personne

[188] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 7, 7 pr ; C. 5, 37, 24 pr.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le tuteur qui n'a pas fait le répertoire qui, communément, est appelé un inventaire, avec un dol, est considéré avoir agi, à moins, peut-être, que quelque raison nécessaire et très juste ne puisse être alléguée pour laquelle cela n'a pas été fait. Si quelqu'un, en conséquence, avec un dol, n'a pas fait d'inventaire, il se trouve dans cette situation qu'il est tenu de ce qui est de l'intérêt du pupille qui, à partir d'un serment, lors du procès, est évalué. C'est pourquoi il faut qu'il n'administre rien avant la confection de l'inventaire, si ce n'est ce qui ne pourra attendre aussi un petit retard ».*

Constitution d'Arcadius et Honorius adressée à Eutychianus, Préfet du prétoire, et donnée en 396 : *« Les tuteurs ou les curateur, bientôt après qu'ils ont été réglés, en présence des personnes publiques, s'occuperont de faire l'inventaire de façon ordinaire de tous les biens et instruments ».*

publique, voir les lois pupillaires d'Enkhuyzen, tit. 2, art. 12 ; de Medemblick, art. 27 et 28 ; cette seconde loi ordonne que celui-ci soit produit scellé et confirmé avec le serment des tuteurs à la Chambre des pupilles et qu'il soit conservé par lui tant que dure la tutelle, art. 29 ; de même dans le sattut de Middelburg, art. 60 ; de Flessingue, art. 63.]

§ 9. Les lettres et les obligations appartenant seulement aux pupilles ou aussi avec d'autres sont apportées à la chambre **[39]** des pupilles et là, conservées, à moins que la chambre des pupilles n'ait été exclue par une dernière volonté. Les tuteurs doivent faire entretenir les pupilles selon leurs moyens, nourrir [189] par le parent vivant le plus longtemps ou un autre des plus proches parents qui le peut le mieux et sans frais et est volontaire pour le faire, ou à défaut de ceux-ci, par d'autres bonnes personnes ; ils doivent aussi porter le souci que les pupilles apprennent une profession ou quelque chose d'autre selon leur occasion, étant bien entendu que les parent qui vit le plus longtemps doit entretenir ses fils jusqu'à l'âge de dix-huit ans et ses filles jusqu'à l'âge de quinze ans [190] seulement pour les fruits [191] des biens assignés que ceux-ci assignent à leurs enfants par le partage des biens de la succession, à moins que, pour une grande raison, une autre chose ne soit mise à charge par le tribunal ou la chambre des pupilles [192].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

[189] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 5, 49 *(Où les pupilles seront éduqués)* et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur lui ; Cooren, avis 5 et avis 17 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 8, defin. 1 ; Frans Herman Montanus, *De tutelis*, cap. 32, reg. 9, nb 230 jusqu'au nb 261.

Le litre 49 du livre 5 du Code comporte deux constitutions.

[190] (Note de Groenewegen) En argument D. 25, 3, 5 § 7 ; *Keur* de la chambre des pupilles à Amsterdam, art. 31, à Rotterdam, art. 37 ; coutume d'Anvers, chap. 36 *(De l'état et de la condition des personnes)*, art. 4 ; voyez ladite décision 51 dans Sande, *Decisiones Frisicæ* …, II, tit. 9, defin. 14 ; voyez D. 34, 1, 14 § 1.

Extrait du livre II *De l'office du consul* d'Ulpien : *« 7 - Mais, si le fils peut s'entretenir, les juges doivent évaluer de ne pas devoir décider pour lui des aliments. Enfin, de même, le divin [Antonin] le Pieux a dit dans un rescrit : "Abordés par toi, les juges compétents ordonneront que tu sois nourri par ton père à la faveur de la mesure des richesses de ce dernier, si seulement, alors que tu dis être artisan, dans cette maladie, tu te trouves, de sorte qu'avec tes travaux, tu ne puisses pas y suffire" ».*

Extrait du livre II *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« 1 - De façon certaine, si, jusqu'à leur puberté, les aliments sont laissés, si quelqu'un a voulu suivre l'exemple des aliments qui, naguère, aux jeunes garçons et aux fillettes, étaient donnés, qu'il sache qu'Hadrien a établi dans une constitution que les jeunes garçons, jusqu'à dix-huit ans, et les fillettes, jusqu'à quatorze ans, étaient nourris et notre empereur a dit dans un rescrit que cette forme donnée par Hadrien devait être observée. Mais, quoique la puberté, généralement, ne soit pas ainsi délimitée, cependant, en considération de l'affection, sur la seule espèce des aliments, il n'est pas brutal que cette période de l'âge doive être observée ».*

[191] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit art. 31 [de la chambre des pupilles d'Amsterdam] et le ci-devant dit cap. 36 [de la coutume d'Anvers], art 5 ; *Consultatien van Hollandsche regtsgeleerden*, part. I, cons. 146 ; ordonnance de la chambre des pupilles de Briel, art. 59, Alkmaer et Edam, tit. 4, art. 1 ; Surdus, *De alimentis*, tit. 4, quæst. 9, nb 10 et tit. 7, quæst. 6, nb 21 ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, rubr. 6, art. 4, glose sur *Aliments*, nb 8 ; Menochius, *De arbitrario judicio*, cas. 169, nb 3.

[192] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 2, 3 ; Menochius, dans ledit endroit ; ordonnance de la chambre des pupilles de Briel, art. 61, Alkmaer et Edam, tit. 4, art. 4

Extrait du livre Ier *De tous les tribunaux* d'Ulpien : *« Le droit de décider des aliments pour les pupilles, au préteur, se présente, afin que lui-même mesure quelle somme les tuteurs ou les curateurs, pour leurs aliments, aux pupilles ou aux jeunes gens, devront payer. 1 - Mais il doit regarder la mesure du patrimoine, lorsqu'il décrète les aliments ; et il doit les statuer de façon si mesurée qu'il ne décrète pas tout le revenu du patrimoine pour les aliments, mais, toujours, elle sera de sorte que quelque chose du revenu subsiste. 2 - Devant les yeux, il doit avoir, en les décrétant, les esclaves qui, envers les pupilles, font le service, les revenus des pupilles, le vêtement et le toit du pupille ; l'âge est aussi regardé, dans lequel a été établi celui pour lequel les aliments sont décrétés. 3 - Cependant, pour ceux qui ont été placés dans de grands patrimoines, non l'accumulation du patrimoine, mais ce qui, à un entretien, de façon frugale, suffit donnera la mesure pour les aliments. 4 - Mais, si n'est pas établi quelle sera la mesure des richesses, entre le tuteur et celui qui souhaite que des aliments soient décrétés, il doit en recevoir la connaissance et ne pas, au hasard, décréter les aliments, afin qu'envers les deux parties, il ne soit pas en faute ; d'abord, cependant, il doit réclamer que le tuteur déclare quelle somme il y aura dans ses mains et le menace que de plus lourds intérêts lui seront infligés pour ce qui, au-dessus de la déclaration, devant lui, a été embrassé. 5 - De même, pour l'instruction des pupilles, des jeunes filles pupilles ou de celles qui, dans leur vingtième année, ont été établies, il les décrète ordinairement en considération des richesses et de l'âge de ceux qui sont instruits. 6 - Mais, si les pupilles sont dans la détresse, de son propre bien, le tuteur n'est pas contraint de les nourrir. Et, si, peut-être, après les aliments décrétés, à une détresse, le pupille a été conduit, doivent être diminués ceux qui ont été décrétés, de même qu'ils sont ordinairement augmentés, si quelque chose, au patrimoine, s'est ajouté ».*

CXLVII. L'instrument qui fait foi de l'assignation des biens faite par le parent survivant, comme les chirographes des dettes pupillaires, sont gardés par la Chambre des pupilles ; les chirographes eux-mêmes sont fortifiés avec une certaine annotation contre la crainte d'une aliénation et ne sont pas délivrés au tuteur plus longtemps que pour recevoir les intérêts, voir les lois pupillaires du Rijnland, art. 39 et 40 ; de Rotterdam, art. 27 ; d'Alkmaar, tit. 3, art. 1 à 3 et les autres semblables ; de Gorinchem, art. 36 ; de Medemblick, art. 45 ; de Haarlem, art. 13 ; de Leyde, art. 48 et 49. Toutefois, les livres de compte que le survivant a laissés, avec l'annotation des dettes qui n'ont pas encore été apurées ou portées en recette, restent dans les mains du tuteur, voir ladite loi de Leyde, art. 48 ; de Gouda, art. 80.

CXLVIII. Les chirographes ou les biens meubles communs au pupille et à un autre majeur, quoiqu'en général, ils doivent être gardés par la Chambre des pupilles, à moins que la plus grande partie ne soit confiée sur ceux-ci à celui qui l'a sous une garantie appropriée, sont réputés devoir être partagés ailleurs, voir les lois pupillaires de Leyde, art. 33 ; de Gouda, art. 64 ; de Dordrecht, art. 50.

CXLIX. Les biens communs entre plusieurs pupilles devenus héritiers de leurs parents, restent à meilleur droit indivis, à moins que les parents n'aient commandé autre chose, qu'il n'ait semblé à la Chambre des pupilles que le partage de cela soit fait ou que l'âge de la majorité ne réclame le mariage d'un pupille, voir les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 43 ; de Gorinchem, art. 41 ; de Medemblick, art. 51 ; d'Alkmaar, tit. 4, art. 15 ; de Monickendam, Purmerendam, Graft, Zype, de même ; de Flardingue, art. 63 ; de Haarlem, art. 17 ; de Dordrecht, art. 53 ; de Middelburg, art. 45 et 46. Mieux, dans ce dernier cas, entre les autres mineurs, la communauté est réputée devoir être continuée dans la loi de Flessingue, art. 28 et 29.

CL. Les pupilles doivent être élevés chez celui auquel le partent prédécédé l'a confié, à moins que cela n'ait semblé moins avisé à la Chambre des pupilles, voir les lois pupillaires d'Alkmaar, Monickendam, Enkhuyzen, Graft, Zype, Purmerendam, tit. 4, art. 8, aussi chez le veuf ou la veuve du parent remarié, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 2, nb 1.

CLI. Si rien n'a été disposé dans le testament, le parent qui a attribué dans l'assignation des biens une pleine part aux pupilles, n'est pas contraint de les élever et de les nourrir régulièrement, mais, s'il l'a voulu, il est préféré aux autres et recevra des revenus des biens ce qui est requis pour les aliments (voir lesdites lois, art. 5, 9 et 12). Si les revenus ne suffisent pas, il faudra diminuer quelque chose des biens, (voir de même, art 10) ou qu'il y soit suppléé par le parent, art. 11.

CLII. Cependant, si l'assignation des biens a été faite par le parent par le biais d'un rachat, à la faveur des fruits de la part qui est échue aux enfants, même s'ils ne suffisent pas, il est tenu de les nourrir (voir les lois pupillaires d'Alkmaar et des autres, tit. 4, art. 2 ; d'Amsterdam, art. 31 ; de Gorinchem, art. 45 ; de Medemblick, art. 48 ; de Flardingue, art. 49 ; de Dordrecht, art. 46) ; non à partir des revenus des biens qui viennent aux enfants d'ailleurs, à moins qu'une autre choses n'ait envisagée pour le testateur, le donateur ou la Chambre des pupilles, voir lesdites lois, art. 4 ; celles du Rijnland, art. 46 ; d'Amsterdam, art. 31. Les enfants sont non seulement nourris par le parent jusqu'à l'âge de 18, 15 ou 16 ans, comme le disposent certaines lois, et jusqu'à la majorité (voir les lois d'Alkmaar et des autres, tit. 4, art. 2) ou à l'époque déterminée dans le pacte de la Chambre des pupilles avec le parent (voir les lois de Dordrecht, art. 46 ; de Medemblick, art. 48). Cette charge de nourrir aussi après la mort du parent survivant est attachée au patrimoine de celui-ci, à moins que n'y supplée la part assignée aux enfants dans le rachat des biens, voir la loi d'Alkmaar, tit. 4, art. 3, ou que l'on n'ait transigé également quant à cette affaire, voir les lois de Leyde, art. 28 ; de Gouda, art. 59. Ailleurs, cependant, la succession du parent est dispensée de cette charge, voir les lois de Flardingue, art. 4-9 ; de Flessingue, art. 25 ; de Middelburg, art. 30.]

§ 10. Les deniers provenant d'un partage, d'une vente ou d'un reste du revenu annuel au-dessus de l'entretien, doivent être appliqués dans les deux mois [193] à l'achat de terres ou de

[193] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 7, 7 § 11. Cependant, pour ce qui les concerne, il n'y a aucune *keur* particulière et le ci-devant dit délai de deux mois n'est pas de si près suivi, mais fixé à la discrétion du juge. Cornelis van Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ, Zelandiæ et Westfrisiæ decisiones*, decis. 51 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 11 [de D. 26, 7 *(De l'administratio,n et du préil ded tuteurs et des curateurs qui ont adùinistré ou non, et des agents ou de ceux qui doivent être cités en justice, un ou plusieurs)*.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - S'il faut que soit déposé l'argent pour l'achat de biens-fonds, si, certes, cela a été fait, les intérêts ne courent pas ; mais, si au contraire, cela n'a pas été fait, si, certes, il a été prescrit que [les intérêts]*

rentes [foncières] sous peine que les tuteurs qui les détiennent plus longtemps en leur pouvoir, en dehors de la connaissance et de l'approbation du tribunal ou de la chambre des pupilles, soient tenus d'en payer aux pupilles un gain d'une valeur de six pour cent [194]. Ils doivent aussi se soucier que les rentes **[40]** soient garanties avec une bonne hypothèque ou de solides cautions [195] obligées avec le [débiteur] principal, un pour tous [196], et stipuler (laquelle chose est accordée aux pupilles comme un privilège particulier) que les débiteurs des rentes devront décharger ces mêmes rentes lorsque les pupilles seront devenus majeurs [197].

[**Note de Willem Schorer sur la note 193 de Groenewegen van der Made**

Cela aussi, à partir des ordonnances du Conseil d'Utrecht du 27 octobre 1623, voir les *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 76, nb 5, où il est disposé des intérêts des pupilles.

Sous peine que etc. Cela n'est pas observé chez nous de façon si stricte que cela ne souffre aucune limitation, comme le disent ici Groenewegen dans sa note et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 7, nb 10. À Middelburg, il a été ainsi expressément disposé dans l'ordonnance de la Chambre des pupilles, art. 37, que, si le père était marchand, dans ce cas, les pupilles pouvaient continuer le commerce au nom et au risque du tuteur, voir Voet, lib. 26, tit. 7, nb 11.

Un gain de six pour cent. Ainsi aussi, cela a-t-il été répondu, *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons 112, p. 295 aux mots *wat aangaat* [ce qui regarde]. Mais aujourd'hui chez nous, les intérêts ont été réduits au compte d'un pour vingt et Groenewegen, dans son *De legibus abrogatis* sur C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 26, et ci-dessous dans sa note sur le liv. II, chap. X, § 10, note 443, rapporte que cela a été ainsi jugé par la Cour de Hollande. Ainsi aussi a-t-il été disposé à Amsterdam, si le créancier a reçu un gage en sûreté d'un prêt, voir les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum,* part. III, cons. 79, nb 1. Ailleurs, cependant, ils sont été restreints à quatre pour cent, voir le *Précis du droit Belgique*, p. 165. Mais, dans le tribunal de Saxe, les intérêts ordinaires et adjugés sont de cinq pour cent, dit Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 30, defin. 1 et il enseigne que cette limite des intérêts a été placée en 1548 vis-à-vis de la cupidité, *Decisiones illustres*, decis. 294, nb 4 et 5. Cependant, il est permis au marchand de stipuler des intérêts plus lourds, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 136, ce qui convient aussi aux usages de la France à raison d'un espoir de profit plus grand, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. VI. p. 139. De là, il s'ensuit (à savoir parce que les intérêts ont été réduits aux usages) que le tuteur doit procurer de petits intérêts à partir de l'usage de la région au pupille, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 61, p. 130 aux mots *dat een momber - i. e.* "qu'un tuteur" ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 56 *(Des intérêts pupillaires)*, 1, et ainsi aussi l'a jugé la Cour Suprême le 1er décembre 1592, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 51.

Qu'en est-il si le tuteur n'a pas eu d'espèces superflues du pupille, mais les atournées à ses propres usages et sa propre utilité ? Dans ce cas, il ne doit pas procurer d'intérêts selon l'usage de la région, mais des intérêts plus lourds ou légaux, c'est-à-dire de six pour cent, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 26, tit. 7, nb 9 ; Brunnemann sur C. 5, 56 *(Des intérêts pupillaires)*, 1, et cela a été ainsi expressément disposé à Middelburg *sous peine d'une double croix*, voir l'ordonnance de la chambre des pupilles, art. 38. Mais il a été répondu que, pour réclamer ces intérêts, il ne suffit pas que le tuteur ait converti à son utilité les espèces du pupille, mais qu'il l'ait fait de mauvaise foi, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 61, p. 130 aux mots *het welk nochtans - i. e.* "ce qui, cependant".]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLIII. Le tuteur dépense à bon droit l'argent du pupille pour acheter des biens-fonds ruraux fructueux, voyez les lois citées dans les *Rechtsgeleerde observatien* sur Grotius, part. III, obs. 13, et les lois

---

soient déposés, ceux du pupille seront payés ; si cela a été prescrit et que cela a été négligé, quant à la mesure des intérêts, il faut voir [ce qu'il en sera]. Et, ordinairement, les préteurs menacent que, si leur dépôt n'est pas fait ou que, plus tardivement, il est fait, les intérêts légaux seront payés ; si, en conséquence, la menace est intervenue, le juge qui, un jour, en connaîtra suivra le décret du préteur ».

[194] Voir [Cornelis van Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ, Zelandiæ et Westfrisiæ decisiones*] dans ladite decis. 51 ; Sande, *Decisiones Frisicæ*…, III, tit. 14, defin. 6.

[195] Voir *Consultatien van Hollandsche regtsgeleerden*, 1 D, avis 117.

[196] C'est-à-dire de façon solidaire.

[197] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 35, lettre Q ; chambre des pupilles du Rijnland, art. 38.

de Gouda, art. 71. Toutefois, une autre chose a été statuée dans les lois pupillaires de Gorinchem, art. 37 ; de Haarlem, art. 14 ; de Flessingue, art. 42.

CLIV. Sur l'établissement des revenus annuels à la faveur de l'argent du pupille, certaines choses particulières ont été reçues dans la loi hollandaise du 12 septembre 1592 ; comme le fait que ces dettes sont à bon droit contractées en présence de la Chambre des pupilles et qu'ils usent du même droit de préférence pour les revenus établis avec l'autorisation des échevins, voir loi du 24 mai 1656, Privilèges d'Amsterdam, p. 643 ; il faut s'en tenir à l'autorité de la réponse donnée avant cette loi que ce droit était aussi sauvegardé après l'âge pupillaire, contre Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 14 à la fin, qui est en désaccord ; quant à ce droit de oréférence, voyez les lois pupillaires d'Amsterdam, art. 28 et 29 ; de Flardingue, art. 64 ; de Leyde, art. 42 ; de Gouda, art. 74 ; d'Enkhuyzen, tit. 6, art. 6 ; d'Alkmaar, tit. 6, art. 7 et les autres semblables ; de Gorinchem, art. 26 ; de Briel, art. 92 ; en outre, le fait que le débiteur ne pourra pas payer des revenus de cette sorte avant la déclaration trimestrielle, mais que le pupille créancier qui arrive à la majorité ou au mariage pourra déclarer au débiteur le paiement à faire après six mois ; cela et les autres avantages de la dette pupillaire sont considérés avoir été tacitement promis, s'ils ont été contractés *"selon la loi de la Chambre des pupilles"* dans les lois de Leyde, art. 43 à 47 ; de Gouda, art. 75 à 79.

CLV. L'argent du pupille n'a pas pu être prêté tant à partir du décret des États de 1608, qui était temporaire, que plutôt à partir des décrets du 23 mai 1635 et du 11 décembre 1642, aux cités de Hollande ou au trésor public de Hollande en sécurité, ce qui a été permis dans de nombreuses lois postérieures. De même, en Zélande, cela a été établi dans l'édit du 31 mai 1679. D'où, cependant, il n'est pas approuvé que celui-ci ne puisse pas être employé dans l'achat de biens-fonds ruraux, chez des personnes privées, être réuni pour des garants appropriés et obligé en hypothèques. Sans cette sécurité, ni à des citoyens privés, ni à des peuple étrangers ; l'argent prêté par un parent ou par le testateur n'est pas au risque du tuteur, exemple de la faute faite, voir C. 5, 51 *(Le jugement de la tutelle)*, 2 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, n° 332 ; lois pupillaires d'Alkmaar et autres semblables, tit. 8, art. 6 ; d'Enkhuyzen, tit.8, art. 4 ; de Zype, tit. 8, art. 5 ; de Briel, art. 122.]

§ 11. Les tuteurs sont tenus eux-mêmes d'avoir l'administration des biens par un partage avec les autres [198] ou en en donnant le pouvoir à quelqu'un de leur nombre [199], cependant,

---

[198] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 7, 46 et là, Bartole.

Extrait du livre IX des *Réponses* de Paul : *« Lucius Titius, le curateur de Gaius Seius, à l'époque de sa curatelle, a loué le bien-fonds Cornélien à Sempronius et ce Sempronius a traîné derrière lui des arriérés ; le pupille, son âge ayant été approuvé a fait ce même Sempronius, à un certain moment, son colon, comme procurateur ; je demande si, à partir du moment où ce que celui-ci, comme procurateur, a fait, le jeune homme sera considéré avoir reconnu toute la dette et, à ce titre, avoir libéré son curateur. Paul a répondu qu'à partir du moment où, adulte, il a voulu avoir celui qui cultivait ses biens-fonds comme procurateur, celui-ci était considéré avoir reconnu la dette, dont, à partir de la prise de bail, il y a le reliquat. 1 - Sempronius qui, à partir d'une promesse, avait été le débiteur de sa patrie, a possédé des biens publics sur l'ordre du gouverneur ; pour ces biens, les magistrats de la République ont établi trois curateurs qui, chez les Grecs, sont appelés* επιμεληται *- administrateurs - et qui, par la suite, entre eux, sans le consentement de la République, on partagé l'administration des biens de Sempronius ; certains de ceux-ci, alors qu'ils traînaient derrière eux des arriérés, ont cessé d'être appropriés durant cette même période de l'administration ; par la suite, le pupille, héritier de Sempronius, qui s'était tenu à l'écart, de l'empereur, a obtenu que les biens paternels lui soient rendus ; je demande si, à partir des biens de ceux qui sont appropriés, à l'indemnisation du pupille, il devra être pourvu, du fait qu'un office indivisible de curatelle leur a été, par les magistrats, enjoint. Paul a répondu que, si, au pupille, on avait décidé que, contre les curateurs, les actions relatives aux biens soient décrétées, à la faveur de la part de celui qui n'est pas approprié, il fallait que les magistrats soient cités en justice ; en effet, l'une est la cause des tuteurs, l'autre, [celle] de ceux qui administrent les affaires de la République. 2 - Le tuteur qui a prêté à intérêts l'argent de son pupille, bien qu'en son propre nom, n'est pas considéré, contre les constitutions, avoir agi, [constitutions] qui interdisent de convertir à ses propres usages l'argent du pupille. 3 - Il a été demandé si, de cet argent dont le tuteur a usé, après la fin de la tutelle aussi, au jour de la réception de l'action, il devra payer ces mêmes intérêts. Paul a répondu que, l'administration étant terminée, devaient être comptés ces intérêts qui, dans l'action de tutelle, sont comptés. 4 - Paul a répondu qu'à raison de celle qu'après la puberté, aucune nécessité n'y contraignant, mais qu'à partir de sa volonté, le tuteur a administrée, le garant qui a garanti que le bien [du pupille] serait sauvegardé n'est pas tenu. 5 - Avec l'action de tutelle, le tuteur, ayant été cité en justice, a produit le livre des comptes et, selon celui-ci, ayant été condamné, il a payé ; par la suite, des débiteurs paternels, dont les dettes, dans le livre des comptes, ne sont pas entrées, le pupille a voulu les réclamer et les quittances du tuteur ont été présentées par ceux-ci ; il a été demandé si, contre le tuteur ou contre les débiteurs, l'action se présentera à lui. Paul a répondu que, si, au moment de l'administration de la tutelle, au tuteur qui administre la tutelle, les débiteurs les avaient payées, ils étaient libérés, selon le droit lui-même, du pupille ; mais, si, contre le tuteur, on a agi en justice, le jeune homme lui-même, à raison de cette cause de tutelle, pouvait faire valoir en justice son droit et, contre l'exception de chose jugée, user de la réplique de dol. 6 - Lorsque, dans un testament, deux tuteurs ont été donnés à un pupille et que l'un d'eux a quitté la vie, à la place de celui-ci, la mère le*

néanmoins à leur entière charge [200] ; et le père, la mère, le grand-père ou la grand-mère ne peuvent réclamer aucune rémunération pour leur tutelle ; mais les autres tuteurs, dans le cas où ils doivent vivre de leur travaux et souhaitent une telle chose, sont rémunérés [201] à la discrétion de la chambre des pupilles ou du tribunal ; cependant, dans les grosses successions, il est laissé aux tuteurs de nommer un receveur qui peut, des biens, tirer une rémunération raisonnable n'allant pas au-dessus de 2, 5 % de leur revenu.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLVI. Aux tuteurs, en dehors des ascendants auxquels cela est refusé dans certains endroits, il est permis de demander une rémunération à la faveur de l'administration de la tutelle, différente dans les différentes places qui, un statut faisant défaut, a été déterminé dans la coutume d'une façàn telle que, des recettes, ils reçoivent le quarantième, des dépenses, le quatre-vingtième, de l'argent héréditaire,

---

demandant, à partir d'un ordre du gouverneur de la province, par les magistrats, un autre tuteur a été donné, duquel les magistrats ont demandé garantie que le bien [du pupille] serait sauvegardé : le tuteur, dans le testament, donné, par la suite, a rendu celui qui a été donné suspect ; il a été demandé dans quelle mesure il en sera tenu. Paul a répondu que le tuteur, dans un testament, donné devait être cité en justice à la faveur de la partie à la faveur de laquelle il a administré [la tutelle] ; mais, à la faveur de la part du cotuteur, d'abord, doivent être cités en justice ceux qui, en sa faveur, s'étaient obligés ou les magistrats qui l'avaient donné ; alors, si le pupille n'a pas pu obtenir le tout, de l'office du cotuteur, il faut s'interroger [pour savoir] s'il aurait dû le rendre suspect, surtout lorsqu'il est dit que celui-ci aussi l'a réclamé comme suspect. Autrement, certes, lorsque les magistrats donnent plusieurs tuteurs, vers eux, le pupille ne peut pas revenir, avant que tous les tuteurs aient été excusés ; dans ce qui est exposé, lorsqu'un seul est exposé, par les magistrats, avoir été donné, il n'a pas été envisagé que, d'abord, son collègue doive être cité en justice, [lui] qui l'a rendu suspect et, dans le testament, a été donné, et chacun doit être tenu de la même manière que si, pour la moitié, les tuteurs avaient été donnés. 7 - Aux tuteurs, il a été accordé de réclamer des débiteurs l'argent du pupille, pour que, selon le droit lui-même, ils soient libérés et non aussi de donner ou aussi, pour le diminuer, avec eux, de transiger ; et c'est pourquoi celui qui, au tuteur, a moins payé, par le pupille, pour le reliquat, peut être cité en justice ».

[199] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, § 1.

« § 1. Mais, si, à partir du testament ou d'une enquête, deux ou plusieurs personnes ont été nommées, l'une peut offrir une garantie quant à l'indemnité du pupille ou du jeune homme et, au curateur ou au cocurateur, être préféré pour administrer seul ou pour que le cotuteur, en offrant garantie, soit placé devant lui, afin que lui-même administre seul. C'est pourquoi, par lui-même, il ne peut pas demander garantie au cotuteur ou au cocurateur, mais il doit l'offrir, pour donner le choix à son cotuteur [de savoir] s'il voulait recevoir garantie ou donner garantie. Si personne de ceux-ci n'offre de garantie, si, certes, il a été assigné par le testateur qui administrerait, celui-ci doit administrer ; si n'a pas été assigné celui que la majorité a choisi, il doit administrer lui-même, comme cela, dans l'édit du préteur, est disposé. Mais si au contraire, les tuteurs eux-mêmes sont en désaccord sur le choix de celui ou de ceux qui doivent administrer, le préteur doit jouer son rôle. De même, pour plusieurs qui ont été nommés, à partir de l'enquête, il doit être approuvé, c'est-à-dire que la majorité peut choisir par qui l'administration sera faite ».

[200] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 52, 2 et 3 ; D. 26, 7, 3 § 2.

Constitution de Carus, Carinus et Numerianus adressée à Primigenus et donnée en 284 : *« Si le partage de l'administration entre les tuteurs ou les curateurs établis dans le même endroit ou la même province n'a pas encore eu lieu, le jeune homme a la possibilité de choisir l'un d'eux et de réclamer tout ce qui est dû, à savoir, la cession devant être faite par lui contre les autres tuteurs des actions se présentant à lui. 1 - Mais, dans le partage, l'administration ayant été enlevée soit par le gouverneur soit par la volonté du testateur, il peut citer en justice chacun pour sa propre administration, les tuteurs ou les curateurs ne supportant pas en retour le risque, à moins que, par un dol ou une faute, ils n'aient pas déplacé le suspect ou n'aient tardivement changé la raison du soupçon, du fait que l'un est est devenu non solvable ou que, en traitant la cause du soupçon, volontairement, ils ont proclamé les droits du pupille. 2 - Cela n'est pas utile à ceux qui disent que leur cotuteur n'a pas administré les biens du pupille. 3 - Mais si au contraire, ils ont eux-mêmes, entre eux, partagé l'affaire de l'administration, le jeune homme ne se voit pas interdire de citer l'un de ceux-ci pour la totalité, d'une façon telle que les actions que, contre les autres, il a, il les transfère à celui qui a été choisi ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Zoticus et donnée en 294 : *« Bien que, par la convention réciproque des tuteurs, le risque ne soit pas fini, cependant, il n'est pas douteux que celui qui a administré, s'il est solvable, en première place, lui et ses successeurs doivent être cités à comparaître »*

[201] (Note de Groenewegen) En argument D. 29, 3, 7.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Mais, si l'un des signataires est absent, les tablettes du testament doivent être envoyées là où lui-même se trouve, pour qu'il les reconnaisse ; car il est difficile que celui-ci, pour les reconnaître, soit rappelé. Mieux, souvent, avec une grande duperie, de nos affaires, nous sommes rappelés et il sera injuste qu'à chacun, son devoir soit préjudiciable. Et ne concerne pas l'affaire qu'un seul ou tous soient absents. Et, si, peut-être, tous étant absents, pour quelque raison, [quelqu'un] presse d'ouvrir les tablettes, le proconsul doit veiller à ce qu'avec l'intervention d'hommes de la meilleure réputation, elles soient ouvertes et, après la transcription et la reconnaissance faite par ceux-là mêmes, avec l'intervention desquels elles ont été ouvertes, elles seront scellées et alors, ensuite, envoyées là où les signataires eux-mêmes se trouvent, pour examiner leurs sceaux ».*

des biens vendus et du capital payé, le centième sur le fondement de la décision de la Cour Suprême du 28 juillet 1725, voir chez Lybrechts, *Bereedeneerendvertoog over't notarisambt*, t. II, lettre Z, p. 507.]

§ 12. Le tuteur qui administre ou le receveur doit, aux autres tuteurs et aux autres "quatre quartiers", c'est-à-dire aux plus proches parents du côté du parent décédé, et à la chambre des pupilles, quand elle n'est pas exclue, faire annuellement [202] le compte de son administration et d'employer le surplus après le conseil des mêmes. Là où il n'y a aucun tuteur ayant l'administration, tous les tuteurs sont tenus de faire annuellement les comptes aux "quatre quartiers", aussi sous le contrôle de la chambre des pupilles quand celle-ci n'est pas exclue.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLVII. Les comptes annuels que les tuteurs se voient commander de rendre dans les différentes lois à la Chambre des pupilles en présence en général des parents consanguins du pupille, ne doivent pas être confondus avec cette reddition de comptes qui, la tutelle étant terminée, doit être faite au pupille lui-même, une différence qui est donnée à entendre dans les lois pupillaires de Gouda, art. 88 ; de Leyde, art. 53 ; et quant à cette reddition de comptes annuelle ou tous les deux ans, doivent être entendues les lois qui veulent que soit tenu compte de la remise ici faite par un parent en équité ; voir les lois d'Alkmaar, tit. 9, art. 2, et les autres semblables ; de Briel, art. 142 ; de Middelburg, art. 69.]

§ 13. Les parents et les tuteurs étant négligents dans ce qui a été ci-devant écrit, y sont contraints sans autre précédente **[41]** procédure par une saisie ou un gage [203].

§ 14. Et aussi, toutes les dettes appartenant aux pupilles et connues de la chambre des pupilles sont faites avec le même droit [204].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLVIII. Le privilège du prêt pupillaire, à savoir pour que, l'exécution ayant été préparée, il puisse être réclamé (voir *Reechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 17) ne regarde pas les anciennes dettes qui sont venues d'ailleurs au pupille en tant qu'héritier, voir en argument D. 45, 1 *(Des obligations qui se concluent par un échange de paroles)*, 2 § 2, et les loi d'Alkmaar, tit. 6, art. 6, et tit. 8, art. 6.]

*

Chapitre X
De la sortie de la tutelle [205]

---

[202] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 37 *(De l'administration des tuteurs)*, 14. Mais, d'après les lois écrites, le compte est *seulement demandé après que la tutelle est terminée*. Voir D. 27, 3, 1 § 24, 9 § 4, et 10.

Extrait du livre XXXVI Sur l'Édit du préteur d'Ulpien : *« 24 - Cette action, alors, se présente, quand il y a l'action de tutelle, c'est-à-dire, la tutelle étant seulement terminée ».*

Extrait du livre XXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Et, de façon générale, ce qui a été rapporté que le pupille, contre son tuteur, avec l'action de tutelle, ne peut pas agir en justice est jusqu'à ce point vrai, si la tutelle est la même ; il était, en effet, absurde que soit réclamé du tuteur le compte de l'administration des affaires du pupille, dans laquelle, encore, il a persévéré. Mais, dans celle-ci, il a cessé [d'être] tuteur et, de nouveau, a commencé à l'être, ainsi, de la première administration de la tutelle, il est débiteur envers le pupille, comme s'il avait reçu un prêt d'argent du père de ce dernier. En conséquence, voyons quel effet aura cette opinion ; car, s'il est le seul tuteur, en tout cas, lui-même n'agira pas en justice contre soi. Mais, par le biais d'un curateur spécial, il doit être cité en justice ou bien suppose qu'il a comme cotuteur celui qui pourra, contre lui, recevoir un juge, cause pour laquelle, contre lui, avec l'action de tutelle, il peut agir en justice. Mieux, si, dans le temps intermédiaire, il a cessé d'être solvable, sera imputé aux cotuteurs [le fait de savoir] pourquoi ils n'ont pas agi en justice contre lui ».*

Extrait du livre VIII de l'*Abrégé de l'Édit du préteur* de Paul : *« Mais [les curateurs] ne sont pas donnés, tant que le tuteur administre la tutelle ; bien qu'en effet, avec la mort du tuteur, ils disparaissent, cependant, le pupille, contre l'héritier de celui-ci, a une action, parce qu'il doit, envers lui, s'en acquitter ».*

[203] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxiv *((De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, § 3.

« § 3. Dans ces constitutions, il est dit qu'à moins que n'aient donné garantie les tuteurs ou les curateurs, avec la prise de gages, ils seront contraints ».

[204] (Note de Groenewegen) Voyez ici l'ordonnance de la chambre des pupilles.

§ 1. La SORTIE de la fonction des tuteurs, hormis la mort des pupilles ou des tuteurs, là où sans doute la tutelle cesse [206] est en premier lieu quand les pupilles sont arrivés à leur vingt-cinquième année [207], à moins que qu'il soit trouvé bon par le tribunal que les pupilles restent encore un certain temps sous tutelle [208].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLIX. Le pupille étant mort, les biens doivent être restitués et les comptes rendus à ses héritiers ; si l'on doute du droit des héritiers, il n'est pas permis à la Chambre des pupilles de retenir les biens, mais ils doivent être livrés aux héritiers qui prouvent sommairement leur droit sous une garantie appropriée, voir les lois pupillaires de Flardingue, art. 71 ; de Medemblick, art. 65.

CLX. Bien que, dans la coutume, il ait été reçu indistinctement maintenant qu'à l'âge de plus de 25 ans, la tutelle était terminée selon le droit lui-même, toutefois, de nombreuses lois pupillaires ne renvoient pas les pupilles de la tutelle avant qu'ils aient obtenu cela à partir du consentement des parents survivants ou des proches parents consanguins ; voir les lois de Medemblick, art. 58 et 59 ; de Flardingue, art.66 ; d'Alkmaar, tit. 10, art 4 et 6 ; de Monickendam, Purmerendam, Graft, Enkhuyzen, Zype, de même ; de Briel, art. 153 et 155 ; de Rotterdam, art. 38 et 39 ; de Middelburg, art. 52 et 53 ; ou elles accordent aux magistrats le droit de retenir sous tutelle ceux qu'elles jugent être moins appropriés pour administrer les biens, voir les lois d'Amsterdam, art. 24 et 25 ; de Gorinchem, art. 42 et 43 ; de Leyde, art. 65, 67 et 68 ; de Gouda, art. 97 et 98 ; à partir de ce décret, si vous ne croyez pas qu'avec l'âge de la majorité, selon le droit lui-même, la tutelle est terminée, c'est à peine pour qu'un appel puisse être reçu.]

§ 2. En second lieu, quand un pupille se marie [209], puisque le mariage rend majeur ; cependant, pour une grande raison, la tutelle est aussi prolongée après le mariage conclu par le tribunal en totalité ou, au moins, à l'égard des biens immeubles [210].

[42] § 3. En troisième lieu, quand le pupille, pour une raison particulière, est rendu majeur ou tuteur de lui-même avant l'âge fixé par le magistrat du pays, la Cour de Hollande [211] ou par un certain tribunal en ayant légalement le pouvoir. Cependant, ceux qui sont ainsi rendus

---

[205] Voir *Institutes de Justinien*, I, xxii *(De quelles façons la tutelle est terminée).*

[206] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxii *(De quelles façons la tutelle est terminée)*, § 3.

« § 3. De la même façon, la tutelle est terminée par la mort des tuteurs ou des pupilles ».

[207] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxiii *(Des curateurs)* pr ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce passage.

« Les mâles pubères et les femmes nubiles, jusqu'à leur vingt-cinq ans accomplis, reçoivent des curateurs qui, bien qu'ils soient pubères sont cependant encore de cet âge qu'ils ne peuvent pas défendre leurs affaires ».

[208] Voir coutumes d'Anvers, tit. 43, art. 83 ; coutumes de Malines, tit. 19, art. 28 et là, Paul van Christijnen ; ordonnance de la chambre des pupilles de la ville d'Amsterdam, art. 24 ; *Keuren* de Leyde, art. 104 ; ordonnance de la chambre des pupilles à Rotterdam, art. 38. Cependant, d'autres villes n'ont communément pas ce droit, voyez l'ordonnance de la chambre des pupilles à Alkmaer et Edam, dans les deux, tit. 10, art. 7 ; la note 209 ci-après et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 44 *(De ceux qui ont obtenu la faveur de l'âge)*, 2.

[209] (Note de Groenewegen) Voir le privilège accordé par le duc Aelbregt à la ville de Delft le jour de la Saint Nicolas 1389 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes de Justinien*, I, ix *(De la puissance paternelle)*, § 3 et sur C. 2, 21 *(De la remise en l'état initial des mineurs de [moins de] vingt-cinq ans)*, 2.

[210] (Note de Groenewegen) Cela est fixé par la *keur* de certaines villes à la discrétion de la chambre des pupilles. Voyez la *keur* de Leyde, art. 104 ; la *keur* des pupilles d'Amsterdam, art. 25, de Briel, art. 155, d'Alkmaer et Edam, tit. 10, art. 6, la coutume d'Anvers, cap. 43, art. 66.

[211] (Note de Groenewegen) Cependant, puisque faire de cette façon un majeur avant le temps réglementaire ne consiste pas en une contrainte légale ni aussi en une certaine simple recommandation, mais en un pouvoir indéterminé du haut magistrat, voir C. 2, 44, 2 ; Menochius dans son traité *De imperio et jurisdictione*, I, cap. 17, ainsi la Cour de Hollande qui suit cela n'aura voulu en prendre aucune connaissance sur la demande faite par Dirk van Groenewegen. Etant ajouté que personne, comme magistrat du pays ne peut rendre majeur un mineur et son propre tuteur, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 44, 2.

majeurs ne peuvent toutefois pas aliéner leurs biens immeubles [212] autrement qu'avec la connaissance du tribunal, conformément à ce qui est dit ci-dessus des pupilles, à moins que, pour une grande raison, par le haut magistrat du pays, non par un moindre pouvoir, aussi, une telle chose n'ait été expressément accordée [213].

[**Note de Willem Schorer sur la note 211 de Groenewegen van der Made**
Ceux qui, en Hollande, veulent maintenant obtenir la faveur de l'âge, vont trouver les États eux-mêmes avec une pétition de façon suppliante et demandent au juge des lettres [appelées] communément *"de leur bon comportement"* et, cette cette façon, les États accordent les pièces officielles. Nous avons déjà traité de cette matière ci-dessus, liv. I, chap. VIII, § 6, note 194.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CXLI. Pour obtenir la faveur de l'âge, l'âge de plus de 20 ans pour les hommes et de plus de 18 ans pour les jeunes filles est requis. Elle est demandée au pouvoir suprême (autrefois aux États) par le biais d'une petition suppliante dans laquelle cet âge est indiqué et prouvé, et selon l'avis de laquelle les magistrats et la Chambre des pupilles l'accordent, ayant entendu les tuteurs et les proches ; après tout cela, elle est accordée par le biais d'un rescrit, voir les lois pupillaires de Gorinchem, art. 42 ; d'Alkmaar, tit. 10, art. 7 et 8 ; de Monickendam, Purmerendam, Enkhuyzen, Graft, Zype, de même ; les décrets de Hollande des 9 et 14 décembre 1669. De cette faveur de l'âge, doit être soigneusement distinguée celle-ci, comme l'émancipation des pupilles ou la rémission de la tutelle que certaines lois permettent aux magistrats, dont il a été question ci-dessus dans la *thèse* CX et dans les lois pupillaires de Dordrecht, art. 5, joint à l'art. 56.]

§ 4. En quatrième lieu, quand, par les parents, les cotuteurs, sur l'incapacité d'un tuteur, une infidélité ou un manque de moyens, une plainte est portée, dans lequel cas, la raison étant utile pour cela, le même tuteur est déchargé de sa fonction par le tribunal, que ce soit définitivement ou par provision [214], ce qui peut aussi arriver là où un tuteur accusé de cette façon a proposé de donner une garantie surérogatoire pour son administration [215].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CLXII. Les plus grands magistrats, en quelque endroit, et les magistrats pupillaires, peuvent, pour les plaintes portées envers eux, écarter de leur office les tuteurs suspects qu'ils soient testamentaires ou datifs, ayant entendu les proches du pupille, étant sauvegardée cependant en général la réputation.]

§ 5. En cinquième lieu, une expatriation [216] de seize ans d'un pupille sans nouvelles, dans lequel cas le bien de l'expatrié **[43]** est partagé par les plus proches parents sous garantie [de restitution].

---

[212] Voir C. 2, 44, 3 ; coutumes d'Anvers, tit. 43, art. 83 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 44 *(De ceux qui ont obtenu la faveur de l'âge)*, 3. Voyez le chap. VIII, § 6.
Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Nous ordonnons que ceux qui ont obtenu ou auront obtenu la faveur de l'âge avec la clémence impériale, non seulement ne peuvent pas faire une aliénation, mais aussi une hypothèque de leurs biens immeubles sans l'intervention d'un décret, pour l'aliénation ou l'hypothèque desquels un décret est nécessaire à ceux qui n'ont pas encore mérité la faveur de l'âge, de sorte que la condition de tous les mineurs sera sur ce point semblable, que la faveur de l'âge ait été demandée ou non ».*

[213] Comme cela se produit maintenant communément, voir Groenewegen dans ledit endroit.

[214] (Note de Groenewegen) Voyez tout les titres de D. 26, 10, C. 5, 43, et *Institutes*, I, xxvi *(Des tuteurs et des curateurs suspects)*.

[215] ((Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxvi *(Des tuteurs et des curateurs suspects)*, § 13.
« § 13. En effet, nous pensons comme suspect celui qui, par ses mœurs, est tel qu'il est suspect ; car un tuteur ou un curateur, bien qu'il soit pauvre, fidèle et cependant, diligent, ne doit pas être déplacé comme suspect ».

[216] (Note de Groenewegen) De cela, il y a dans les villes communément des *keuren* particulières ; voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, IV, tit. 9, defin. 8 ; *Consultatien van Hollandsche regtsgeleerden*, part. I, cons. 272 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 50 *(De ceux qui sont revenus par le droit de postliminie ou ont été rachetés aux ennemis)*, 4.

[**Note de Willem Schorer sur la note 216 de Groenewegen van der Made**

Mais combien de temps est-il requis pour le partage de la succession de l'absent ? Les docteurs ne sont pas suffisamment d'accord. Il y en a auxquels un délai de trois ans a agréé, d'autres, un délai de sept ans ; d'autres, de nouveau, désirent un délai de 9 ans. Me paraissent juger à meilleur droit ceux qui confient au jugement de juge le délai de temps, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 2, nb 20. Et, dans ce cas, les héritiers à partir du testament ou ab intstat, non seulement possèdent la succession de l'absent, mais aussi se partagent entre eux proportionnellement [les biens], une garantie intervenent selon l'auteur, ainsi, pour que, dans l'intervalle, ils ne soient pas tenus comme héritiers si vraiment plutpot que comme possesseurs fidiciaires, voir Voet, lib. 10, tit. 2, nb 18. Mais supposons que, le partage fiduciaire ayant été fait, celui qui est tenu pour mort ou absent n'est pas même revenu, mais qu'il a vécu plus longtemps et que, dans le temps intermédiaire, entre le partage et la mort de l'absent, l'ordre de succession ab intestat a été changé de sorte qu'ainsi, avec un droit nouveau, soient exclus ceux auxquels étaient arrivés à partir du partage les biens de l'absent véritablement vivant, mais tenu pour mort, il est demandé ce qu'il en sera du droit. Il est plus certain que ceux-ci ou leur héritiers, à partir de la garantie intervenue, soient contraints par la force à une restitution, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 2, nb 19.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXIII. À raison d'une absence de 16, 18, 20 ou d'un plus petit nombre d'années du pupille, après une enquête soigneuse quant à cette affaire, ses biens doivent être livrés aux proches héritiers sous une garantie ou la garantie de gages, voir *Rechtsgeleerden observatien*, part. I, obs. 16 et dans le supplément, part. IV, p. 197 ; la nouvelle loi d'Amsterdam du 30 juillet 1777. Quand le temps n'a pas été déterminé dans la loi, celui-ci doit être déterminé selon le jugement équitable du juge et le bien lui-même doit être reçu.]

§ 6. En sixième lieu, quand le temps expire, que la condition fait défaut [217] ou que l'affaire cesse sous laquelle ou sur laquelle quelqu'un était chargé de la tutelle.

*

Chapitre XI
Des pupilles de plein âge [218]

§ 1. Nous avons jusqu'à maintenant parlé des pupilles mineurs. De la même manière, des tuteurs sont nommés sur les PUPILLES DE PLEIN-ÂGE, à savoir ceux qui ne peuvent pas se gouverner eux-mêmes ni leur biens par un défaut externe ou interne.

§ 2. EXTERNE, comme les sourds et muets [219] ou ceux qui sont incapables, par un gros défaut, de s'administrer eux-mêmes et leur biens.

§ 3. INTERNE, par un vice de L'ENTENDEMENT, comme les fous, les autres malades mentaux et les personnes dénuées d'entendement [220] ou

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 1, 2 et 3**

[217] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus, chap. VII, § 26.

[218] Voir D. 27, 10 [*Des curateurs donnés à un fou et à d'autres en dehors des mineurs*].
Ce titre comporte 17 extraits.

[219] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxiii *(Des curateurs)*, § 4.
« § 4. Mais, à ceux qui sont pris de l'esprit, les sourds et les muets et ceux qui, avec une maladie perpétuelle, sont à la peine, parce que, de leurs biens, ils ne peuvent pas survivre, des curateurs doivent être donnés ».

[220] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, xxii *(De quelles façons la tutelle est terminée)*, § 3.
« § 3. Les fous aussi, et les prodigues, bien qu'ils soient majeurs de vingt-cinq ans, cependant, se trouvent sous la curatelle des agnats à partir de la Loi des XII Tables. Mais le Préfet de la ville de Rome ou le préteur, et en province, les gouverneurs, à partir d'une enquête, leur donnent des curateurs ».

CLXIV. Ceux qui sont dériaosnnables par un défaut de l'esprit ou du corps conservent ou reçoive,nt un tuteur ou un curateur de la Chambre des pupilles ou, ailleurs, de plus grands magistrats du décret desquels il semble y avoir besoin, si ces défauts sont survenus à des majeurs de 25 ans ; voir les lois pupillaires du Rijnland, art. 50 ; de Haarlem, art. 11 ; de Dodrecht, art. 59 ; de Flardingue, art. 67 ; de Medemblick, art. 60.]

§ 4. par un manque de VOLONTÉ, comme les prodigues [221], que l'on appelle des gaspilleurs et des dépensiers. Mais, puisque leur vice n'est pas si connu que celui des autres, ainsi, doit d'abord en précéder la connaissance de la Cour ou de certain autre tribunal [222] ; sur cela, suit une publication [223] par laquelle l'administration de leurs biens leur est retirée. Pour cela, de telles personnes sont appelées "Enfants de la Cour ou de la Ville" et restent mineures jusqu'à ce que, **[44]** leur amélioration étant connue, une publication en soit de nouveau faite [224].

[**Note de Willem Schorer sur la note 223 de Groenewegen van der Made**

Le prodigue et le fou ne reçoivent pas chez nous de curateur et il ne lui est pas fait interdiction de ses biens par ceux qui ont été préposés aux affaires pupillaires particulièrement ; mais par les magistrats ordinaires de la cité de celui-ci, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 10, nb 10. Mais bien que, de la rigueur du droit, l'interdiction ne tire aucun effet en dehors des limites de celui qui décide, à partir d'une bienveillance cependant, si un décret a été interposé par le magistrat du domicile sur la prodigalité, , une autre chose est observée à raison des biens situés autre part. Si quelqu'un qui demeure dans une autre région, n'a pas du tout eu connaissance du décret lorsqu'il a contracté avec un prodigue, à une telle personne circonvenue, il est donné un secours sur le chef d'une juste erreur, de sorte que, par conséquent, il ait une action efficace comme s'il n'avait pas contracté avec un prodigue, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 10, nb 11. Selon les lois, cependant, est tenu pour le savoir celui qui, avec une ignorance entièrement paresseuse, n'a pas su ce qui ne peut être inconnu de personne.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXV. Aux prodigues, les parents consanguins le demandant ou ne le demandant pas, par les magistrats plus grands, de façon régulière, par la Cour de Hollande, il n'est pas fait interdiction des biens et un curateur, une fois la cause connue, peut être donné, étant cependant sauvegardé l'appel à la Cour après l'audition et le rejet des incommodités ; voir les lois pupillaires de Leyde, art. 69 ; de Gouda, art. 100 ; du Rijnland, art. 48 ; d'Alkmaar, tit. 11, art. 3, et les autres semblables ; de Briel, art. 162 ; de Medemblick, art. 60 ; de Flardingue, art. 67 ; de Dordrecht, art. 59 ; de Haarlem, art. 11 ; ajoutez le décret de la Cour du 17 juin 1722, l'effet de ce décret répulièrement promulgué est qu'ils ne

---

[221] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 3 des *Institutes*, I, xxiii *(Des curateurs).*

[222] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 10 *(Des curateurs donnés à un fou ou à d'autres en dehors des mineurs)*, 1 ; D. 45, 1, 6 et là , les docteurs ; Andrea Fachinei, *Controversiarum juris Libri XIII*, liv. II, cap. 64.

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Dans la Loi des XII Tables, au prodigue, est interdite l'administration de ses propres biens, ce qui, dans les coutumes, certes, dès le commencement, a été introduit. Mais aujourd'hui, les préteurs ou les gouverneurs, s'ils ont trouvé un tel homme qui n'a ni temps, ni fin de ses dépenses, mais prodigue ses biens en les mettant en pièces et en les dissipant, ont coutume de lui donner un curateur à l'exemple du fou ; et les deux seront dans une curatelle jusqu'à ce que le fou ait recouvré la santé et que celui-là ait recouvré de saines mœurs ; si cela arrivait, selon le droit lui-même, ils cessent de se trouver sous le pouvoir de curateurs. 1 - Mais la curatelle de celui auquel, de ses biens, il est fait interdiction, pour un fils, il était refusé qu'elle doive être permise ; mais il y a un rescrit du divin [Antonin] le Pieux [qui dit] qu'au fils, plutôt, la curatelle doit être permise pour son père fou, s'il est aussi vertueux ».*

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Celui, auquel interdiction a été faite de ses biens, acquiert pour soi en stipulant, mais il ne peut livrer ou s'obliger, en promettant et c'est pourquoi un garant ne pourra intervenir en sa faveur, comme pour un fou ».*

[223] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le dit texte de D. 45, 1 *(Des obligations [qui se concluent] avec un échange de paroles)*, 6.

[224] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, cap. 43, art. 90-91 ; ordonnance de la chambre des pupilles de Briel, art. 136, d'Alkmaer et Edam, tit. 11, art. 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 27, 10 *(Du fait de donner des curateurs à un fou et d'autres en dehors des mineurs)*, 1. Cela est différent des lois écrites, voyez ledit texte de D. 27, 10, 1 et Gui de la Pape, *Decisiones*, quæst. 206.

peuvent pas être obligés à l'instar des pupilles et que les biens de ceux-ci sont gardés par la Chambre des pupilles.

CLXVI. La force de ce décret est supprimée et les prodigues sont libérés de la curatelle avec un décret contraire des magistrats ; de celui-ci, les gens d'Amsterdam ont soutenu que l'on ne pouvait pas faire appel et ils ont triomphé devant les États le 27 août 1750, qui en délibéreront de nouveau quanr à la loi générale le 24 février 1751.]

§ 5. Ce qui est ci-dessus dit des pupilles mineurs et de leurs tuteurs a aussi lieu pour ces pupilles de plein âge et leurs tuteurs et, pour cette raison, il est inutile ici d'en parler.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXVII. Ce qui a été établi quant aux biens des fous, des prodigues et des personnes semblables, [à savoir] qu'ils sont gouvernés par la Chambre des pupilles, a été aussi de façon très prudente disposé dans les lois pupillaires de Leyde, art. 32, et de Gouda, art. 63, quant aux biens héréditaires sont arrivés à des étrangers durant leur absence, à savoir, ceux qui n'ont pas laissé à domicile de procurateur.]

§ 6. Cependant, il est à remarquer que, dans le cas où l'un des ci-devant dits pupilles de plein âge était un homme marié, sur lui et sur ses biens, communément, des tuteurs sont nommés, un de son côté et un du côté de l'épouse.

§ 7. Une femme mariée tombant dans l'un des vices ci-devant écrits, tient son mari pour son tuteur [225] ; mais la femme, comme étant mineure n'est pas nommée comme tutrice de son mari qui tombe dans un semblable défaut, mais elle se voit parfois permettre l'administration des biens [226].

[**Note de Willem Schorer sur la note 226 de Groenewegen van der Made**

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit.2, nb 48, a pensé autrement et pense qu'il n'est pas injuste que, la cause une fois connue, soit accordée à l'épouse en tant que curatrice l'administration des biens matrimoniaux et de ses biens, du fait qu'aussi, la cause une fois connue, il sera permis à la fille parfois, à la faveur de ses parents empêchés pour une raison quelconque, d'agir en justice en tant que procuratrice.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXVIII. Nos lois ne souffrent pas qu'une femme mariée soit établie curatrice de son mari fou ou prodigue, voyez les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 17, et le supplément, part. IV, p. 198 ; ajoutez les lois pupillaires du Rijnland, art. 53 ; de Leyde, art. 72 ; de Gouda, art. 100.]

§ 8. Anciennement, les personnes religieuses étaient aussi tenues comme mineures dans les choses temporelles. De cela, est venue la coutume que certains seigneurs illustres soient choisis pour tuteurs ou maimbours des fondations spirituelles ; mais, puisque tous ceux qui sont maintenant au service de l'Eglise sont tenus [être] du même état concernant les procédures et la sujétion civile que les autres (comme cela sera dit par après [227]), ainsi, cela vient à cesser.

---

[225] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, I, xxv *(Des excuses [des tuteurs])*, § 19. Ceci est différent des lois écrites, voir D. 27, 10, 14.

« § 19. De même [Sévère et Antonin] ont dit sans un rescrit que le mari donné comme tuteur à son épouse peut s'excuser, bien qu'il se soit immiscé [dans les affaires de celle-ci] ».

Extrait du livre V des *Réponses* de Papinien : *« Il ne faut pas qu'un mari, à son épouse mentalement malade, comme curateur, soit donné ».*

[226] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de la chambre des pupilles du Rijnland, art. 53 ; coutumes d'Anvers, chap. 41 *(Des droits concernant les pereonnes tenues)*, art. 62 ; Thomas Herbaius, *Rerum quotidianarum Liber singularis*, cap. 13, § 19 ; Bertrand d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 495, glos. 2.

[227] Voir livre I, chap. XV, § unique.

§ 9. Jusqu'ici, on a vu comment les hommes sont distingués par une relation particulière qu'ils ont les uns avec les autres. Nous avons dit qu'ils sont aussi distingués par une QUALITÉ [228].

[45] § 10. Nous ne parlons pas ici de toutes les espèces, naturelles, comme celle par laquelle l'un est plus intelligent, plus beau, plus fort que l'autre ou acquise par un enseignement ou une pratique, comme les sciences et les arts, ou par un choix de vie, comme les différents métiers des hommes ; à partir desquelles sortes, s'ensuit parfois un certain droit que l'on appelle le mérite [229], dont il viendra à propos de traiter dans l'ouvrage touchant les lois publiques du pays [230] ; mais, en traitant ici du droit civil particulier, nous considérons les qualités qui tirent avec elles une suite de la propriété, laquelle chose vient du droit civil ; car, puisque le mariage est le fondement de la société civile, ainsi, pour l'union du mariage et la diminution de la paillardise, par l'intermédiaire des lois, ceux qui sont nés d'un mariage obtiennent certains avantages sur les autres. Semblablement aussi, pour l'union de la société civile et les consolations des charges qui en procèdent, les membres de cette société ont obtenu certains avantages sur les autres ; et encore plus loin, pour inciter les gens à faire de bons services à la société civile, les descendants de ceux qui en avaient bien fait de tels auparavant, semblablement, se voient accorder certains privilèges, lesquels sont à l'origine de la noblesse. De cela, alors, il y a à entendre que la qualité, sur laquelle nous avons à porter le plus attention, est prise de la MANIÈRE DE L'ENGENDREMENT [231], de la PLACE DE NAISSANCE [232] et de la LIGNÉE [233].

*

[46] Chapitre XII
Des [enfants] légitimes et non légitimes [234]

§ 1. A partir de la MANIÈRE DE L'ENGENDREMENT, certains sont NÉS LÉGITIMES, certains ILLÉGITIMES, que l'on appelait anciennement des bâtards (*kevis-kinderen*).

[**Note de Willem Schorer**
Dans ce chapitre, l'auteur traite des [enfants] légitimes et des bâtards. "Bâtard" est un mot général et dans notre droit, il y en a trois sortes. Il y a en effet des bâtards simplement dits, nés d'un homme délié [des liens du mariage] ou d'une femme déliée [des liens du mariage] ; les [enfants adultérins dont le père ou la mère avait été uni ou unie à un ou une autre au moment de la naissance ; les [enfants] incestueux nés à l'intérieur des degrés prohibés ; à ceux-ci, le droit canonique ajoute une quatrième sorte, à savoir les bâtards impies, mieux, nés d'un sang sacerdotal, voir *Précis de droit Belgique*, p. 32.]

§ 2. Les [enfants] LÉGITIMES sont *ceux qui sont reçus pendant que leurs deux parents étaient tenus ensemble dans le mariage.*

§ 3. Et sont tenus d'une telle façon tous ceux qui sont nés d'une femme mariée, puisque le mari de cette même femme, d'après les lois, est tenu pour le père [235], à moins que l'on ne fît la

---

[228] Voir livre I, chap. III, § 7.

[229] Voir livre I, chap. I, § 7.

[230] Sans doute Grotius projetait-il de consacrer un autre volume au droit public, dès lors que celui-ci ne concerne que le droit privé. Il reste qu'il n'a jamais réalisé ce travail qui est donc resté à l'état de projet. En tout cas, le *De jure belli ac pacis*, plutôt consacré à ce que nous appellerions le droit international public de la guerre et de la paix, ne saurait en tenir lieu.

[231] Voir livre I, chap. XII.

[232] Voir livre I, chap. XIII.

[233] Voir livre I, chap. XIV.

[234] Voir C. 5, 27 [*Des enfants naturels, de leurs mères et à partir de quelles causes ils deviennent légitimes*].
Ce titre comporte 12 constitutions.

preuve de son impuissance à engendrer [236] ou de son absence ne concordant pas avec la période de la gestation, laquelle période est prise au minimum sur sept mois et, au maximum, sur onze mois [237].

---

[235] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 6, 6 ; D. 1, 5, 19 ; D. 22, 3, 29 § 1 ; D. 48, 5, 12 § 9 ; Mascardus, *De probationibus*, concl. 789 ; Gail, *Practicarum observationum* …, lib. II, obs. 97 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 18, art. 4 ; privilèges de la Hollande du Sud, p. 190 ; Cooren, *Consilia*, cons. 12 ; Alciat, *De præsumptionibus*, reg. 3, præs. 37.

Nous donnerons la traduction des quatre extraits dans l'ordre où ils sont cité par Groenewegen.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Nous définissons comme fils celui qui naît d'un homme et de son épouse. Mais, si nous imaginons que le mari était absent, disons pendant dix ans, que rentré [chez lui], il a trouvé un enfant âgé d'un an dans sa maison, il nous agrée qu'avec l'opinion de Julianus, celui-ci ne soit pas le fils du mari. Cependant, Julianus dit que ne doit pas supporté celui qui, demeurant assidument avec son épouse, ne veut pas reconnaître le fils comme le sien. Mais il me semble que, ce qu'approuve Scævola, s'il est clair que le mari n'a pas eu de rapports passablement longtemps avec son épouse, une infirmité ou une autre cause intervenant, ou bien si, avec cette maladie, il était père de famille, de sorte qu'il ne peut engendrer, celui qui est né dans sa demeure, bien que les voisins le sachent, n'est pas son fils ».*

Extrait du livre XXIX des *Digestes* de Celsus : *« Alors que de légitimes noces ont été faites, les enfants suivent le père ; [celui qui est] procuré de façon ordinaire suit sa mère ».*

Extrait du livre IX des *Digestes* de Scævola : *« 1 - Une femme enceinte répudiée, ayant donné naissance à un fils, en l'absence de son mari, comme bâtard, dans des actes, l'a déclaré. Il a été demandé si celui-ci, sous la puissance de son père, se trouvera, si, la mère étant morte intestate, sur l'ordre de celui-ci, il pourra accepter la succession de sa mère et si la déclaration faite par la mère en colère y fera obstacle. [Scævola] a répondu que, pour la vérité, il subsisterait une place ».*

Extrait du livre unique *Des adultères* de Papinien : *« [8 - Le mari étant mort, comme accusée d'un adultère, est poursuivie la femme] 9 - qui, à cause de son fils impubère, veut obtenir un ajournement de l'accusateur ; devra-t-elle être entendu ? J'ai répondu : cette femme n'est pas pour moi considérée se réfugier dans une juste défense, elle qui prétexte l'âge de son fils pour esquiver une accusation légale ; car en tout cas, le crime d'adultère qui, à la femme, est reproché, à l'enfant, ne porte pas préjudice, du fait que celle-ci peut être adultère et que l'impubère avait son père mort ».*

[236] (Note de Groenewegen) Voir Mascardus, *De probationibus*, dans ladite concl. 789, nb 43 ; Gail, *Practicarum observationum* …, dans ladite obs. 97, nb 16.

[237] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 5, 12 ; Novelle XXXIX, cap. II. Voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, IV, tit. 8, defin. 10 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 9 *(Des secondes noces)* ; Beveryk dans son *Schat der Gesontheid* [Trésor de la santé], part. II, chap. 4.

Extrait du livre I[er] des *Institutes* de Marcianus : *« Parfois, nous appelons le droit à la faveur de la nécessité, comme, il y a pour moi un droit de parenté ou d'affinité ».*

Constitution de Justinien adressée à Johannes, Préfet du prétoire, et donnée en 536 : *« Chapitre II : Mais, selon cela, quant aux femmes qui, après de premières noces, sont venues à un second mariage, avant qu'une année soit écoulée, [année] que les lois appellent de deuil, que trois constitutions de ceux qui gouvernaient avant nous punissaient, nous, en outre, quant à ceux-ci, en rédigeant la loi, avec certaines corrections, nous avons aussi sur ceux-ci dans une certaine petite partie consacrée de notre législation. Mais une chose très impudente s'est maintenant ajoutée, dont nous ne voulons pas qu'elle arrive à notre époque ; c'est pourquoi, il nous a plu à bon droit que cela soit digne d'une correction. En effet, la femme, venant à son mari, l'a divulgué, comme il apparaît aussi, celui-ci ne survivant pas, pensant vivre chastement ; en effet, l'année n'étant pas encore terminée, au onzième mois accompli, elle a donné naissance, de sorte qu'il n'était pas possible de dire que l'enfant était du défunt ; en effet, la période de conception n'est pas étendue sur autant [de mois]. Parce qu'aussi c'est là l'une de ces peines qui rendent les noces pénibles, afin que l'épouse tombe bientôt, la donation avant les noces ayant été donnée par le mari et que, soudainement, elle la perde et n'en ait pas l'usage, à bon droit, les fils d'une mère ainsi admirable demanderont de recevoir la donation avant les noces du père, l'enfant n'ayant pas fait de tort, et que la femme ne veuille pas en avoir le profit par le biais d'un mari qu'elle a ainsi rapidement déshonoré. Celle-ci - mais comment dirons-nous les mots de celle-ci, nous en rougissons - ne disait pas qu'elle était digne de tomber, parce qu'elle connaîtrait la loi qui parle des noces légales, mais n'étaient pas pour elles des noces, si ce n'est les premières, en outre que cet enfant était l'œuvre d'une concupiscence naturelle. Mais, parce que celle-ci aussi sera soumise dix mille fois à d'autres châtiments en commettant une relation coupable, cela est indubitable et nous ne priverons pas celle-ci de ces peines (en effet, dans l'intervalle, nous épargnons les fils du défunt), mais nous lui donnons la perte de la donation [faite] avant les noces] dans ce cas, [donation] que la loi a établie sur ce qui arrive pour des noces légales durant la période de deuil, de toutes les. En effet, si la loi ne laisse pas celles-ci impunies, bien que faisant des noces légales, en ce que, peut-être il y avait un soupçon qu'il n'y aurait pas eu avant, à raison d'un mauvais soupçon, pour le second mari, parce qu'elle s'était hâtée rapidement aux noces, comment, là où la cause n'existera pas par le biais d'un seul soupçon, mais que le reproche évident et indubitable en a été présenté et cet enfant très impie [a été fait] avec le délit de tous, la laisserions-nous coupable ? 1 - D'où, nous consacrons que, si quelque chose de tel est arrivé et qu'avant la période de deuil, de sorte qu'il est indubitable que la descendance de vient pas du premier mariage, celle-ci est privée de la donation [faite] avant les noces selon la propriété et l'usage, qu'elle doit être soumise aussi à toutes les autres peines comme s'il était arrivé que celle-ci avait fait des noces légales avant la période de deuil. En effet, la luxure n'aura rien de plus que la chasteté, mais elle y sera certes soumise et elle en supportera elle-même avec les peines le risque et, pour l'espoir d'un écrit à raison de la relation coupable, afin qu'elle ne souhaite pas des noces cruelles et qu'elle ne circonvienne pas les noces légales avec un mal plus grand ».*

[**Note de Willem Schorer**

De façon commune, est le père celui que les noces montrent, D. 2, 9, 5. Et cette règle a agréé à Boyer, *Decisiones Burdigaliæ*, decis. 299, et à Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 3, defin. 37, nb 4, à un point tel qu'ils ont voulu qu'il y ait ici une présomption *juris et de jure* qui ne reçoit pas de preuve contraire. Voir Vromans, *De foro competente*, lib. III, cap. 18, § 3, ce que Midelant limite de nouveau dans ses notes. Cependant, il ne reçoit pas d'autre limitation que l'aveu de la partie, voir Gabriel Alvarez de Velasco, [in Johann Gottlieb Heinecke], *Decisiones et consilia juris* t. 2, cons. 128, nb 15. Cependant, l'opinion de l'auteur me semble plus fraie, que suit aussi Henrik Kinschot, *Consilia juris*, resp. 18, nb 23. Matthæus, *De probationibus*, cap. 1, nb 58, fait mention d'un illustre arrêt jugé par le parlement de Paris : alors qu'un vieillard qui avait dépassé 100 ans, avait contracté des noces et avait laissé un fils, son frère soutenait que l'enfant était illégitime mais le demandeur a porté une action repoussée ; car il était clair que ce vieillard avait été pourvu d'une énorme vigueur physique à un point tel que, sans bâton, il marchait droit et qu'avant le repas, il montait à cheval, n'étant soutenu par aucune aide.

Cependant, dans une loi très stupide de l'Angleterre, il a été disposé que le père, bien qu'ayant été absent pendant une longue durée et que son absence fût notoire, pourvu qu'il ne sorte pas de l'pile ou du royaume, était contraint de supprimer son bâtard et cela, au préjudice des enfants nés de façon légitime, voir Barbeyrac, *Discours sur le bénéfice des loix*, p. 482. À partir du droit français, toutefois, le mari n'est pas contraint, à raison d'une impossibilité, de supprimer un enfant, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 74.

Il est aussi très injuste que l'on ait foi en une femme mariée ou non mariée qui affirme qu'elle est enceinte de Titius, pourvu que celui-ci confesse avoir eu avec elle une affaire avant un an et un jour, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 143, p. 375 aux mots *maar de manspersoon - i. e.* "mais la personne du mari" ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 48, tit. 5, nb 6. Cela est vrai à un point tel que l'on a foi en une [femme] déflorée qui jure, bien qu'elle ait couché avec d'autres, et il n'est pas requis qu'elle prouve sa bonne réputation ou une séduction, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 1, p. 4, nb 10, 11 et 12 et cela a été ainsi solidement maintenu à Anvers, voir les coutumes d'Anvers, p. 128, art. 9. Quoiqu'il en soit, il a été à meilleur droit disposé à Malines que l'homme devait être absous chaque fois qu'il voulait assurer, avec l'intervention d'un serment, qu'il n'avait pas eu une affaire avec la femme dans l'année avant la naissance de l'enfant, voir les coutumes de Malines, tit. 18, art. 5, et la preuve est aussi accirdée au mari par le biais de conjectures plausibles que la déflorée avait exercé le métier de courtisane, comme le dit ici Paul van Christijnen. Sur tout résultat aussi, Wassenaar, dans sa *Praxis judicialis*, cap. 20, nb 6, indique que cette condamnation à la fourniture des aliments procède certes *sur provision*, d'une façon telle cependant, que la preuve au contraire ne soit pas refusée au mari *au principal*. Voyez ce que dit l'auteur ci-dessous dans le liv. II, chap. XXXV, § 9 et là, Groenewegen dans sa note 1248.]

[**Notes de Willem Schorer sur les notes 236 et 237 de Groenewegen van der Made**

Les enfants nés après la célébration des noces sont directement tenus pour légitimes, à moins que le fiancé ne refuse les plaisirs avec une fiancée immature et que jamais avec elle, il n'affirme avec l'intervention d'un serment avoir eu affaire avec celle-ci. En effet, dans ce cas, au septième mois seulement, l'enfant est jugé légitime et cela est vrai à un point tel que, bien que, ce délai étant écoulé, la femme ait nié, lors des difficultés mêmes de l'accouchement, porter un enfant du mari et qu'elle ait avoué avoir été mise enceinte par un autre, l'enfant doit être tenu pour légitime, du fait que l'on n'a pas foi en une telle affirmation, à moins qu'elle ne soit prouvée d'ailleurs, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 1, tit. 6, nb 5 et 7, car celle qui allègue sa propre honte n'est pas entendue, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. I, cap. 3, p. 71, nb 37, auquel est entièrement ajouté Cooren, *Consilia*, cons. 12 ; de même, de Haas, *Nieuwe Hollandsche consilien*, cons. 35, nb 496 ; ce qui cependant, parfois, se trompe, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV ; const. 45, defin. 4, nb 4 et 5. En effet, à bon droit, on peut alléguer une honte déjà révélée, voir Surdus, *Decisiones*, decis. 280, nb 7, p. 538. Quant au moment dans lequel l'enfant doit être tenu pour légitime ou illégitime, Matthæus dit différentes choses dans son *De probationibus*, cap. 1, nb 55 et suivants et aussi, selon l'auteur, dans le comté de Flandre, le juge suprême a prononcé légitime une enfant née après une absence de onze mois du mari, voir *Précis du droit Belgique*, p. 31. Dans le tribunal de Saxe, l'enfant [né] après la mort du géniteur au commencement du onzième mois, au contraire, à la fin, est tenu pur

légitime pourvu que le calcul ne soit pas fait depuis le moment de la mort, mais de la conception, à moins que le père, à bon droit, en bonne santé, n'ait été écrasé par la violence subite de la mort ou tué d'une main violente, voir Carpzov, *Jusrisprudentia forensis*, const. 37, defin. 15, nb 4 et 5, et *Jurisprudentia consitorialis*, lib. II, tit. 13, defin. 225, nb 14 ; ce qui a été étendu à douze mois pour une femme qui vit honorablement, ainsi, pour qu'une tel enfant soit(admis à la succession paternelle, voir de Haas, *Nieuwe Hollandsche consilien*, cons. 35, nb 394. En conséquence, l'enfant né au huitième mois est tenu pour légitime et ainsi, cela a-t-il été jugé dans la Cour Suprême le 20 juillet 1635 ; de même, le 26 juillet 1626. De même, dans Carpzov, defin. 226.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CLXX. Après la dissolution du mariage, dans le dixième mois, c'est-à-dire le trois centième jour, il faut que l'enfant soit né pour que, de façon régulière, il puisse être tenu pour légitime ; n'y fait pas obstacle la décision de la Cour du 14 juillet 1537, dans les *Sentencien van den Hoogen en Provinciaalen Raad*, decis. 93.]

§ 4. Les [enfants] NÉS ILLÉGITIMES (ce qui est entendu suffisamment de la rédaction de la loi) sont les ENFANTS NATURELS ou NÉS D'UN CONCUBINAGE INTERDIT.

§ 5. Les ENFANTS NATURELS [sont] *ceux qui sont nés de deux personnes non mariées qui n'avaient pas pu se marier selon la loi* [238] ; sans [faire] de différence [pour savoir] si la mère est tenu comme un concubine ou non ; concernant les concubines ici dans le pays, elles n'ont aucun avantage sur les autres prostituées [239].

[**Note de Willem Schorer sur la note 239 de Groenewegen van der Made**
Selon l'auteur, le concubinat est tout à fait contraire au droit d'aujourd'hui, ainsi, de sorte que, maintenant averti, si l'on ne veut pas renvoyer la concubine, on soit puni d'une peine pécuniaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandecats*, lib. 25, tit. 7, nb 3 et van der Marck, dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 299, là-dessus, a aussi indiqué qu'ainsi, partout chez nous, cela avait triomphé.]

[47] § 6. Les [enfants] NÉS D'UN CONCUBINAGE INTERDIT sont *ceux qui sont obtenus dans un adultère ou à partir de deux personnes qui sont liées ensemble de trop près par le sang ou l'affinité, de sorte qu'elles ne pourraient pas se marier ensemble* [240].

---

[238] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle LXXXIX, cap. I § 1 aux mots *quod vero*.

Constitution de Justinien adressée à Johannes, second Préfet du prétoire, et donnée en 539 : *« Chapitre I : 1 - (…) mais [l'enfant] qui n'est pas de cette sorte, mais libre certes, qui, cependant, ne procède pas de noces légales ou aussi est né en servitude, s'il a certes mérité la liberté, restera naturel, les différentes mesures qu'en énumérant ainsi les autres, nous consacrons, portent cela pour le droit légal ».*

[239] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle XCI de Léon ; ordonnance de police, art. 3 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 26 *(Des concubins)*, 13 et C. 5, 27 *(Des enfants naturels, de leurs mères et, à partir de quelles causes, ils deviennent légitimes)*, 2. Ceci est différent des lois romaines, voir tout le titre de D. 25, 7 et de C. 5, 26 [les deux titres portent le même intitulé : *Des concubins*], Novelle LXXXIX, chap. XII.

Nous ne donnerons que le début de ce chapitre qui est par ailleurs très long et comporte six paragraphes.

Novelle de Justinien adressée à Johannes, second Préfet du prétoire, et donnée en 539 : *« Chapitre XII : En conséquence, ayant été distingués ceux qui sont devenus légitimes et ceux qui sont restés naturels, il doit être déjà disposé aussi de leur succession. Puisqu'à Valens, Valentinien et Gratien de divine mémoire, en premier lieu, il a agréé de faire quelque chose d'humain, pour les enfants naturels, si certes, pour le père des [enfants] naturels, il y a une descendance légitime, ils les ont fait dignes d'un seul douzième avec leur mère permettant qu'on ne donne pas et qu'à partir d'une dernière volonté ne soit pas donné quelque chose de plus, mais, si les fils, certes, ne sont pas naturels, mais à la concubine, seulement à celles qui n'ont en tout cas pas de conjoint (le fait est que cela a été écrit seulement pour ceux qui ont une concubine), donnant seulement la moitié d'un douzième. Mais, s'ils ne sont pas parents d'enfants légitimes et qu'ils n'ont pas de père ou de mère, ils se voient permettre de leur laisser ou donner trois douzièmes et cela avec la mère, et, si, de n'importe quelle façon, ils ont reçu quelque chose, en cela, est seulement compté, ce qu'il y a en plus vient à ceux qui sont appelé à partir de la loi, ce que les fils des Théodose l'ancien ont consacré quoique non de façon parfaite ».*

[240] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 5, 5 et 8.

Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius adressée à Cynegius, Préfet du prétoire, et donnée en 393 : *« Nous supprimons totalement la permission de prendre pour épouse l'épouse de son frère ou de s'unir à deux sœurs, l'union n'étant pas dissoute de n'importe quelle façon ».*

§ 7. La différence entre les [enfants] légitimes et les [enfants] illégitimes était autrefois grande, puisque les [enfants] illégitimes étaient non seulement exclus des fonctions honorables, mais aussi ne pouvaient pas témoigner contre ceux qui étaient nés légitimes [241].

§ 8. Mais aujourd'hui, une telle chose ayant tout à fait cessé [242] (ils en sont exceptés par des coutumes ou des privilèges particuliers), la grande différence est ainsi dans le fait de prendre et de laisser une succession, dont il sera traité par la suite.

§ 9. Les [enfants] nés illégitimes sont LÉGITIMÉS par nous de deux façons et d'aucune autre [243], à savoir PAR MARIAGE, lorsqu'après la naissance, les parents contractent un mariage légal avec un autre, lesquels sont tenus dans tout pour nés légitimes [244], ou PAR FAVEUR DU MAGISTRAT SUPRÊME DU PAYS [245], c'est-à-dire les Etats ou les gouverneurs du pays, lesquels ne concèdent légèrement pas une faveur de cette sorte aux enfants nés d'un adultère interdit [246] ; mais plus facilement aux enfants naturels en particulier à la demande du père, ; alors, cette légitimation par faveur du magistrat suprême du pays ne concerne pas les parents, autrement que ceux qui y consentent [247], cela ne s'étend pas aussi aux biens féodaux, à moins qu'une telle chose ne soit spécialement signifiée [248].

Constitution de Zénon adressée à Epinicus, Préfet du prétoire, et donnée en 475 : *« Bien que certains des Egyptiens aient pris en mariage les conjointes de leurs frères morts, parce qu'après la mort de ceux-ci, elles étaient réputées être restées vierges, à savoir, jugeant que cela avait agréé à certains des créateurs des lois, lorsqu'avec le corps, ils n'en ont pas convenu, les noces ne sont pas considérées être réellement contractées et les mariages d'une époque de cette sorte alors célébrés sont confirmés, cependant, par la présente loi, nous consacrons que, si des noces de cette sorte avaient été contractées, elles soumettent les contractants de celles-ci et, à partir d'elles, ceux qui sont nés à la teneur des anciennes lois, à l'exemple des Egyptiens dont il a été plus haut parlé, celles-ci sont considérées avoir été confirmées ou doivent être confirmées ».*

[241] Voir le privilège donné par le compte Floris à Monikendam en 1288.

[242] Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 50, 2 *(Des décurions)*, 6.

[243] (Note de Groenewegen) Voir le statut de Frise, I, tit. 5 ; Hendrik van Kinschot, *De rescriptis gratiæ a supremo Senatu Brabantiæ nomine ducis concedis solitis*, traité 6, cap. 1, nb 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, I, x *(Des noces)*, § 13 et sur la dernière novelle placée sous C. 5, 27 *(Des enfants naturels, de leur mère et à partir de quelles causes ils deviennent légitimes)*, 11, [commençant par]*Si quis liberos.*

[244] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, x, § 13 et Groenewegen là-dessus.

« § 13. Mais parfois, il arrive que les enfants qui, immédiatement quand ils sont nés, ne soient pas sous la puissance des parents et que, cependant, par la suite, ils soient ramenés sous puissance. Lequel est celui qui, tandis qu'il était naturel, par la suite, donné à la curie, est soumis à la puissance de son père. Et aussi celui qui, procréé par une femme libre dont le mariage n'avait pas été interdit par les lois, mais auprès de laquelle le père avait une liaison, par la suite, à partir de notre constitution (cf. C. 5, 27, 10)*, il est passé sous la puissance du père ; à d'autres, s'ils ont été procréés du même mariage, semblablement, notre constitution l'a présenté ».*

[245] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 13.

[246] (Note de Groenewegen) Voir placard du 19 mai 1544, art. 28 ; Novelle LXXXIX, chapitre XV ; Zipæus, *Noticia juris Belgici*, tit. *De naturalibus liberis* au début.

« Chapitre XV : Puisque la dernière partie de la loi nous attend, afin que celle-ci reçoive un ordre approprié et que nous énumérions ceux qui ne sont pas dignes du nom d'enfants naturels, en premier lieu, certes, tout enfant qui procède d'étreintes (en effet, nous ne les appellerons pas des noces) criminelles, incestueuses ou condamnées n'est pas appelé naturel, il ne doit pas être nourri par les parents et ne prendra pas part à la présente loi. D'où, bien que, par Constantin, de pieuse mémoire, dans la constitution écrite à Grégoire, certaines choses aient été dites quant à de tels fils, nous ne les recevons pas, parce qu'elle est périmée par le non usage ; en effet, elle fait mémoire des illustres et très brillants magistrats phéniciens et syriens et ne veut pas que ceux qui procèdent d'eux sont naturels, leur enlevant aussi la clémence de la générosité impériale. A savoir que nous supprimons totalement cette constitution. 1 - Cela sera consacré par nous et, pour personne, il n'y aura tout à fait d'ignorance de nos lois , de même que les droits légaux ne seront pas accordés à ceux qui ne sont pas légitimes, mais naturels, de même, ceux qui restent naturels mériteront une humanité et, de même aussi, ils sont eux-mêmes honorés ceux qui ont été séparés de la communauté de ceux qui ne sont pas dignes d'être naturels ».

[247] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la quatrième Novelle [extrait de la Novelle LXXIV] citée sous C. 5, 27 *(Des enfants naturels, de leur mère et à partir de quelles causes ils deviennent légitimes)*, 11.

[248] (Note de Groenewegen) Voir *Livre des fiefs*, II, tit. XXVI [*Si, quant au fief du défunt, il y a une dispute entre le seigneur et les parents par les mâles du vassal*], § 3, verset *Les enfants naturels* ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol . II, decis. 145, nb 25 à 40 ; Zipæus, *Noticia juris Belgici*, dans ledit titre *De naturalibus liberis*, au mot *Legitimi* ; Papon, *Arrests*, XXI, tit. 3, art. 12 ; Dumoulin sur la coutume de Paris, tit. 1, art. 13, glos. 1, nb 39.

« § 3. (…) Les enfants naturels, bien qu'ils soient devenus légitimes, à la succession du fief, ne sont pas admis seuls, ni avec d'autres ».

[**Note de Willem Schorer sur la note 243 de Groenewegen van der Made**

Les noces s'étant ensuivies, non seulement sont légitimés les [enfants] naturels, mais aussi les [enfants] incestueux, pourvu que l'inceste soit du ressort du droit civil, mais non quand l'inceste a été condamné par le droit divin, car le mariage subséquent, dans ce cas, est entendu comme nul ; en conséquence aussi, la légitimation est en vain dérivée de ce qui n'existe pas en réalité. Cependant, si une femme s'est mariée à un impuissant, l'enfant né d'un autre avant que le mariage, qui était nul à raison de l'impuissance de s'unir charnellement ait été dissous, sera jugé légitime par le biais du mariage subséquent ; mieux, le mariage lui-même ayant été délaré nul selon le droit lui-même, il appert que l'enfant est né de l'homme délié et de la femme déliée, entre qui il y a le droit d'intermariage, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 25, tit. 7, nb 9. Cette légitimation peut être faite à n'importe quel moment, aussi à l'article de la mort, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 344, nb 7, p. 716. Daniel von Clasen a traité *ex professo* à Magdebourg en 1651 du droit de légitimation et, de façon plus abondante, Johann Jakob Speidel, *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. II, lettre L, p. 244.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 247 de Groenewegen van der Made**

En Hollande, les enfants légitimes, à partir du rescrit, ne succèdent pas aux autres parents agnatiques du côté paternel que ceux qui auront consenti à faire la légitimation ou à la légitimation faite, comme ci-dessous, liv. II, chap. XX, § 5, et chap. XLI, § 6, bien qu'ils soient mis au même niveau à travers toutes choses que les enfants légitimes, voir Bort, *Tractaat van het Hollandsch leenrecht*, part. V, tit. 3, chap. 2, max. 7, nb 13. Et, dans le droit d'aujourd'hui, ils sont cités en justice à cette fin de contredire la légitimation ou de la corroborer avec leur consentement. Le fils légitimé au sou !hait de son père est excepté, qui, à ses frères, ns par la suite d'un enfant légitime du père, qui vont naître dans le mariage et qui demandent la légitimation, a succédé, bien que ceux-ci, non encore nés, n'aient pas pu consentir et ne l'auront pas voulu par la suite, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 25, tit. 7, nb 15. Du reste, il faut observer qu'il est du ressort d'un droit avantageux qu'un enfant légitime de cette sorte soit tenu pour certaines choses, semblable aux enfants légitimes. De là, il n'y a aucun doute qu'il succède ab intestat au père, ce qui est autrement dans les usages pour l'adoption, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xi *(Des adoptions)* et assurément plus pour la légitimation que pour l'adoption. Celle-ci est seulement une fiction du droit, celle-là, originelle, est naturelle et c'est pourquoi, ayant été légitimé au titre de l'institution, la légitime doit être laissée (bien que, principalement, Velasco, *De privilegiis pauperum ad C. 3, 14 (Quand l'empereur connaît d'une affaire entre les pupilles, les veuves ou les misérables personnes et pour qu'elles ne soit pas produites), 1*, cap. 12, nb 40 et suivant) à un point tel qu'ayant été chargé d'un fidéicommis général, il déduit aussi la Trébellianique, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 140, p. 631. À partir de cela, il s'ensuit que l'on a faussement répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 85, p. 204, au mot *aangaande - i. e.* "concernant" ; de même, cela a été jugé par le Conseil de Brabant le 13 juillet 1650, voir Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 78, nb 3 ; un tel enfant légitimé est rendu seulement capable avec cette faveur du prince de pouvoir succéder à son géniteur sur le fondement d'un testament, à un point tel que, le père étant mort sans testament, il est exclu par les parents de la lignée paternelle et les parent consanguins au quatrième degré. En effet, si l'enfant légitimé est seulement rendu capable par un rescrit du prince de recevoir la succession du père, la légitimation lui serait peu profitable, du fait que, n'y ayant pas de lignée légitime, il pourra toujours succéder au père sur le fondement d'un testament et selon cela, moi étant juge, il a été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 346, nb 2 et suivant, et part. I, cons. 68, p. 101. Il faut cependant relever qu'à l'enfant légitimé par un rescrit, il n'est pas laissé plus qu'à l'un des fils légitimes auquel moins a été laissé ; et ce qui a été donné en plus lui est enlevé et, à l'enfant légitime, cela est appliqué de la même façon que dans C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 6, voir *Trentacinque variæ resolutiones*, lib. I, resol. 11, p. 160, nb 37. Quant à cette loi, voir ci-dessous liv. II, chap. XVI, § 6, notes 345 et 346. Cette dispense n'est aussi pas rétroactive au préjudice d'un tiers à cet effet que l'enfant légitimé enlève la succession déjà déférée à un autre, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 110 nb 9, ou enlève qui quelqu'un le droit déjà obtenu, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 16, defin. 27.

En outre, on peut apprendre à partir de la forme même de la légitimation, quel effet produit cette faveur de celui qui commande, voir les ordonnances de Hollande, ordonnance du 14 février 1669, vol. III, p. 490, et celui qui souhaite apprendre les justes raisons de légitimer ira le voir, *Trentacinque variæ resolutiones*, lib. I, resol. 2, § 156, nb 8 et suivant et p. 164 et suivante. Il est demandé si, avec le

rescrit du prince qui légitime en dehors du territoire, les enfants légitimés devront être tenus pour légitimes. Paul Voet, *De statutis*, sect. 463, nb 151, et Johann Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. 3, le refusent. Et il a été ainsi aussi répondu en Hollande que l'enfant légitimé ne succède pas aux immeubles situés dans le duché de Gueldre, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 104, p. 273 aux mots *zoo wel anbelangt - i. e.* "pour autant que cela regarde", et Voet, dans sa *Disgressio de feudis*, nb 66, indique que cela procède entièrement pour les fiefs.

Quant à la succession des bâtards, [il est parlé] plus largement ci-dessous liv. II, chap. XX, § 5, et chap. XXVII, § 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXI. Pour la légitimation par un mariage subséquent, les instruments dotaux ne sont pas requis, mais la déclaration officielle (qui est nécessaire pour toutes les noces) suffit dans les actes publics, ce qui suffisait aussi en droit romain, voir C. 2, 7 *(Des avocats des différents juges)*, 4 § 4. À Amsterdam, à partir de l'ancien droit national, il est encore requis dans la coutume que les enfants qui doivent être légitimés soient présents au commencement des noces et que le père reconnaisse en présence du magistrat que ceux-ci ont été procréés par lui.

CLXXII. La légitimation par un rescrit du prince n'enlève pas les biens déjà obtenus ou à obtenir à partir d'un fidéicommis à un autre à raison du statut des enfants illégitimes ; et il n'attribue pas la succession sur les biens des parents paternels consanguins qui n'ont consenti à la légitimation ni tacitement ni expressément. Il y a une exception pour les enfants nés d'un nouveau mariage après cette légitimation, auxquels les enfants légitimés peuvent succéder.]

*

[48] Chapitre XIII
Des natifs et des étrangers [249]

§ 1. Des PLACES DE NAISSANCE, vient la distinction que certains hommes, dans des pays, sont des NATIFS, certains des ÉTRANGERS, sur le sens desquels termes aucune explication n'est nécessaire.

§ 2. Cette distinction avait bien auparavant beaucoup de conséquences, puisque les biens des étrangers qui mouraient ici échoyaient au comté [de Hollande] [250] et ces mêmes étrangers ne se voyaient aussi pas permettre de témoigner contre des natifs [251] sur des homicides et d'autres torts, du fait que leur perpétration était moins punie que ceux commis envers des natifs ; semblablement aussi, par différents privilèges, tous les étrangers sont exclus des fonctions illustres [252].

---

[249] (Note de Groenewegen) Voir Zipæus, *Noticia juris Belgici*, tit. *De incolis* ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. V, decis. 31 avec les suivantes.

(Note du traducteur) Noter que le terme néerlandais *uytlander* aurait aussi bien pu être traduit par "aubain", *i. e.* "celui qui est né ailleurs".

[250] (Note de Groenewegen) Voir le privilège de la Hollande du Sud, p. 348.

[251] (Note de Groenewegen) Voir le privilège accordé par le comte Floris à Monikendam en 1288.

[252] (Note de Groenewegen) Voir le célèbre privilège de la duchesse Marie de Bourgogne du 14 mars 1476 ; Novelle CXLV, cap. I ; van Merle, *Praxis civilis*, I, tit. 4, cap. 3, nb 13 et IV, tit. 9, cap. 1. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 29 [*Du crime de sacrilège]*, 3.

Novelle de Justinien adressée à Bélisaire, maître des soldats, et donnée en 533 : *« Chapitre I : Disant très souvent cela, en ayant de la compassion pour ceux-ci, nous en venons à notre sainte loi par laquelle nous consacrons que soient ôtées dorénavant les provinces qui ont été dites par nous (mais nous disons la Phrygie salutaire, la Phrygie pacifiée et la Pisidie) de ce baudrier que nous avons imposé tant à elles-mêmes qu'aux Lycaoniens et aux Lydiens et qu'il n'y a à partir de la présente, aucune possibilité pour ceux qui ont cette administration, que soit fait dans ces provinces quelque participation avec elles, en tant qu'ayant une dignité, ou que quelqu'un transmette de son office ou autrement de ce qui les regarde et y comprennent quelques-uns, mais qu'il n'y a pas la possibilité pour ceux qui sont de ces provinces, de courir vers chacun qui a cette dignité et d'enregistrer une plainte réciproquement contre eux, que ce qui est agité l'ait été à la faveur d'argent ou de crimes ; ceux-ci craignant une peine de trente livres d'or, vu que, nous ayant exclu tout passage vers lesdites provinces à ceux qui, temporairement, auraient eu une dignité ou totalement à ceux qui auraient été rapportés dans leur ordre, afin qu'ils ne fassent ni de commandements pour ces provinces ou contre ceux qui y habitent, ils ne réclameront autrement*

[**Note de Willem Schorer sur la note 250 de Groenewegen van der Made**

Quant aux biens des étrangers qui meurent ici, il y a différentes conventions entre le roi de France et les États Généraux qu'indique Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 30. Communément, on dit *droit des aubaines*, comme étant nés ailleurs (*alibi nati*) ; et l'auteur du *Droit Belgique*, p. 51, comme aussi de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 598, enseignent que, de cette loi injuste, les Belges ont été exemptés par le traité de Cambrai de 1559 entre les rois de France et d'Espagne, et cela a été ainsi jugé dans le comté de Flandre, et par le traité de Nimègue du 10 août 1678, art. 10, entre le roi de France et les Provinces-Unies.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXIII. Les étrangers, dans l'esprit de Grotius et des anciennes lois, sont tous ceux qui sont nés en dehors de la Hollande, à moins d'une absence de Hollande à raison de la République ou dans un ministère de la Société des Indes, ou qu'ils ne soient nés d'une mère voyageant fortuitement en dehors des frontières de la patrie.]

§ 3. Mais, avec la longueur des temps, ces pays s'accroissant beaucoup dans le commerce et le trafic par le biais de la venue d'étrangers, une grande différence de cette sorte fut trouvée désavantageuse. Pour cette raison, il y a que les étrangers ont maintenant le [même] droit de laisser et de prendre des successions que les natifs [253]. Semblablement, ils sont autant d'avantages dans toutes les affaires judiciaires que les natifs ; ce qui est plus, l'affaire de l'hôte, c'est-à-dire quand l'une des deux personnes qui poursuit est étrangère, ne tenant ici aucun domicile, est plus rapidement tenue que celle de l'habitant.

[**Note de Willem Schorer**

Pour cette raison, il y a que etc. Il n'y a maintenant aucune différence pour la succession ab intestat entre les habitants et les étrangers, bien que, dans plusieurs endroits, une taxe du dixième et du cinquième soit parfois demandée par les magistrats, communément, *le droit d'écart ou d'issue*, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 99. Ce droit est très ancien, mieux il a déjà été commencé par les Juifs, voir *Précis du droit Belgique*, p. 89. Cependant, il est ordinairement permis à chacun de changer son foyer aussi sans en avoir obtenu la faveur, bien que le contraire triomphe chez les Russes, et ainsi, en 1732, l'empereur Charles VI, en tant que roi de Bohême, a promulgué un édit dans lequel cela était aussi interdit aux sujets, le pouvoir suprême n'y ayant pas consenti, voir de Réal, *Le science du gouvernement*, t. IV, p. 540. Mais il est demandé si une migration en masse sera aussi

---

pour eux rien de ce qui est apporté dans celles-ci, mais se contenteront tant des Lycaoniens que des Lydiens, l'ordonnant à ceux-ci mêmes seuls, de même que si, au début, dans ces deux provinces, nous enfermions leur dignité, ne lui accordant aucune participation dans les deux Phrygies ou la Pisidie. En effet, nous libérons ces provinces de toute difficulté, dignes des jugements civils qu'elles reçoivent tant dans les causes pécuniaires et dans les crimes ; celles-ci sachant que, si elles ne réclament pas n'importe quel brigandage fait ou invasion dans ces mêmes endroits ou une soustraction de biens et qu'elles ont réclamé ce qui a été enlevé, à partir de leurs possibilités mêmes, à partir de cela, ayant la nécessité de s'occuper de la dépense tant sur ceux qui sont établis dans un baudrier qu'aussi, après qu'il a été déposé. Si a tenté celui qui, après le temps présent, a une dignité militaire en Lycaonie et en Lydie ou d'aller lui-même vers les provinces ci-devant dites par nous ou de diriger quelques-uns de son office, nous accordons aux évêques des cités la confiance d'empêcher celui-ci ou ceux qui ont été destinés par lui en voulant les envahir, et de les chasser des places, vu qu'ils en ont été interdits par la présente loi impériale ; sur cela, une peine de trente livres d'or est imposée tant à celui qui, à la faveur du temps, régira un baudrier qu'à ceux qui ont été députés à lui obéir, que celui-ci ait ordonné quelque chose de tel ou que ceux-ci aient présumé administrer ; et sur cela, avec la perte du baudrier, ses richesses seront mises en danger ».

[253] Voir la Novelle *Omnes peregrini* placée sous C. 6, 59 *(Choses communes quant aux successions)*, 10 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*.

« Novelle De statu et consuetudine : Tous les pérégrins et étrangers sont librement reçus où ils le voudront. Et, si les hôtes ont voulu tester, quant à leurs biens, ils auront la possibilité d'organiser leurs enfants dont l'ordre sera observé inébranlable. Mais, s'ils sont morts sans testament, rien n'arrivera à l'hôte ; mais leurs biens, par la main de l'évêque de l'endroit, si cela peut être fait, seront délivrés aux héritiers ou distribués pour des causes pieuses. Mais, si un hôte a eu quelque chose des biens de telles personnes à l'encontre de notre constitution, à l'évêque, il rendra le triple avec ce qui avait été considéré devoir lui être assigné, non obstant quelque statut, coutume ou privilège qui, jusqu'ici, introduisait le contraire. Mais, s'ils ont présumé venir contre notre constitution, nous leur interdisons la possibilité de tester quant à leurs biens, afin qu'ils soient punis sur ce dans quoi ils ont commis une faute ; autrement, selon que la qualité de la faute d'aura demandé, ils doivent être punis ».

permise. L'auteur le refuse à partir de la nécessité du but, voir *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. V, § XXIV, 2 ; car, si cela est permis, dit-il, la société civile ne peut pas subsister. Toutefois, Pufendorf est en désaccord dans son *Droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. XI, § XIV, et répond aux abjections de Grotius ; mais, de nouveau, Wernher, dans ses *Elementa juris naturæ et gentium*, cap. 16, § 4, défend l'opinion de l'auteur. Quoi qu'il en soit, Barbeyrac observe sur Grotius, dans sa note 5, et sur Pufendorf, dans sa note 4, que cette question peut avoir à peine lieu, si ce n'est dans deux cas, quand le pouvoir suprême a exercé une tyrannie sur les sujets ou quand la terre nationale n'a pas suffit à la nourriture des citoyens et également, dans ce cas, il pense que les citoyens peuvent s'éloigner de la cité. Toutefois, il peut y avoir d'autres cas, par exemple la crainte des ennemis qui envahissent la patrie, ce dont différents exemples nous ont été laissés dans le siècle passé. On peut voir chez Zurck, *Codex Batavus*, pour moi p. 386, ce qui a été consacré par les États à différents moments contre ceux qui fuient à l'avance en masse par crainte des ennemis, et là, plusieurs choses dans les notes ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 99, approuve les peines imposées à ceux qui fuient. Cependant, dans le droit naturel, de Réal, dans *La science du gouvernement*, t. IV, p. 550, indique que la migration volontaire est licite, bien qu'interdite dans le droit politique ; il indique aussi les différentes raisons pour lesquelles il est permis à chacun personne privée de quitter la patrie, aussi contre le gré d'une loi qui l'interdit ; par exemple pour célébrer des sacrifices [vus] ici de travers, si l'air est moins pur, qu'il nuit à la santé du corps, etc. Toutefois, il rappelle différentes exceptions à cette règle, même s'il n'y a aucune loi qui interdit la migration ; ainsi, le soldat qui est une personne choisie publiquement, contrainte à un serment, qui mérite ses soldes, ne peut pas à son plaisir quitter la patrie à raison de ce double lien sans en avoir obtenu du prince la faveur.

Est plus rapidement tenue etc. Il a été accordé aux étrangers d'aller trouver la Cour Suprême chaque fois qu'un procès est soulevé entre deux marchands étrangers, les tribunaux inférieurs étant laissés de côté, voir l'*Instructie van den Hoogen Raad*, art. 18.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXIV. Bien que, pour les étrangers qui habitent en Hollande, les parents qui ont leur domicile et leur origine en dehors de cette région, ne puissent pas être des héritiers, cependant, cette succession était soumise à une taxe, qui était appelée droit d'*écart*, et au droit nouveau introduit par les privilèges ou aussi, par une coutume de longue durée, celle-ci étant habituellement exercée contre les cités hollandaises elles-mêmes aussi, à moins que cela n'ai tété remis à des accords convenus entre les cités ; dans le droit le plus récent, ce droit a été aboli par la loi de Hollande du 6 avril 1797.

CLXXV. Dans les jugements, la condition des étrangers qui habitent ici est tantôt plus mauvaise, tantôt meilleure que celle de citoyens et des habitants. Plus mauvaise dans la cause d'un arrêt pour fonder une juridiction, dans la garantie d'être présent au jugement et de payer ce qui a été jugé. Meilleure dans le procès très rapide qui doit être terminé dans les trois jours, délai qui est appelé ailleurs *dwars-nagt* - *i. e.* "nuit transversale", et pour juger très brièvement de l'arrêt dans lequel il est détenu, voir les *Keuren* de Leyde, art.184.]

§ 4. Cependant, une grande partie des natifs viennent, par la force de privilèges particuliers, à une liberté dans les taxes [254], **[49]** lesquels les comtes ont accordés aussi bien avant à certains étrangers, cependant, par la suite, ils ne sont pas pas liés à pouvoir faire plus [255].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXVI. De même que les tonlieux eux-mêmes, de même, la dispense du paiement de ceux-ci mêmes, qui était accordée aux seuls citoyens et non de même, aux étrangers autrefois, ont été abrogés dans le dernier droit de Hollande dans l'édit du 5 mars 1795.]

[254] (Note de Groenewegen) Voir privilège donné par le compte Willem à la ville de Delft en 1246, art. 1 ; privilège donné par le compte Floris à Leyde en 1266, art, 2, et à Monikendam en 1288, art. 1, re,nforcé par le privilège du compte Willem en 1340, par celui du duc Aelbregt en 1400, par le comte Willem II de 1306, encore par l'impératrice Margariet en 1346 ; le privilège donné par le comte Floris à Amsterdam en 1275 et en 1291, par le comte Willem en 1342, par le duc Jan de Bavière le 18 janvier 1420, par le duc Willem de Bavière en mai 1409, par le duc Aelbregt de Bavière à Wesep en 1401.

[255] (Note de Groenewegen) Voir privilège du duc Johan de Lorraine du 28 février 1424 et du duc Philippe de Bourgogne du 11 juillet 1452 ; placard du 19 février 1518 ; van Merle, *Praxis civilis*, I, tit. 4, cap. 3, nb 13.

§ 5. Concernant les fonctions l'ancien droit est plus restreint, de telle sorte qu'on l'emploie seulement contre des peuples qui excluent les natifs de ces pays [256], à l'exception des villes qui ont une justice particulière dont certaines excluent aussi certains natifs comme ceux qui sont nés au-delà de la Meuse et de la Zijp.

[**Note de Willem Schorer**

Ceux qui sont nés au-delà de la Meuse et de la Zijp etc. Un privilège de cette sorte se présente aussi à notre cité de Middelburg, à laquelle il avait déjà été accordé en 1347 que *personne, si ce n'est né d'un juste mariage, ne serait échevin de cette ville*, voir le privilège du comte Willem du 25 mars 1347, dans Mieris, *Groote Charten*, part. II, fol. 732. Par la suite, la comtesse Jacoba a ajouté le 8 mars 1471 un privilège à partir duquel *personne ne peut être créé échevin, à moins qu'il ne soit né en Zélande et n'y ait des biens*, voyez Mieris, part. IV, fol. 471. Mais personne n'est déjà reçu qui n'a pas amené une origine légitime dans l'Escaut occidental, voir coutumes de Middelburg, rubr. 1, art. 5, bien que Versluis, dans ses notes sur ces coutumes, dise qu'il avait naguère trouvé d'où venait cette restriction : elle avait été demandée dans l'Escaut occidental ; cependant, il est établi à partir des *Resolutiones, consultationes scabinorum, consiliariorum ac præcipuorum civium* du 23 juillet 1518, dans lesquelles le privilège de la majesté royale est reçu, qui a, entre autres choses, ceci : *et en particulier, que tous les magistrats à venir … devront être nés à l'Ouest de l'Escaut en Zélande durant un siècle et un jour, et aucun autre.* Cela a été confirmé par les conseillers et les électeurs par un serment les 30 et 31 juillet de la même année et par le roi Philippe, cela a été disposé plus tard dans une lettre du 21 juillet 1651. Voyez *Tegenwoordige staat van Zeeland (État actuel de la Zélande)*, part. I, chap. 5, p. 225-226 dans les notes.

Aux gens de Flessingue, par le prince Willem, il a été accordé qu'un seul consul originaire de cette même ville, serait toujours créé, voir le privilège du 2 mars 1574, art. 3, que Smalleg a dans sa *Chronik van Zeeland*, t. I, liv. 4, p. 558.]

§ 6. Les étrangers reçoivent le droit de natif par la volonté des Etats du pays, sans qu'une telle chose n'ait été anciennement au pouvoir des comtes seulement.

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXVII. Les rescrits de naturalisation accordés simplement aux étrangers n'attribuent pas un accès aux honneurs, voir le décret de Hollande du 25 septembre 1670 ; ils ne sont cependant pas sans effet, comme il a semblé à Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. II, cap. 11, p. 265, bien que les étrangers puissent être reçus par les magistrats dans le nombre des citoyens aussi sans ce rescrit ; car, aussi n'ayant pas été recherché le droit de quelque citoyenneté, ils donnent largement une défense contre les peuples extérieurs et font en sorte de ne pas pouvoir être appelés par le juge ordinaire et compétent, que ce soit dans les causes civiles ou lescauses criminelles.

L'avantage du rescrit de naturalisation est plus important pour les honneurs dont dépend l'accès à la plupart des dignités pour ceux qui sont nés en dehors de la Hollande, non cependant, contre les requis des lois reçues dans les différentes cités.]

*

Chapitre XIV
Des nobles et des non nobles [257]

[256] (Note de Groenewegen) Voir l' »octroi de l'empereur Charles du 7 mai 1555, étant le douzième octroi fait par le roi Philippe le 2 novembre 1555 et le 18 décembre 1556 ; van Merle, *Praxis civilis*, IV, tit. 9, cap. 1, nb 7 ; Bor, *Nederlandse Historie*, liv. XXI ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 29 *(Du crime de sacrilèges)*, 3 ; en argument D. 2, 2 *(Ce que chacun a statué du droit contre un autre, afin que lui-même use du même droit).*

Ce titre 2 comporte quatre extraits.

[257] Voir Loyseau, *Des ordres*, chap. 5 et suivants ; Papon, *Le troisième Notaire*, liv. 7, *D'annoblissement.*

§ 1. De la LIGNÉE, vient la distinction que certains sont NOBLES DE NAISSANCE, certains NON NOBLES.

[50] § 2. Sont DE NAISSANCE NOBLE *ceux qui sont venus d'un père dont la lignée est anciennement reconnue pour noble ou faits nobles par le magistrat suprême du pays.*

§ 3. Car certaines lignées ont eu leur noblesse de tous anciens temps, étant ainsi connu que celle-ci ne demande aucune preuve. D'autres lignées honorables s'y sont ajoutées par la suite par le biais de services ou de faveurs.

§ 4. Nous disons *sont venus*, à savoir de façon légitime [258], à moins qu'ils ne fussent les bâtards de comtes ou de barons, qui sont reconnus pour des personnes nobles.

[**Note de Willem Schorer sur la note 258 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici quant aux bâtards des comtes et des barons est valide dans la coutume de la plupart des peuples (pourvu qu'ils portent une certaine barre sur leurs blasons qui commence depuis la gauche et va sur la droite), comme ici, l'a ajouté Groenewegen dans la marge. Chez les Savoyards cependant, cela n'est pas indistinctement vrai, mais il est requis que ces trois choses concourent : 1. Que la tête de toute la famille y consente ; 2. Qu'il vive noblement ; 3. Et que ses richesses suffisent pour vivre noblement. Van Leeuwen, dans sa *Censura forensis*, lib. I, cap. 2, nb 10, poursuit plus longuement cette matière. Il est clair que de tels bâtards ne jouissent pas partout du privilège de la noblesse ; car il est controversé [de savoir] si les bâtards légitimés des nobles obtiendront la noblesse, voir Daniel van Clasen, *De jure legitimationis*, concl. 11, p. 86, ce qui a été aussi restreints dans le droit français à ceux qui sont nés de sang royal au second degré, mais non au-delà, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV ; p. 561. En Allemagne aussi, toute prérogative de noblesse est refusée aux bâtards et, après l'époque de l'empereur Arnolphe, en 891, personne, si ce n'est né d'une mariage légitime, n'avait été au pouvoir de la dignité impériale. De là, aussi en 1212, une controverse ayant été soulevée sur la naissance de Frédéric II, avant qu'il soit admis, il a été contraint de prouver que les noces de ses parents avaient été légitimes, voir *Le droit public germanique*, t. I, p. 96, [édité] chez Pierre Mortier à Amsterdam en 1749. Et, ainsi, dans la loi fondamentale du Danemark, cela a été expressément établi, art. dernier, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. II, p. 686. Le trône d'Angleterre échut à Guillaume le Conquérant en 1066, voir de même, ledit t. II, p. 327 et ce dernier fut celui qui, en 1071, se préoccupa de rassembler en un seul corps les lois anglaises, p. 381.]

§ 5. Nous disons *d'un père* [259] ; car une telle chose est nécessaire dans ces pays pour être noble, excepté que les nobles venus de quatre quartiers nobles ou d'une branche ancienne sont seulement reçus à certains revenus des biens que l'on appelle improprement spirituels, selon les conditions qui sont fondées sur les mêmes biens.

[**Note de Willem Schorer sur la note 259 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, il est très vrai que l'on est né noble à partir d'un géniteur noble, aussi à partir d'une mère roturière, car une roturière mariée à un noble devient noble ; ce qui ne procède pas dans le sens

---

[258] (Note de Groenewegen) En argument D. 1, 5, 24 ; Zipæus, *Noticia juris Belgici*, tit. *De dignitate ,*sur les mots *ut spurio* ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, rubr. 8, art. 3, nb 18 et les suivants ; Faber dans son *Codex*, liv. IX, tit. 29, defin. 20 ; Papon, *Le troisième Notaire*, liv. VII, *D'annoblissement*, sur les mots *pour cette négative.*

[259] (Note de Groenewegen) Voir C. 10, 32 *(Des décurions)*, 36 ; C. 12, 1 *(Des dignités)*, 11 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. V, decis. 88, nb 12.

Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée à Basile, Comte des largesses impériales, et donné en 383 : *« À l'exemple de l'ordre sénatorial, chacun suit l'origine de son père et les rescrits spécialement déférés ne sont pas valides, si quelqu'un, de défendant avec l'origine de sa mère, a mérité peut-être d'être transféré d'une plus importante curie à une moindre ; aucune exception ne se verra permettre d'être rapportée à la faveur de l'usage d'une province ».*

Constitution de Valens, Gratien et Valentinien adressée à Procope et donnée en 377 : *« Un sénateur ou une autre personne très illustre aura des fils privés, mieux, mis au monde avant qu'il reçoive une dignité ; ce qui est reconnu avoir été établi comme devant être observé non seulement pour les mâles, mais aussi pour les filles avec une semblable condition. 1 - Mais, quand il ne faut pas envier aux fils les honneurs paternels, il faut savoir que celui qui a été reçu d'un sénateur ou seulement, d'un très illustre, restera avec la dignité ».*

inverse, voir Gomez, *Ad legem Tauri* sur la loi 79, nb 6, p. 556. Et cela triomphe partout parmi les peuples plus civilisés en Europe, la loi de Campanie, où la noblesse est déduite depuis la mère, étant exceptée, qui est totalement singulière et que l'on croit avoir été introduite par des écrivains à raison de l'insigne désastre des nobles en 841 entre les fils de Louis le Pieux ; voir plus largement, Noest, *Algemeen staatsrecht*, liv. II, chap. 7, § 14 vers la fin. Toutefois, chez de nombreux peuples, en Inde et surtout à travers toute l'embouchure de Malabar, une autre façon de succéder est valide à raison d'une foi plus certaine quant au sang royal, ainsi, de sorte qu'un fils ne succède pas à son père, mais le fils de la sœur à son grand-père, voir Pufendorf, *le droit de la nature et des gens*, liv. VII, chap. 7, § 14. De Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 205, enseigne que cela a été reçu ailleurs, et l'auteur rapporte, ci-dessous, liv. II, chap. XXVII, § 19, à partir de Tacite que les anciens Germains l'avaient aussi ainsi pensé.]

§ 6. La distinction des nobles et des non nobles (en dehors de la conduite des affaires du pays, dont il sera parlé dans le traitement de ce qui concerne le droit public) a été auparavant très grande, puisqu'un homicide ou un autre délit fait à un noble était plus fortement puni que celui fait à un non noble ; aussi un non noble ne peut-il témoigner contre un noble dans beaucoup d'affaires ni prononcer une sentence sur un noble. Les nobles étaient aussi libres de contribution ; tout cela a cessé maintenant ; la première chose, parce que la procédure judiciaire est faite égale et commune pour tous non seulement par la coutume, mais aussi par les privilèges ; la seconde chose, parce que la contribution a cessé maintenant et les moyens communs sont communément levés sur les nobles et les non nobles.

[**Note de Willem Schorer**
L'auteur traité ici de la différence entre noble et roturier ; l'ancien droit de Zélande s'accorde avec cela ; car celui qui tuait un noble était condamné à une amende de cent livres, mais [celui qui tuait] un roturier, à une amende de vingt-cinq [livres] et ainsi, chacun à la faveur de la qualité de la noblesse, voir la *Keur* de Zélande, chap. 4, art. 1. Cornelis van Alkemade a plusieurs choses dans son *Behandeling van het kamp-recht (Traité du droit de combat)*, art. 34, dans les notes pour moi p. 104 et Fredrik van Sande énumère les privilèges de la noblesse de Gueldre dans sa *Consuetudo feudalis, tractatus præliminarius*, p. 9, nb 18 et suivants.]

§ 7. Reste la seule distinction de la chasse de lièvres et de lapins, un droit qui appartient aux nobles à côté des plus excellents **[51]** officiers du pays de façon particulière ; et les barons, en outre, de pouvoir prendre le droit à un cerf par an [260].

[**Note de Willem Schorer sur la note 260 de Groenewegen van der Made**
Quant à la chasse, [voir] ci-dessous à l'endroit signalé dans la marge.]

§ 8. Les NON NOBLES ont été auparavant de deux sortes, les HOMMES BIEN NÉS et les GENS DU COMMUN.

§ 9. Il semble que les HOMMES BIEN NÉS ont été anciennement ceux qui, de père en fils, et de personnes honorables, étaient venus, cela par différents comtes et particulièrement le comte Floris qui était haï des nobles, ce pourquoi une conspiration s'est ensuivie contre lui et finalement, sa mort ; étant très favorisés, ils avaient le droit de porter sur leurs armes, c'est-à-dire les insignes de leur lignée, publiquement, de chevaucher avec des éperons [261] et d'être libres des contributions ; mais aujourd'hui, tout cela ayant été rendu commun commun avec les autres par le biais de l'emploi, il reste seulement cette distinction que les hommes bien nés sont

[260] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après liv. II, chap. IV, §§ 24-25.

[261] (Note de Groenewegen) Voir Matthæus van der Hoeve, *Privilèges des anciens pays bataves*, liv. II, cap. 3, p. 89 ; *Chronique de l'ancienne Hollande*, part. XIX, cap. 21 ; Gouthouven, *Chronique de Hollande dans la rédaction du comte Floris*, pour moi, p. 329.

employés comme juges [262] de la Cour du bailli à la place des tenanciers féodaux et, avec cela, sont libérés de pouvoir être choisis à la fonction d'échevin.

*

Chapitre XV
Des clercs et des laïcs [263]

§ 1. La distinction entre les personnes ecclésiastiques et les personnes laïques a été auparavant grande, comme on peut le voir par différents privilèges et accords faits sur le point du droit ecclésiastique. Cependant, les officiers du comte ont toujours pu prendre les ecclésiastiques qui commettaient **[52]** un excès et les livrer aux juges ecclésiastiques quine pouvaient pas les relâcher avant qu'ils eussent accompli la peine selon le droit public commun [264]. Par les comtes, beaucoup de bonnes lois sont faites contre les ecclésiastiques et leurs biens [265] ; mais aujourd'hui, puisque, par la réception de la religion réformée, tous les privilèges des ecclésiastiques dans les procédures judiciaires comme dans les autres affaires concernant particulièrement le droit civil, cessent, cette distinction de condition est inutile [266], excepté pour ce qui regarde le droit public, dont il sera parlé par après.

* *
*

[262] (Note de Groenewegen) Voir le privilège de l'impératrice Margriete donné à la Hollande du Nord le dimanche avant Pentecôte 1346, art. 16.

[263] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 1, 2 *(Des saintes Eglises, de leurs biens et de leurs privilèges)* avec le titre suivant, C. 1, 3 *(Des évêques, des clercs, de ceux qui élèvent les orphelins, des hospices de nouveaux nés, des hôpitaux, des couvents, des moines, de leur privilège, du pécule des camps, du rachat des captifs et des noces interdites ou permises des clercs)*.

Le titre 2 comporte 25 constitutions et le titre 3, 55 constitutions.

[264] (Note de Groenewegen) Voyez les concordats entre Roelof, évêque d'Utrecht, et le duc Philippe de Bourgogne comme comte de Hollande du 28 février 1434 et, à raison de celui-ci, renouvelé et publié par le même duc le 26 septembre 1462. Encore, les articles et livres mémoriaux enregistrés des officiers au greffe de la Cour de Hollande dans le livre III du *Mémorial de Sandelyn*, fol. 104 verso ; la confirmation de l'empereur Maximilien sur les concordats certains faits par lui et Charles V avec l'évêque et la cathédrale d'Utrecht sur le cas d'un tribunal mixte le 1er février 1528 enregistré dans le douzième livre mémorial, fol. 235. Encore, la confirmation entre sa majesté comme archiduc d'Utrecht et l'évêque, le prévôt de la cathédrale, les prélats et les chapitres de l'église d'Utrecht et ceux des conseil, ville et pays d'Utrecht le 28 août 1539, enregistré dans le troisième livre mémorial de Jan de Jonge, greffier de la Cour de Hollande, fol. 1 et 8 verso.

[265] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 28 octobre 1446 enregistré dans le second livre mémorial de maître Arent Sandelyn, greffier de la Cour de Hollande, fol. 31 ; le placard du 6 juillet 1515 et du 20 mars 1524 ; encore celui du 16 octobre 1531, liv. II, partie 5, nb 13, partie 16, nb 4.

[266] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 1, 2 *(Des saintes eglises)*, 5 et C. 1, 3 *(Des évêques et des clercs)*, 1.

[53] Second livre
Du droit réel

Premier tableau du second livre
Contenu du second livre

Pour savoir la condition juridique des choses, *il est utile de voir* leur nature *et* leur relation aux hommes.

Selon leur nature, *les choses sont* particulières *et* universelles.

Les choses singulières *sont* corporelles *ou* incorporelles.

Les choses corporelles *sont* meubles *ou* immeubles.

Les choses universelles *sont* [les choses] de genre *ou* d'espèce.

Selon la relation aux hommes, *viennent les choses de* tous les hommes, d'une certaine communauté, d'hommes particuliers *ou* de personne.

Les choses appartenant à *une certaine* communauté appartiennent à de grandes communautés, *comme tous les pays, ou* appartiennent à de moindres communautés, *sous lesquels entrent aussi les biens sacrés et les tombes.*

Les choses *qui* appartiennent à des personnes particulières *sont* inaliénables *ou* aliénables.

Les choses aliénables *sont pour chacun* sa vie, son corps, sa liberté et son honneur.

Les choses n'appartenant à personne *sont celles qui*, depuis leur origine, ne sont occupées par personne *ou celles qui*, depuis leur abandon, ne sont occupées [par personne].

*

Chapitre I
De la condition juridique des choses et de leur distinction

§ 1. Nous avons parlé de la condition juridique des hommes ; suit maintenant LA CONDITION JURIDIQUE DES CHOSES.

§ 2. Pour entendre celle-ci, nous devons d'abord connaître LA DISTINCTION DES CHOSES, **[54]** et par la suite, *la distinction du droit relatif aux choses mêmes*, avec la *manière* de les *acquérir* ou de les *perdre.*

§ 3. Nous appelons ici CHOSES *tout ce qui est extérieur à l'homme, étant d'une certaine manière utile à l'homme.*

§ 4. Celles-ci sont divisées D'APRÈS LEUR NATURE OU LEUR RELATION AUX HOMMES.

§ 5. D'APRÈS LEUR NATURE, les choses sont distinguées en SINGULIÈRES et en UNIVERSELLES [1].

§ 6. Est SINGULIER *ce qui ce qui n'englobe pas sous soi*, comme cet homme, cet argent, ce pays.

§ 7. Est UNIVERSEL ou une TOTALITÉ *ce sous quoi entrent de nombreuses parties*, comme des héritages ou des successions.

§ 8. [Est] UNE CHOSE DE GENRE *ce sous quoi beaucoup d'espèces sont comprises*, comme sous un animal, est inclus un homme ou une bête ; sous une bête, un bœuf et un cheval ; et sous un cheval, ce cheval-ci et ce cheval-là.

---

[1] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, pr.

« Dans le livre précédent, nous avons exposé [ce qu'il en est] du droit des personnes ; voyons tout de suite [ce qu'il en est] des choses. Celles-ci sont tenues dans notre patrimoine ou en dehors de notre patrimoine. En effet, certaines choses, selon le droit naturel, sont communes à tous, certaines [étant] publiques, certaines [appartenant] à une communauté, certaines n'appartenant à personne et la plupart appartenant à chacun, qui, à partir de différentes causes, sont acquises à chacun, comme il apparaîtra à partir de ce qui est soumis ».

§ 9. Ce *singulier* peut être CORPOREL ou INCORPOREL [2].

§ 10. [Est] CORPOREL *ce qui est visible avec un sens extérieur*, comme cette maison, ce livre et ainsi de suite ; il est distingué en MEUBLE ou mobilier et en IMMEUBLE ou immobilier.

§ 11. Les bêtes, comme se mouvant elles-mêmes, sont comprises sous un bien meuble [3] ; [ainsi aussi, les navires et les parts de navire] [4].

§ 12. Sont des immeubles les maisons et les fonds.

§ 13. Ce qui est attaché à la terre ou cloué [dans une maison] est tenu comme une suite de l'immeuble [5].

---

[2] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre des Institutes, II, ii *(Des biens incorporels)*.

« En outre, certains biens sont corporels, certains incorporels. § 1. Sont corporels ceux qui, par leur nature, peuvent être touchés, comme un bien-fonds, un homme, un vêtement, l'or, l'argent et enfin, d'autres choses innombrables. § 2. Mais sont incorporels ceux qui ne peuvent pas être touchés. Lesquels sont ceux qui consistent en un droit, comme une succession, un usufruit, les obligations de quelque façon qu'elles aient été conclues. Ne regarde pas la chose le fait que des biens corporels, dans une succession, soient contenus ; car les fruits qui, à partir d'un bien-fonds, sont perçus sont corporels et ce qui, à partir de quelque obligation, nous est dû est en général corporel, comme un bien-fonds, un esclave, de l'argent ; car le droit de succession, le droit lui-même d'usufruit et le droit lui-même de l'obligation sont incorporels. § 3. Dans ce même nombre, il y a les droits des biens-fonds urbains et ruraux qui, aussi, sont appelés des servitudes ».

[3] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 93 et D. 41, 2, 3 § 13.

Extrait du livre XIX des *Digestes* de Celsus : *« Sous l'appellation de "choses qui se meuvent" ou de "meubles", nous signifions la même chose ; si, cependant, il appert qu'un défunt a appelé des animaux "des choses qui se meuvent", parce qu'ils se mouvaient eux-mêmes, cela est vrai ».*

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 13 - Nerva fils [dit que] les biens meubles, l'esclave étant excepté, dans la mesure où, sous notre garde, ils se trouveront, sont possédés, c'est-à-dire dans la mesure où, si nous l'avons voulu, nous pourrons en obtenir la possession naturelle. En effet, aussitôt que le bétail a divagué ou qu'un vase est tombé, d'une façon telle qu'ils ne soient pas trouvés, immédiatement, ils cessent d'être, par nous, possédés, bien que, par personne, ils ne soient possédés ; de façon différente, comme si [le bien], sous ma garde, se trouve et qu'il n'est pas retrouvé, parce que sa présence existe et que, seulement, cesse, dans l'intervalle, la diligente recherche ».*

[4] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[5] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 17 ; Zypæus, *Noticia juris Belgici*, tit. *De rei vindicatione*, aux mots *rem sequuntur* ; coutumes de Malines, tit. 7, art. 9 et là, Paul van Christijnen.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Rien n'appartient à un bien-fonds qui ne se tienne à la terre ; mais on ne doit pas ignorer qu'il y a beaucoup des constructions qui n'ont pas été attachées à une maison, comme par exemple les barres pour fermer les portes, les clés, les verrous ; qu'il y a encore beaucoup de choses enterrées et qui ne sont cependant pas tenues pour appartenir au bien-fonds ou à la maison de campagne, comme par exemple des récipients à vin, des cuves de pressoir, parce qu'ils appartiennent plus à un outillage, bien qu'ils adhèrent à la construction. 1 - Mais il est clair que le vin et les fruits de la maison de campagne n'ont pas été perçus. 2 - Le bien-fonds ayant été vendu ou légué, le tas de fumier et les litières appartiennent à l'acheteur et au légataire, mais les bois au vendeur ou à son héritier, parce qu'ils n'appartiennent pas au bien-fonds, même s'ils ont été, sur ce bien, placés. Mais, pour le tas de fumier, la distinction de Trebatius doit être approuvée, de sorte que, si certes, pour fumer un champ, il a été placé, il suit l'acheteur. Si [c'est] pour vendre, [il suit] le vendeur, à moins qu'autre chose n'ait été fait ; il n'importe pas [de savoir] si, dans l'étable, il est étendu ou s'il y a un tas. 3 - Ces tableaux peints à la faveur d'un revêtement en stuc et, de même, les marbres incrustés appartiennent à la maison. 4 - Les réseaux autour des colonnes, les panneaux autour des murs, de même, les voiles de poils de chèvre n'appartiennent pas à la maison. 5 - De même, ce qui, pour un immeuble de rapport, a été préparé, si ce n'est pas encore terminé, bien que cela ait été placé dans la construction, n'est cependant pas considéré appartenir au bâtiment. 6 - Si des objets extraits du sol ou coupés sur le sol* (ruta cæsa) *sont exceptés dans la vente, on a décidé qu'était extrait du sol ce qui avait été déterré, comme le sable, la craie et les choses semblables et qu'avait été coupé sur le sol, comme les arbres coupés, les charbons [de bois] et ce qui leur est semblable. Mais Gallus Aquilius, dont Mela rapporte l'opinion, dit à bon droit qu'en vain, dans la clause d'une vente au sujet de ce qui est extrait du sol ou coupé sur le sol, cela est compris, parce que, si ce n'est pas spécialement vendu, pour la production* (ad exhibendum) *à son égard, on ne peut pas agir en justice et, en effet, à la matière coupée sur le sol, aux moellons ou au sable, il faut pour le vendeur, plus veiller qu'aux autres choses qui sont plus précieuses. 7 - Labéon, de façon générale, écrit que ce qui, pour un usage perpétuel, dans les constructions, se trouve, appartient à la maison, mais qui, présentement, n'appartient pas à la maison, comme par exemple les tuyaux certes placés pour un temps n'appartiennent pas à la maison, mais, cependant, si, de façon perpétuelle, ils ont été placés, ils appartiennent à la maison. 8 - Les réservoirs de plomb, les puits, les couvercles des puits, les robinets soudés au plomb aux tuyaux (ou qui, dans la terre, sont inclus, bien qu'ils n'aient pas été fixés), il est clair qu'ils appartiennent à la maison. 9 - De même, il est clair que les sceaux, les colonnes aussi et les masques et les bouches, desquels l'eau coule ordinairement, appartiennent aux maisons de campagne. 10 - Ce qui, d'une maison, a été détaché pour être replacé, à la maison, appartient ; et ce qui a été apprêté pour y être placé n'appartient pas à la maison. 11 - Les pieux qui, pour des vignes, ont été préparés, avant d'y être placés, au bien-fonds, n'appartiennent pas, mais ceux qui ont été achetés avec cette intention d'y être placés appartiennent au bien-fonds ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 5 de Groenewegen van der Made**

Les biens qui sont mobiliers par leur nature doivent être parfois tenus pour des immeubles, lorqu'ils sont crus [être] une partie et une accession d'un bien immoblier, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lb.1, tit. 8, nb 13. Les revenus rachetables sont comptés dans les meubles, voir Nieuwstadt, *De feudorum Hollandiæ successione*, cap. ult. nb 27.]

§ 14. [Est] INCORPOREL ce qui n'est pas comme tel, comme le **[55]** droit d'aller sur cette terre, car, bien que la terre soit [un bien] corporel, ainsi, ce droit n'est cependant pas corporel [6].

[**Note de Willem Schorer sur la note 6 de Groenewegen van der Made**

Il est plus souvent demandé avec inquiétude si les biens devront être l'accessoire des meubles ou des immeubles. La raison en est que les biens meubles sont jugés être situés là où le propriétaire a son domicile, mais les immeubles, là où ils sont en réalité. Il s'ensuit de là que les immeubles doivent être régis pat la loi de l'endroit, mais les meubles à partir de la loi du domicile où le propriétaire habite, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 1, tit. 8, nb 30.

La succession n'edst pas réduite aux meubles et aux immeubles, du fait qu'elle appartient toute aux meubles et aux immeubles, voir en argument D. 6, 1 *(De la revendication des biens)*, 56, et Brunemann, *De rerum divisione*, et Voet, lib. 1, tit. 8, nb 19, sur cette loi.

Du fait que les servitudes prédiales ne sont rien d'autre que des qualités des biens immeubles, il n'y aussi aucun doute qu'elles entrent dans le nombre des immeubles.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXVIII. Les biens incorporels, si la loi n'a rien statué au contraire, ou la volonté du propriétaire, non autrement dans le droit hollandais et romain, ne sont pas compris sous les biens meubles ou immeubles, comme dans les legs, les conventions, les hypothèques.

CLXXIX. Mais, la nécessité pressant à ce qu'ils soient rapportés dans l'une ou l'autre classe, les servitudes prédiales, certes, et les actions réelles devront être tenues pour des immeubles ; les actions personnelles, quoiqu'elles tendent à la réclamation d'un bien immeuble, ou que l'hypothèque d'un bien immeuble soit obligée à la faveur d'une dette, devront être comptées dans les biens meubles, étant exceptée l'action née de cet instrument avec lequel le bien immeuble aliéné au vendeur est obligé (j'entends les reconnaissances de dettes relatives à des biens hypothéqués), lors de la cession même, pour le prix d'une façon telle que le vendeur est plus fort pour les hypothèques générales plus anciennes ; en vain, comme il semble, Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, cas. 50, p. 316-318, étant en désaccord.

CLXXX. Le droit des dîmes, des cens, de redevance annuelle ou de terrasse et les revenus réels annuels ou aussi les mixtes imposés à un bien-fonds, puisque les postérieurs ne peuvent pas être rachetés, sont considérés appartenir à la classe des biens immeubles.

CLXXXI. Les garanties des prêts à intérêt, qu'elles soient publiques ou privées, quoiqu'elles aient été fortifiées avec des hypothèques, sont sans aucun doute rapportées parmi les biens meubles, comme les revenus annuels mixtes qui, en Hollande, peuvent être rachetées, voir van Alphen, *Papegay ofte Formulier-boec van allerhande requesten*, chap. 2, p. 480.]

§ 15. AVEC UNE RELATION À L'HOMME, les choses sont ordinairement distinguées par beaucoup en choses relevant du droit divin et choses relevant du droit humain et étaient tenues pour des choses relevant du droit divin les choses sacrées [7], les tombes des morts [8], les

---

[6] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, ii *(Des biensincorporels)*, § 2.
La traduction de ce passage a été donnée plus haut dans la note 2.

[7] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 8.
« § 8. Est sacré ce qui a été, selon les rites et par les pontifes, consacré, comme les bâtiments sacrés et les dons qui, selon les rites, au ministère de Dieu, ont été dédiés, qu'aussi, par notre constitution (cf. C. 1, 2, 21) *nous avons interdit d'aliéner et d'obliger, étant exceptée la cause du rachat des captifs. Mais, si quelqu'un, de sa propre autorité, a établi pour lui [quelque chose] comme quasi-sacré,*

murailles des villes [9] ; cependant, tout étant bien considéré, on trouvera que toutes les choses appartiennent aux hommes, mais pour un usage différent ; et ce qui est plus, rien n'est si approprié à Dieu, si l'on voit que cela est parfois converti à un autre usage ; pour cela, nous disons mieux que

§ 16. toutes les CHOSES APPARTIENNENT À TOUS LES HOMMES, À CERTAINES GRANDES COMMUNAUTÉS DES HOMMES, À DES HOMMES PARTICULIERS ou À PERSONNE.

§ 17. La mer et l'air viennent à TOUS LES HOMMES en commun [10] comme étant à raison de leur immensité et de leur utilisation qu'ils sont tenus en commun de laisser non-partagé entre les hommes.

§ 18. Pour cette raison, on a toujours entendu dans ces pays que, sur la mer publique et aussi sur les côtes de ces pays, aussi bien les étrangers que les natifs peuvent librement faire voile et pêcher [11].

[**Note de Willem Schorer sur la note 11 de Groenewegen van der Made**

Bien que quelqu'un ait occupé la mer (je ne demande pas ici si cela pourra être fait à bon droit), pour cette raison, il n'a pas acquis un droit d'empêcher un autre d'une pêche et d'une navigation inoffensives et sans armes, voyez l'auteur dans son *Droit de la gierre et de la paix*, liv. II chap. III, § XII.]

§ 19. Cependant, puisqu'il est très nécessaire à la répression de la piraterie et des autres délits sur mer que les hauts magistrats des pays s'entendent ensemble et que chacun prenne une part de la mer à sécuriser, ainsi, pour cela, il est anciennement entendu et déclaré que le droit de la Hollande et de la Frise occidentale vient à tous égards sur la moitié de la mer.

[**Note de Willem Schorer**

À tous égards sur la moitié de la mer. Jusqu'à la moitié d'un cours d'eau, on croit que les deux peuples ont occupé la domination, comme le disent plus largement l'auteur dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § XVI, 2, Vattel, *Le droit des gens*, liv. I, chap. XXII, Johan van Heemskerk, *Batavische Arcadia*, pour moi p. 298 et 304. Il peut toutefois être fait que tout un fleuve se rapproche d'un seul peuple, lorsque l'un occupe une partie de l'autre rive, le fleuve étant déjà occupé, ou quand l'on en a ainsi convenu avec un pacte entre deux peuples ; il peut aussi être fait

---

ce n'est pas sacré, mais profane. L'emplacement sur lequel un bâtiment sacré a été édifié, aussi, une fois détruite la construction, reste sacré, comme Papinien l'a écrit (cf. D. 18, 1, 73 pr) *».*

[8] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i, *(De la division des biens)* § 9 et là Groenewegen, *De legibus abrogatis* et sur le § 8 du même titre.

« § 9. Chacun rend un endroit religieux avec sa propre volonté, tandis qu'il apporte un mort sur son emplacement. Mais il n'est pas permis d'en apporter un sur un emplacement commun, pur, contre le gré de son associé ; au vrai, il est permis aussi, dans un sépulcre commun, contre le gré des autres, d'en apporter un ; de même, si l'usufruit est celui d'autrui, on décide que le [nu-]propriétaire, si ce n'est l'usufruitier y consentant, ne peut pas rendre l'emplacement religieux. Sur l'emplacement d'autrui, le propriétaire y consentant, il est permis d'en apporter un ; et, bien que, par la suite, il ait confirmé qu'un mort y soit apporté, cependant, l'emplacement devient religieux ».

[9] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 10 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis.*

« § 10. Les choses sacrées aussi, comme les murailles et les portes, sont d'une certaine façon du ressort du droit divin et c'est pourquoi elles ne sont dans les biens de personnes. Nous disons les murailles sacrées pour la raison que la peine d'amoindrissement [du statut juridique] sera établie contre ceux qui ont fait quelque chose de mal sur les murailles. C'est pourquoi nous appelons ces articles des lois avec lesquels nous établissons des peines contre ceux qui ont agi à l'encontre des lois des "consécrations" ».

[10] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la divions des biens)*, § 1. Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 14, 2 *(De la Loi Rhodienne du jet)*, 9.

« § 1. Et certes, selon le droit naturel, appartiennent à tous ces choses : l'air et l'eau qui coule, la mer et, par le biais de celle-ci, les rivages de la mer. Personne ne se voit donc interdire d'aborder au rivage de la mer, cependant, pourvu qu'il s'abstienne de maisons de campagne, de monuments et de constructions, parce ces choses-là ne sont pas du ressort du droit des gens, comme la mer ».

[11] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 2. Voyez les allégations des docteurs sur D. 14, 2 *(De la Loi Rhodienne du jet)*, 9.

« § 2. Tous les fleuves et les ports sont publics ; c'est pourquoi le droit de pêcher est commun à tous dans les ports et les fleuves ».

qu'ils exercercent la souverainement à la faveur d'un indivis, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 5, § 8, et l'auteur dans sondit ouvrage, liv. II, chap. II, § XVIII.]

§ 20. Mais, ce qui concerne le *Zuiderzee*, puisque celui-ci **[56]** n'est pas une partie de la mer du Nord, mais la réunion de rivières intérieures qui, par les grands flots et les apports des pays, a reçu une semblable taille, celui-ci est entendu appartenir aux peuples adjacents. Pour cette raison, il est fait un partage du Zuiderzee entre la Hollande et la Frise occidentale d'un côté, et l'Overijssel de l'autre côté.

§ 21. Il y a aussi à savoir que le sable de la mer et aussi, pour cette raison, la côte, pour autant qu'elle est couverte avec la mer la plupart du temps ou à mi flot [12], est du même droit que la mer ; mais la côte découverte appartient au peuple du pays [13].

§ 22. Chacun peut librement utiliser la mer et la côté découverte à partir du droit commun, sans cependant causer un dommage à autrui [14].

[**Note de Willem Schorer sur la note 14 de Groenewegen van der Made**

Dans l'édit du 7 septembre 1531, il a été disposé qu'il ne serait permis à personne de faire paître ses troupeaux sur les rivages et les collines de sable et d'y couper des bois, de l'herbe, etc., voir Zypæus, *Notitia juris Belgici*, lib. II, cap. 1, p. 248.]

§ 23. Mais chacun peut utiliser légalement l'air pour une construction au-dessus de son héritage sur une hauteur indéfinie [15], mais pas en dehors de son héritage dans la longueur et la largeur.

[**Note de Willem Schorer sur la note 15 de Groenewegen van der Made**

De façon régulière selon l'auteur, également quant au droit civil et au droit naturel, il est permis d'édifier une maison et de rétablir celle qui est abattue, mieux, de l'élever plus haut vers le ciel, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 12, defin. 13, nb 1, parce que le ciel appartient à celui auquel appartient le sol, voir Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 69, nb 12. Cela est cependant limité : à moins qu'il ne doive une servitude de ne pas élever plus haut à autrui ou que la mesure de ne pas élever plus haut n'ait été prescrite par la loi ou la coutume du lieu, voir Petrus Surdus, *Decisiones*, lib. II, decis. 168, nb 6, p. 313, ou quand quelqu'un aura construit plus haut sur une émulation, une

---

[12] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 3.

« § 3. Le rivage appartient à la mer, dans la mesure où le plus grand flot hivernal s'avance ».

[13] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, ii, i *(Dela division des biens)*, § 5.

« § 5. L'usage public des rivages est aussi du ressort du droit des gens, comme celui de la mer elle-même ; et, pour cela, à n'importe qui, il est libre d'y placer une cabane dans laquelle ils s'abritent, comme de sécher des filets et de les retirer de la mer. Leur propriété peut être entendue n'appartenir à personne, mais elle relève du même droit duquel [dépend] la mer et ce qui est soumis à la mer, la terre ou le sable ».

[14] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 5 [précité], D. 1, 8, 4. Voyez en outre Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. III et du même, le *Mare liberum* ; Selden, *Mare clausum* ; Pontanus, *Discussion contre Selden.*

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène. 1 - Mais presque toutes les rivières et tous les ports sont publics ».*

(Note du traducteur) Il n'est pas question de reprendre ici le chapitre cité de Grotius, non plus que son ouvrage *Mare liberum*, dans lequel Grotius défend la liberté des mers contre la volonté que les Portugais avaient d'en interdire l'accès aux Hollandais désireux de commercer en Indonésie. Quant à Selden, son *Mare clausum* défend la thèse exactement opposée à celle de Grotius, en autorisant le roi d'Angleterre à interdire tout accès aux "quatre mers", c'est-à-dire sur le pourtour des côtés de l'Île de la Grande-Bretagne jusqu'au côtes les plus voisines, souvent avec des arguments largement controuvés. Cette question a été débattue dans notre ouvrage, *Histoire du droit international public. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, PUR, Rennes 2014, première partie, p. 255-262.

[15] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 8.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Anicetus et donnée en 293 : *« Il n'est pas interdit certes d'élever plus haut des édifices, si la maison ne doit pas de servitude. Au vrai, si, sur ton mur, Julianus est convaincu d'avoir fait une fenêtre avec une violence ou clandestinement, il est contraint, à ses frais, d'enlever l'ouvrage et de remettre le mur dans son état initial ».*

envie et l'injure d'autrui, voir de même, Carpzov, dans ledit endroit, defin. 11, Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 69, nb 13, 14 et 17, Brunemann sur C. 3, 34 *(Des servitudes et de l'eau)*, 8, ce qui n'est pas présumé dans le doute, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 116, nb 3 et 4, p. 431. Mais, si quelqu'un a construit si haut que l'édifice menace ruine, il est clair que, dans ce cas, au voisin, se présentente une garantie quant au dommage et cette garantie est nécessaire d'une telle façon que, sans elle, à raison du dommage d'une maison qui tombe, je ne pourrai pas faire valoir en justice mon droit contre le voisin à ce point qu'il n'et pas même tenu de déplacer les décombres, pourvu qu'il ait voulu avoir ceux-ci pour abandonnés, voir D. 39, 2 *(Du dommage non encore survenu)*, 6, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri IV*, lib. IV, cap. 20, dans le passage *idque non est contra - i. e.* « et cela n'est pas contraire". L'usufruitier jouit aussi de ce droit si le dommage menace la maison usufruitière, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit.1, nb 33, bien que ce remède soit extraordinaire et subsidiaire ; cependant, à raison de la rapidité d'un péril menaçant, il est accordé par tous les magistrats inférieurs qui ont la juridiction civile, voir Wolfgang Adam Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De damno infecto*, lib. 39, tit. 2, nb 5 et 6.]

§ 24. Les CHOSES APPARTENANT À une certaine GRANDE COMMUNAUTÉ APPARTIENNENT *à toute une communauté civile* ou à UNE MOINDRE.

§ 25. À TOUTE LA COMMUNAUTÉ CIVILE de Hollande et de Frise occidentale, appartiennent les fleuves [16], comme le Rhin, la Waal (que l'on appelle aussi la Merwe), la Meuse, l'Ijssel, la Leck, pour autant qu'ils courent dans les limites de la Hollande. Semblablement, les mers et autres eaux navigables, aussi, les lits [17] de tous les ci-devant dits fleuves et eaux, avec les rivages pour autant qu'ils sont couverts la plupart du temps avec l'eau.

§ 26. Pour cette raison, le pays de Hollande et de Frise occidentale a droit **[57]**, pour la protection des mêmes fleuves, de mettre des taxes et d'autres impositions [18], puisque les étrangers ont l'utilisation des mêmes fleuves par l'autorisation du pays.

§ 27. La pêche des mêmes fleuves a été anciennement publique et accordée par les comtes pour leur entretien, dont, en outre, ils ont fait présent à des nombreux feudataires et autres personnes [19].

§ 28. Étant excepté que chacun du pays est libre de pêcher avec une ligne [20].

---

[16] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes des Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 2 ; *Livre des Fiefs*, II, lvi ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 2.

« § 2. Tous les fleuves et les ports sont publics ; c'est pourquoi le droit de pêcher est commun à tous dans les ports et les fleuves ».

Constitution de Frédéric II : *« Quels seront les droits régaliens : [Sont] régaliens le droit de fabriquer et de posséder des armes, les voies publiques, les fleuves navigables et ceux à partir desquels ils deviennent navigables, les ports, les rivages, les taxes que l'on appelle communément les tonlieux, les monnaies, les profits des amendes et des peines, les biens vacants et qui sont ôtés par les lois comme à des gens indignes, à moins qu'ils ne soient accordés à certains de façon particulière, les biens de ceux qui contractent des mariages incestueux, [les biens] des condamnés et des proscrits selon ce qui est disposé dans les nouvelles constitutions, les prestations des corvées de charroi, des corvées extraordinaires, des transports et des navires, la collecte extraordinaire [faite] pour une très heureuse campagne de la majesté royale, le pouvoir d'établir des magistrats pour expédier la justice, les sommes d'argent et les frais de la cour dans les cités habituelles, les revenus des pêches et des salines, les biens de ceux qui commettent un crime de lèse-majesté, la moitié du trésor trouvé sur une place de l'empereur, les travaux non fournis, ou si, dans un endroit religieux, les travaux ont été fournis, la totalité lui appartient ».*

[17] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De ladivision des biens)*, § 3.

« § 3. Le rivage appartient à la mer, dans la mesure où le plus grand flot hivernal s'avance ».

[18] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. III, § XIV.

« XIV. Aussi celui-là n'agira point contre le droit de la nature et des gens, qui acceptant la charge de protéger et d'aider la navigation par le moyen de feux nocturnes et de balises indiquant les écueils, aura imposé un impôt raisonnable aux navigateurs. Telle fut la contribution que les Romains exigeaient sur la mer Érythrée, pour subvenir aux frais des armées navales qu'il fallait entretenir contre les incursions des pirates ; tel était le droit que les Byzantins levaient à l'entrée du Pont-Euxin, et que déjà autrefois les Athéniens, après s'être emparés de Chrysopolis, avaient imposé sur la même mer, au rapport de Polybe, qui parle de l'un et de l'autre ; tel était le droit que les mêmes Athéniens avaient anciennement exigé sur l'Hellespont, selon le témoignage de Démosthène contre Leptine, et que Procope, dans son Histoire secrète*, dit que les empereurs romains levaient de son temps ».* Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 204-205.

[19] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 2 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*. Ceci est différent des lois romaines selon lesquelles chacun est autorisé à pêcher.

§ 29. À ces communautés civiles, appartiennent aussi autant des moyens communs que de biens qui, étant autrefois destinés aux comtes, sont maintenant de nouveau tombés de plein droit à la République ; de l'un et de l'autre, il sera ci après parlé dans le traitement de ce qui concerne le droit public.

§ 30. Les biens qui, autrefois, étaient destinés à l'entretien des personnes ecclésiastiques sont entendus appartenir au pays et peuvent être utilisés par le haut magistrat pour la défense du pays et autres nécessités, pourvu que le même magistrat règle que les gens d'Église soient honorablement entretenus et qu'un nombre suffisant de jeunes gens soit éduqué pour le service de l'Église [21].

§ 31. À DE MOINDRES COMMUNAUTÉS, APPARTIENNENT les biens des villes [22], les pays asséchés entourés de digues [23] (c'est-à-dire **[58]** *les terres comprises sous une construction de digues*), les bans, les métiers, les guildes, les lignées, des biens qui sont destinés à différents emplois.

§ 32. À une utilisation sacrée, comme les églises avec les accessoires de celles-ci, que l'on peut appeler des places consacrées (c'est-à-dire propre à Dieu) [24], qui sont parfois communs à deux villages ou plus, comme formant une paroisse commune.

§ 33. À l'administration d'une communauté, comme les hôtels de ville, les maisons des guildes et les choses semblables [25].

§ 34. À la procédure judiciaire, comme les cours (*Rechtbanken*) et les tribunaux (*Vierscharen*) [26].

---

[20] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 13 avril 1558 et le placard des Etats de Hollande du 3 juin 1609, art. 21. Il est néanmoins interdit sou peine de mort de pêcher sous une couverture, de sortir avec une ligne sur les terres de Rhénanie et suivant le Rhijnland, et chacun est tenu de satisfaire certains dommages, que ce soit sur le foin, la tourbe et le roseau. Voir les placards de la Cour de Hollande du 3 août 1613 et du 18 mai 1643.

[21] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 33, 2, 16 ; D. 50, 8, 6 ; Buys sur D. 3, 4, 8, nb 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 1, 2 *(Des saintes églises)*, 15, nb 4.

Extrait du livre IX des *Réponses* de Modestinus : *« Un legs, à une cité, a été laissé pour qu'à partir des revenus, chaque année, dans cette cité, pour conserver la mémoire du défunt, un spectacle soit célébré qu'à cet endroit, il n'est pas permis que l'on célèbre ; je demande ce que, au legs, tu penseras. [Modestinus] a répondu qu'alors que le testateur avait voulu qu'un spectacle soit donné dans la cité, mais tel qu'ici, il n'est pas permis qu'on le célèbre, il est injuste que ce montant qu'au spectacle, le défunt avait destiné, au bénéfice des héritiers, échoie ; en conséquence, ayant été appelés les héritiers et les premiers de la cité, il doit être fait une distinction [pour savoir] dans quel bien, devra être converti le fidéicommis, pour que la mémoire du testateur, en une sorte différente et légale, soit célébrée ».*

Extrait du livre II des *Fidéicommis* de Valens : *« Il n'est pas permis de convertir l'argent légué à un municipe en une autre chose que celle que le défunt voulait sans l'autorité de l'empereur. C'est pourquoi, s'il a ordonné qu'un ouvrage soit fait qui ne peut être fait, avec l'intervention de la Loi Falcidia, on permet de convertir le montant qui est dû à ce titre dans ce qui sera principalement considéré nécessaire à la République ; que plusieurs montants soient légués pour plusieurs ouvrages et qu'avec l'intervention de la Loi Falcidia, ce qui a été laissé ne suffise pas à la construction de tous les ouvrages, il est permis de le dépenser sur un seul ouvrage, celui que la cité veut. Mais le Sénat a interdit que l'argent légué à un municipe soit dépensé dans ces causes, pour qu'à partir de son revenu, une chasse ou des spectacles soient produits ; et il est permis d'apporter l'argent qui lui a été légué sur ce qui est principalement nécessaire aux municipes, afin que, sur lui, sa munificence soit relevée par une inscription ».*

[22] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 6.

« § 6. Appartiennent à une communauté et non à chacun, comme ce qu'il y a dans les cités, comme les théâtres, les stades et les choses semblables, et si, par quelque moyen, il y d'autres choses communes des cités ».

[23] (Note du traducteur) Le mot néerlandais ici utilisé est le mot *Waerden*, à proprement parler "les gardes", en d'autres termes les polders que forment les terres gagnées sur la mer et protégées par des digues.

[24] (Note de Groenewegen) Voir Institutes de Justinien, II, i *(De la division des biens)*, § 8 ; voyez là, Groenewegen, [*De legibus abrogatis*].

« § 8. Est sacré ce qui a été, selon les rites et par les pontifes, consacré, comme les bâtiments sacrés et les dons qui, selon les rites, au ministère de Dieu, ont été dédiés, qu'aussi, par notre constitution (cf. C. 1, 2, 21) *nous avons interdit d'aliéner et d'obliger, étant exceptée la cause du rachat des captifs. Mais, si quelqu'un, de sa propre autorité, a établi pour lui [quelque chose] comme quasi-sacré, ce n'est pas sacré, mais profane. L'emplacement sur lequel un bâtiment sacré a été édifié, aussi, une fois détruite la construction, reste sacré, comme Papinien l'a écrit* (cf. D. 18, 1, 73 pr) *».*

[25] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 6.

Ce passage a déjà été donné un peu plus haut dans la note 21.

§ 35. Au commerce, comme le marché des blés, de poisson, de légumes et choses semblables.

§ 36. Au divertissement, comme les lieux de promenade, les lieux publics, les théâtres.

§ 37. Au service des morts, comme les cimetières qui appartiennent en commun aux citoyens ou aux voisins de la paroisse ou aussi à certaines lignées ; mais d'autres cimetières appartenant en propre à quelqu'un peuvent être laissés aux héritiers, aussi être vendus par des personnes vivantes, mais non à une autre fin que pour une sépulture [27].

§ 38. Sous les biens appartenant à des lignées, doivent aussi être comptés les biens qui sont destinés à l'entretien de jeunes étudiants de la lignée par certains de la lignée pour être donnés par de telles personnes et de telles personnes, comme apportés à des fondations ; sans parler de cela, [à savoir si le don doitêtre fait par l'une] [28], il est entendu que le don appartient à celui qui est le plus proche du dernier donateur [29] et sous celui qui se trouve après à légalité, un homme [est préféré] à une femme et sous les hommes ou les femmes, le plus vieux [est préféré] au plus jeune ; et lorsque personne, dans la lignée, n'en est **[59]** trouvé nécessiteux, le don peut aussi peut aller à un étranger [30].

§ 39. Tous ces biens doivent être employés à ce à quoi ils sont destinés, à moins, pour les biens des citoyens ou du voisinage, à leur demande, par l'autorité suprême provinciale ou locale, et pour les biens de famille, à la demande de ceux de la famille, par l'autorité provinciale, quelque changement ne fût fait [31].

---

[26] (Note de l'éditeur) [Pour savoir] d'où est venue l'origine de ce mot, voyez Antonius Matthæus, *De criminibus*, lib. 48, tit. 20, cap. 2, nb 3.

(Note du traducteur) On notera que le mot peut aussi signifier "Parquet", pour qualifier l'organe chargé de la poursuite criminelle.

[27] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i, § 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur Institutes, II, i, § 7 et sur le titre de C. 3, 44 [*Des actes religieux et des dépenses des funérailles*].

« § 9. Chacun rend un endroit religieux avec sa propre volonté, tandis qu'il apporte un mort sur son emplacement. Mais il n'est pas permis d'en apporter un sur un emplacement commun, pur, contre le gré de son associé ; au vrai, il est permis aussi, dans un sépulcre commun, contre le gré des autres, d'en apporter un ; de même, si l'usufruit est celui d'autrui, on décide que le [nu-]propriétaire, si ce n'est l'usufruitier y consentant, ne peut pas rendre l'emplacement religieux. Sur l'emplacement d'autrui, le propriétaire y consentant, il est permis d'en apporter un ; et, bien que, par la suite, il ait confirmé qu'un mort y soit apporté, cependant, l'emplacement devient religieux ».

Le titre en question du Code de Justinien comporte en tout quinze constitutions.

[28] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[29] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 32 § 6 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, IV, tit. 5, defin. 6 et les autres docteurs allégués sur ledit texte [de D. 31, 32 § 6] dans le traité *De legibus abrogatis.*

Extrait du livre IX des *Règles* de Modestinus : *« 6 - Dans le fidéicommis qui, à une famille, est laissé, peuvent être reçus à sa réclamation ceux qui ont été nommés ou, après la mort de tous ceux qui, du nom du défunt, se trouvaient à ce moment où le testateur est mort et qui, de ceux-ci, au premier degré, ont été procréés, à moins que, spécialement, le défunt, aux plus éloignés, n'ait étendu sa volonté ».*

[30] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 31, 77 § 27.

Extrait du livre VIII des *Réponses* de Papinien : *« 27 - A des affranchis, [le testateur] a demandé qu'ils ne vendent pas un bien-fonds et que, dans la famille des affranchis, ils le conservent. Si, à l'exception de l'un, les autres ont vendu leurs parts, celui qui n'a pas vendu les parts des autres, auxquels il n'a pas accordé la volonté de vendre, les réclamera toutes ; en effet, il est considéré avoir invité au fidéicommis ceux qui ont comparu au jugement ; autrement, il sera tout à fait absurde que, réciproquement, la réclamation soit introduite, à savoir pour que, de l'un, quelqu'un réclame la partie aliénée, alors qu'il a perdu sa partie en l'aliénant. Mais, cela peut procéder ainsi, si, de façon égale, ils ont aliéné ; du reste, selon que chacun, le premier, a vendu, il n'en fera pas une part pour les suivants ; mais celui qui a, plus tardivement, vendu, envers celui qui n'a pas vendu, est entendu en avoir fait, sur les parts des premiers, une part. En revanche, si personne n'a vendu et que le plus récent, sans enfants, a quitté la vie, la réclamation du fidéicommis ne subsistera pas ».*

[31] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 1, 4, 1. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* la Novelle 39, cap. 1 telle que placée sous C. 6, 43 *(Choses communes sur les legs et les fidéicommiset de la suppression de la mise en possession)*, 3 après le § 3.

Extrait du livre Ier des *Institutes* d'Ulpien : *« Ce qui plaît au prince (*i. e. *l'empereur) a force de loi, étant donné que, par la loi royale qui a été passée au sujet de son pouvoir de commandement, le peuple lui remet et lui confie tout son pouvoir de commandement et toute son autorité. 1 - En conséquence, quoi qu'ait établi l'empereur par le biais d'une lettre et d'une signature, qu'il ait décidé en*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 30 et 31 des §§ 38 et 39 de Groenewegen van der Made**

Sur cela, on peut voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 14, nb 12.]

§ 40. Les choses servant seulement à la réception de revenus et appartenant à une certaine communauté sont entièrement tenues comme des choses qui appartiennent à des personnes particulières [32].

§ 41. LES CHOSES APPARTENANT À DES PERSONNES PARTICULIÈRES sont par leur propre nature INALIÉNABLES OU ALIÉNABLES.

§ 42. LES CHOSES INALIÉNABLES sont *celles qui appartiennent à quelqu'un d'une façon telle que la même chose ne pourrait pas appartenir à un autre*, comme chacun [a] sa VIE, son CORPS, sa LIBERTÉ, son HONNEUR.

§ 43. La VIE appartient à chaque homme aussi loin qu'il peut la défendre aussi au préjudice de l'agresseur [33], qu'il peut la perdre avec un délit [34], qu'il peut la donner aussi au mieux pour le service du pays [35].

---

connaissance de cause, qu'il ait rendu par sentence interlocutoire hors d'un tribunal ou qu'il ait ordonné par un Édit, c'est ce que nous appelons communément des constitutions. 2 - De façon claire, il y en a qui sont personnelles et qui ne sont pas prises comme un modèle ; en effet, ce que l'empereur a concédé à quelqu'un en raison de ses mérites, s'il a imposé quelque peine ou s'il a secouru quelqu'un sans un précédent, cela n'ira pas au-delà de la personne [concernée] ».

« Les biens qui sont soumis à une restitution se voient interdire d'être aliénés certes, ou d'être oblogés. Mais, si, aux enfants, la part légale ne suffit pas pour l'obligation de dot ou de donation à cause de noces, il est permis d'aliéner les biens ci-devant dits pour cette cause ou de les obliger à la faveur d'une mesure conforme à l'honorabilité des personnes. En effet, ceux qui, communément, à tous sont utiles, à tous ceux qui, spécialement, à certains, sont utiles, nous les préférons ».

[32] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 16, 16.

Extrait du livre III *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Nous appelons celui qui a pris à bail [le prélèvement] des redevances "publicain". Car l'appellation de "public" concerne le peuple romain dans un grand nombre de causes ; en effet, les cités sont tenues pour [être] des personnes privées ».*

[33] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 4 ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 3 ; D. 1, 1, 3 et là, les docteurs ; André Rivet dans son *Explicatio Decalogi*, præcept. 6, p. 232.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« C'est pourquoi, si j'ai tué ton esclave comme un brigand qui me tendait un piège, je serai en sécurité ; car, contre un danger, la raison naturelle permet de se défendre. 1 - La Loi des XII Tables permet de tuer le voleur surpris de nuit, pourvu que, cependant, cela même, avec une clameur, soit attesté ; mais durant le jour, il est permis de tuer celui surpris ainsi, si ce dernier, avec une arme, se défend, pourvu que, cependant, également, avec une clameur, cela soit attesté ».*

« § 3. Et n'est pas même tenu de cette loi celui qui , par accident, a tué, pourvu que nulle faute de celui-ci ne soit trouvée ; car, autrement, chacun ne sera pas moins tenu à partir d'un dol qu'à partir d'une faute de cette loi ».

Extrait du livre Ier des *Institutes* de Florentinus : *« Comme nous repoussons la violence et l'injustice : car, de par ce droit* (i.e. le *jus gentium), il arrive que, pour ce que quelqu'un a fait pour la protection de son propre corps, il est jugé l'avoir fait selon le droit et du fait que la nature a établi entre nous une certaine affinité, il s'ensuit qu'il est contraire aux lois de la nature qu'un homme tende une embûche à un [autre] homme ».*

[34] (Note de Groenewegen) Voir Gn 9, 6 ; Mt 26, 52.

« 6. "Qui verse le sang de l'homme, par l'homme aura son sang versé. Car à l'image de Dieu, l'homme a été fait ».

« 52. Alors Jésus lui dit : "Rengaine ton glaive, car tous ceux qui prennent le glaive périront par le glaive" ».

[35] (Note de Groenewegen) Voir 1Jn 3, 16 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, II, chap. xxv, nb III ; Wilhelm Amesius, *De conscientia, eius jure et casibus*, V, cap. 31, nb 4 ; André Rivet, *Explicatio Decalogi*, præcept. 8, p. 216 ; Leonard Lesssius, *De justitia*, II, cap. 9, dubit. 6, nb 27 jusqu'à la fin.

« 16. À ceci nous avons connu l'Amour : celui-là a donné sa vie pour nous. Et nous devons, nous aussi, donner notre vie pour nos frères ».

« III. 1. C'est pourquoi si un citoyen, quoique innocent, est réclamé par l'ennemi pour sa perte, il n'est pas douteux qu'il ne puisse être abandonné, s'il est évident que l'État est de beaucoup inférieur en force aux ennemis. Ferdinand Vasquez dispute contre cette opinion ; mais si l'on considère non tant ses paroles que sa pensée, il paraît vouloir dire ceci, qu'un tel citoyen ne doit pas être abandonné à la légère, tant qu'il y a espoir qu'il puisse être défendu. (…)

2. Mais un citoyen innocent peut-il même être livré entre les mains des ennemis pour éviter la ruine de l'État, imminente sans cela ? C'est sur quoi les érudits disputent, et sur quoi il a été autrefois disputé, lorsque, par exemple, Démosthène a proposé cette fable célèbre des chiens que les loups demandaient aux brebis de leur livrer en vue de la paix. Non seulement Vasquez, mais ce Soto dont l'opinion est accusée par Vasquez d'être voisine de la perfidie nient que cela soit permis. Soto avance cependant qu'un tel citoyen est

§ 44. Mais personne n'a un plein droit sur sa vie [36] ; pour cette raison, ont toujours été punissables en Hollande ceux qui se tuaient délibérément eux-mêmes, bien que n'étant accusés

---

tenu de se livrer lui-même aux ennemis ; Vasquez nie aussi ce point, parce que la nature de la société civile dans laquelle chacun est entré en vue de son propre avantage, ne le demande pas.

3. Mais tout ce qui suit de là, c'est qu'un citoyen n'y est point tenu en vertu d'un droit proprement dit ; et il n'en résulte pas que la charité souffre qu'il agisse autrement. Il y a, en effet, beaucoup de devoirs, non de justice proprement dite, mais de charité, dont non seulement l'accomplissement est digne de louange - ce que Vasquez reconnaît - mais qui, même, ne peuvent être omis sans faute. Or, tel paraît être, sans contredit, le devoir pour tout citoyen de préférer le salut d'un très grand nombre de personnes innocentes à sa propre vie. (…)

4. Mais cela posé, reste le doute de savoir si ce citoyen peut aussi être contraint à ce qu'il est tenu de faire. Soto le nie par l'exemple du riche, qui est tenu par le précepte de la miséricorde de donner l'aumône au pauvre, et qui, cependant, ne peut y être contraint. Mais il faut remarquer qu'autre est la condition des parties entre elles, autres celle des supérieurs, quand on les compare avec leurs sujets. Car l'égal ne peut contraindre son égal, si ce n'est à raison de ce qui lui est dû en vertu du droit strictement dit. Mais le supérieur peut contraindre même à d'autres choses que prescrit une vertu quelconque, parce que ce droit est compris dans le droit propre du supérieur, en tant que supérieur. C'est ainsi que, dans une grande disette de blé, les citoyens peuvent être contraints à mettre en commun celui qu'ils possèdent ; voilà pourquoi, dans notre question controversée, il paraît plus vrai de dire que le citoyen peut être contraint à faire ce qu'exige la charité. (…) ». Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 563-565.

[36] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 13 ; voyez en outre Grotius, *Le droit de la guerre* …, II, chap. XIX, nb V ; André Rivet, *Explicatio Decalogi*, præcept. 6, p. 214 et la suivante ; Wilhelm Amesius, *De conscientia*, V, cap. 31, quæst. 6.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Un homme libre, en son propre nom, dispose de l'action utile de la loi Aquilia ; car il n'a pas d'action directe, parce que, comme le propriétaire de ses propres membres, personne n'est considéré. Mais, au nom d'un [esclave] fugitif, le maître en a [une]. 1 - Julianus écrit que, si un homme libre, de bonne foi, me sert, lui-même, de la Loi Aquilia, envers moi, est tenu. 2 - Si un esclave de la succession est tué, il est demandé qui, avec l'action de la Loi Aquilia, agira en justice, du fait qu'il n'existe aucun maître de cet esclave. Celsus dit que la loi, envers le maître, a voulu que les dommages soient sauvegardés ; en conséquence, comme un maître, la succession en sera tenue ; c'est pourquoi, la succession ayant été acceptée, l'héritier pourra faire valoir son droit en justice. 3 - Si un esclave, objet d'un legs, après l'acceptation de la succession, est tué, se présente l'action de la Loi Aquilia au légataire, si, après la mort de l'esclave, il n'a pas reconnu le legs ; s'il l'a refusé, Julianus dit qu'il est logique qu'à l'héritier, elle se présente ».*

« V. 1. Il y a cependant un point qui n'est pas indigne d'être remarqué : c'est que la règle sur la sépulture à donner aux morts avait eu, chez les Hébreux eux-mêmes, une exception pour ceux qui s'étaient donnés à eux-mêmes la mort. Ce que Josèphe nous enseigne. Et cela n'est pas étonnant, puisqu'in ne peut établir d'autres supplices contre les individus qui ne regardent pas la mort comme un supplice. (…)

2. C'est avec grande raison que les Platoniciens sont d'avis, contrairement aux Stoïciens et à tous autres, qui admettaient comme légitime le fait de se donner la mort volontairement pour éviter la servitude, ou une maladie, ou même pour acquérir de la gloire, que l'âme doit être retenue dans la prison du corps, et qu'elle ne doit pas quitter cette vie sans l'ordre de celui par qui elle nous a été donné ». (…)

3. Aussi les Hébreux appelaient-ils mourir "avoir son congé", *c'est-à-dire être renvoyé, comme on peut le voir non seulement dans Lc 2, 29, mais encore dans la Version grecque (Gn 15, 2 et Nb 20 à la fin) ; expression qui a été aussi en usage parmi les Grecs. (…)*

4. Quelques Hébreux cependant exceptent de la loi de ne pas se tuer, un cas dans lequel le suicide leur paraît comme "une sortie raisonnable" ; c'est lorsqu'on voit que l'on ne peut plus vivre, que d'une manière qui tourne à l'opprobre de Dieu même. Car, comme ils posent en principe que ce n'est pas à nous, mais à Dieu qu'appartient le droit sur notre vie - ainsi Josèphe le représente très bien à ses compatriotes -, ils estiment que la volonté présumée de Dieu est seule capable de légitimer la résolution de Samson, qui voyait que la vraie religion était tombée en dérision en sa personne ; et celui de Saül qui se jeta sur son épée, pour ne pas devenir le jouet de ceux qui étaient les ennemis de Dieu et les siens (cf. 1S 31, 4). Car ils prétendent qu'il s'était repenti depuis que l'ombre de Samuel lui eut prédit à lui-même qu'il pourrait ; et que nonobstant la certitude qu'il avait de sa mort, s'il livrait bataille, il ne fît pas difficulté d'engager le combat pour sa patrie et la loi de Dieu : méritant par là une louange éternelle, au jugement même de David, de la part d qui ceux qui avaient fait des funérailles honorables à Saül rapportèrent aussi le témoignage d'une bonne action. (…). Mais nous lisons dans l'histoire chrétienne des exemples semblables d'individus qui se sont donné ka mort, pour ne pas être contraints par les tortures à abjurer la religion de Christ ; comme aussi des exemples de vierges qui, pour ne pas perdre leur virginité, se sont jetées dans le fleuve, et que l'Église a placées au nombre des martyrs. (…)

5. Je vois qu'une autre exception aussi a existé chez les Grecs ; les Locriens l'opposaient aux Phocéens, lorsqu'ils leur disaient que "selon la coutume commune à tous les Grecs, les sacrilèges sont abandonnés sans sépulture". (…) Mais, pour en revenir à mon sujet, les anciens ont unanimement pensé que la guerre pouvait légitimement être entreprise pour cause de refus de sépulture ; comme cela ressort de l'histoire de Thésée dont parle Euripide dans ladite tragédie des Suppliantes *(… ».* Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 442-445.

(Note du traducteur) Notons pour terminer que l'ancien droit criminel français, dans l'ordonnance de 1670, punissait également le suicide comme "crime commis contre soi-même" et qu'un procès était ainsi fait au cadavre

d'aucun crime ; car leurs corps sont traînés **[60]** sur une claie et pendus à un gibet, et leur biens sont confisqués [37], si loin que beaucoup de privilèges autorisant la vente des biens confisqués pour un petit denier, de pair avec un certain gros délit, exceptent aussi ce désespoir [38].

[**Note de Willem Schorer sur la note 36 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, il n'est permis à personne de se tuer lui-même, comme il le dit de façon plus large dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XIX, § V. Cependant ici, dans le numéro 4, il enseigne que certains des Juifs avaient admis une seule exception à cette règle générale (que l'auteur semble aussi admettre), à savoir si quelqu'un voit que, par la suite, il va vivre dans la honte du créateur lui-même et, pour approuver cette sentence, ils ajoutent l'exemple de Samson et de Saül dont ils affirment qu'ayant été conduit par une sincère repentance, il avait obtenu de Dieu une grâce, après que l'ombre de Samuel lui avait prédit la mort, mais contre le gré de l'Écriture sainte ; car il est clair que Saül était mort dans des transgressions, voir 1Chr 10, 13-14. Mieux, ne manquent pas dans l'histoire chrétienne, dit l'auteur, les exemples de ceux qui se sont résolus à la mort pour ne pas être contraints de désavouer le culte de Christ dans les difficultés des tortures ; mais Pufendorf, dans son *Droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 2, § 19, remet cette question douteuse au jugement du lecteur. Cependant, il signale autre part, dans son *Devoir de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 5, § 4 vers la fin, que ceux qui, indistinctement, rompent le fil de la vie par la crainte des douleurs ou un vain étalage de courage, frappe contre la loi naturelle. Mais, dans ses notes sur Grotius et Pufendorf, Barbeyrac est en désaccord avec l'auteur, répondant sur l'exemple de Samson que celui-ci avait été animé d'une vengeance contre des ennemis et que, pour cette raison, Dieu qui satisfaisait à son souhait, l'avait puni, ce qui est plus que clair à partir de Jg 16, 28. Et, avec les exemples des chrétiens amenés par Grotius, le grand homme n'est pas ému, du fait que, dans ce cas, ils n'ont pas confiance en la toute-puissance divine, en la bonté suprême de celui-ci qui va faire remise de quelque chose à la fragilité humaine, surtout quand ils auront demandé avec insistance le pardon de cette transgression. En outre, il ajoute ceci : ceci ayant été admis, il dégaine non seulement qu'un péché certain va être commis en faveur de l'incertain ;avec cet argument en effet, il semble frapper contre la demande du début. Quoi qu'il en soit, la sentence de Barbeyrac est entièrement plus sûre et, dernièrement, dans une dissertation singulière, Formey [l'a dit] ainsi, voir *Mélange philosophique*, t. II, p. 203. Christian Wolff, dans ses *Institutions du droit de la nature et des gens*, part. I, chap. 2, § 349-366, a démontré de façon plus entière selon son habitude, que le suicide était tout à fait contraire au droit naturel, et ainsi aussi, Formey, dans ses *Principes du droit naturel* sur cet endroit.

---

qui était condamné à la confiscation de ses biens et à la peine infâmante d'être traîné sur une claie à travers la localité d'habitation du suicidé. Deux peines auxquelles renvoie Grotius dans la phrase suivante.

[37] (Note de Groenewegen) Voir le privilège du bailliage de la Hollande du Sud, p. 193 ; coutumes d'Anvers, , chap. 16, art. 3 ; Goudelin, *De jure novissimo*, V, cap. 17 à la fin ; Automne, *Conférences du droit français avec le droit romain*, III, *Des biens de ceux qui, avant la sentence, se sont donné la mort* [D. 48, 21] et C. 9, 50 *(Des biens de ceux qui ont consenti à leur mort)*.

Mais Damhouder et Zypæus disent que les ci-devant dites peines habituelles n'ont pas lieu pour ceux qui, par maladie ou autrement, se sont tués eux-mêmes, mais sont tenus d'une certaine faute. Voir Damhouder, *Practijke civile*, chap. 88, nb 6 et 7 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *De his qui sibi mortem*. Cependant, d'après les lois romaines, ceux qui se tuent eux-mêmes ne sont pas tenus d'une peine, lesquels, sans être tenus sans un délit correspondant, se tuent eux-mêmes par tristesse et désespoir. Voir C. 9, 50, 1, 2, et 3 au début et dans les §§ suivants. La même chose est aussi à entendre par deux sentences de la Cour de Hollande du 3 septembre 1616, dans l'affaire des tuteurs des enfants de Peter Janszoon, demandeur, contre le chevalier Aelbregt van Wena, bailli du pays de Delft, cité en justice. Voir les *Consultatien van regtsgeleerden*, 1, avis 332. Et cela s'accorde avec le privilège de Dame Marie de Bourgogne *du 14 mars 1476*, dans lequel il est dit qu'en Hollande, Zélande et Frise, aucun conseiller et officier ne pourra faire de querelle de vie et de biens, là où l'on trouve quelqu'un mort, sous la couverture de ce qu'il s'est tué lui-même et qu'il serait mort, à moins que, d'abord, on n'ait trouvé légal que cette personne ne se fût elle-même tuée avec des incitations, une volonté et perversité, et l'on pourra retirer chacun des hautes eaux, qu'il soit vivant ou mort, sans encourir une peine ; mais, dans le cas où il est trouvé mort, ainsi, on le remettra de nouveau à l'eau à pied. Voyez en outre, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 50 *(De ceux qui se résolvent à la mort)*, 1.

[38] Voir le privilège donné aux pays de Voorn par le duc Philippe [de Bourgogne] le 25 décembre 1494.

Mais il est demandé s'il sera permis à un commandant de navire, pour ne pas être capturé par les ennemis, d'allumer une mèche de poudre, communément *de ficher une mèche allumée dans la poudre - den rooden haan in het kruid steeken* - et ainsi, de se donner soi et ceux confiés à ses soins avec le navire aux flammes ennemis. Locken, dans son *De jure navali et maritimo*, lib. III, cap. 9, et Willemberg, *De eo quod justum est circa excursionem maritimam*, cap. 4, nb 24, traitent *ex professo* cette question. Ceux-ci embrassent l'opinion de ceux qui le refusent et interdisent aussi qu'aussi, Gustave-Adolphe, le roi de Suède, l'ait pensé, lui qui est rapporté avoir dit, alors qu'un certain capitaine, pour échapper aux ennemis, avait mis le feu à la poudre : *envers moi et le royaume, il a agi de façon mâle et heureuse, envers lui-même, de façon scélérate*. Ici, peut être rapportée la mort d'Hannibal qui, pour fuir les entreprises des Romains, but de la ciguë et a dit en mourant : *nous payons avec un grand soin le peuple romain*, comme aussi [le propos] de Caton d'Utique. De Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 158 et suivantes, a suggéré aussi différents exemples à partir de l'histoire ancienne, d'hommes illustres, et, de la meilleure façon sous d'autres rapports, des mérites de la patrie. Toutefois, à partir de cette seule raison, celui qui se tue lui-même pour éviter une mort ignominieuse qu'il craint d'un ennemi cruel excuse l'homicide, p. 179. Et Formey signale aussi que le suicide est rendu excusable par la crainte d'un supplice plus lourd, dans ledit traité, p. 205. Selon ce principe, l'acte de [Gilles van] Ledenberg, du secrétariat des États d'Utrecht, bien qu'ignominieusement enseveli, peut être excusé, car, ayant été menacé du chevalet, et craignant un supplice infâme, se donna lui-même la mort pour aller ainsi au ciel par un chemin plus court, comme il le disait dans notice rédigée en français avant l'issue malheureuse, voir *Vaderlands Historie*, chap. 10, p. 292. Mais l'acte d'Abimelech ne peut en aucune façon être défendu qui ordonnait qu'un esclave, pour le faire disparaître, ne soit pas réputé avoir été tué par une main féminine, voir Jg 9, 54. Mais Menochio, *De arbitrariorum judiciorum quæstionibus*, lib. II, cent. 3, cas. 284 et suivant, poursuit plus longuement que doit être affecté de cette peine celui qui s'est porté d'une main sacrilège la mort ou une blessure. Il est certes permis d'admirer que Montesquieu dit dans *L'esprit des loix*, t. I, liv. 14, chap. 12, que, chez les Anglais, le suicide n'était pas tenu pour un crime ou un délit, mais pour une maladie, à un point tel qu'il ne doutait pas d'affirmer sincèrement que ce serait également contraire à l'équité qu'ici ce délit était puni comme un effet de la démence.

À juste titre aussi, le duel est rapporté au délit de suicide, voir les *Leçons de la sagesse*, t. II, leçon 15. Paul Voet, dans sa dissertation singulière *De duello*, a plus abondamment réprouvé que ce crime doive être redouté ; aussi, Barbeyrac, *ex professo*, dans le *Recueil des discours*, auquel peut être ajouté van Merle, lib. IV, tit. 2, cap. 5, pour moi p. 170, et de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 323, indique qu'en France, à ceux qui se sont tués par ce moyen, la sépulture est refusée. À partir d'une ordonnance des États Généraux du 10 février 1663, de telles personnes doivent être ensevelies de nuit, du moins, sans aucun apparat et pompe funèbre sous une peine de 100 florins. Antonella, *De tempore legali*, lib. I, cap. 29, inique quand et dans quels cas les peines contre les duels auront lieu. Du reste, à juste titre, Goswinkel von Esbach dans ses notes du la *Jurisprudentia forensis* de Carpzov, sur la part. IV, const. 9, nb 3, réprouve Treutler entreprend la défense des duels, voir vol. II, disp. 32, thes. 6, lettre G, comme aussi elle est réfutée par Bachov dans ses notes. Il y a aussi dans l'histoire de France un exemple mémorable de duel entre François de Montmorency, comte de Lu et Bouteville, et François de Rosmadec, comte de Chapelles, d'un côté, qui ont été tous deux décapités, et le seigneur Bevron et Bussy d'Amboise de l'autre côté, pourquoi ne contraignez-vous pas des poitrines mortelles, une coutume très stupide née de la géhenne ? Celle-ci avait assailli l'esprit de Bouteville à un point tel qu'il ne rougit pas d'invoquer le soleil comme témoin d'un criminel remarquable, voir Aizema, *Zaken van Staat en Oorlog (Affaires d'État et de guerre)*, chap. 2, p. 401. Dans notre histoire, nous avons un exemple semblable entre plusieurs personnes en nombre égal, dont les chefs étaient un noble français, Brauté, d'un côté, et Johan Abrahamszoon Lekkerbeetje de l'autre, voir Alkemade, *Verhandeling van het kamp-recht*, p. 81. De Réal indique différents exemples à partir de l'histoire ancienne et récente selon son habitude aussi de ceux qui commandent aux soldats qui, forts de différentes victoires leur avaient montré qu'il y avait pour eux une force de résistance et un triple bronze autour de la poitrine, mais ont dédaigné comme indigne de'accepter un combat singulier, et Karl Nonus rappelle que le roi de Suède, vaincu au combat, avait provoqué le vainqueur, Christian IV de Danemark, et que celui-ci répondit simplement qu'il donnait à son adversaire le conseil de, dès que possible, naviguer chez les Anticyres pour se purger la moitié de la tête et d'user de l'hellébore, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. V, p. 466. Speidel, *Sylloge quæstionum judicarum et politicarum*, vol. I, lettre D, p. 915, traite plus abondamment du

duel. Il y a aussi différents édits des États et de Maurice d'Orange, de même, de Willem III, dans lesquels, à tous, de quelque condition qu'ils soient, les duels sont interdits, voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 390 et 391, vol. IV, p. 162.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 37 de Groenewegen van der Made**

Groenewegen signale ici dans sa note que ceux qui n'ont pas toute leur raison ont été dispensés de cette peine à partir de la sentence de Damhouder et de Zypæus, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 48, tit. 2, nb 2, suit cette opinion. Mieux, il a été répondu à Rotterdam le 13 juillet 1649, voir *Responsa jurisconsultorum Rotterdamensium*, part. IV, cons. 264, que les espèces monétaires prises par le préteur dans ce cas devaient être rendues, d'une façon telle que le délit doive être prouvé plus clairement à la lumière de midi, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 332, p. 531. Et ainsi aussi, la Cour de Hollande, le 18 février 1610, l'a-t-elle jugé, voir van Alphen, *Papegay ofte formulier-boec van allerhande resquesten*, part. II, p. 51 et suivante.

Mieux, van Zurck, dans son *Codex Batavus, au mot* Doodslagen (Meurtres), § 12 [A], pour moi p. 318, [dit] que de celui qui se tue lui-même par une douleur de l'esprit, qu'il se jette d'une hauteur ou se noie dans les eaux, ou qu'avec un lacet il finisse sa vie, etc., les biens sont non seulement confisqués, mais aussi, qu'il n'est pas nécessaire que les héritiers usent des privilèges accordés à eux pour racheter la peines. Cependant, dans le § suivant, il signale qu'il y a tout à fait lieu aux peines quand quelqu'un, ayant été accusé de crimes, pour éviter le chevalet ou une mort ignominieuse, s'est supprimé ; ce qui est tout à fait vrai, pourvu qu'il soit accusé en présence d'un juge intègre et compétent.

Du reste, les privilèges dont l'auteur, Groenewegen dans sa note, et van Zurck font mention ne sont en notre temps d'aucune valeur en Hollande et en Zélande, à raison de l'abrogation de la confiscation des biens ici, n'étant excepté aucun crime, comme nous le verrons ci-dessous sur le liv. III, chap. XXXII, § 14, note 1155.]

§ 45. Semblablement, personne ne peut lier sa vie par un certain trafic [39].

§ 46. Le CORPS appartient à chacun aussi loin qu'il peut le défendre [40] de telle manière qu'il est dit de la vie et que, par un délit, il peut perdre certains membres **[61]** être assujetti à certain dommage ou une certaine peine corporelle. Qu'aussi, personne ne peut, pour conserver sa vie, laisser enlever certaines partie de son corps [41], ce qui arrive le plus souvent avec la connaissance du tribunal, ayant entendu là-dessus les plus proches parents ; mais personne ne

---

[39] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 9, 2, 13 ; Leonard Lessius, *De justitia et jure*, II, cap. 4, dubit. 10 ; les docteurs sur D. 50, 17, 145.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Un homme libre, en son propre nom, dispose de l'action utile de la loi Aquilia ; car il n'a pas d'action directe, parce que, comme le propriétaire de ses propres membres, personne n'est considéré. Mais, au nom d'un [esclave] fugitif, le maître en a [une]. 1 - Julianus écrit que, si un homme libre, de bonne foi, me sert, lui-même, de la Loi Aquilia, envers moi, est tenu. 2 - Si un esclave de la succession est tué, il est demandé qui, avec l'action de la Loi Aquilia, agira en justice, du fait qu'il n'existe aucun maître de cet esclave. Celsus dit que la loi, envers le maître, a voulu que les dommages soient sauvegardés ; en conséquence, comme un maître, la succession en sera tenue ; c'est pourquoi, la succession ayant été acceptée, l'héritier pourra faire valoir son droit en justice. 3 - Si un esclave, objet d'un legs, après l'acceptation de la succession, est tué, se présente l'action de la Loi Aquilia au légataire, si, après la mort de l'esclave, il n'a pas reconnu le legs ; s'il l'a refusé, Julianus dit qu'il est logique qu'à l'héritier, elle se présente ».*

Extrait du livre LXVI sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« Personne n'est considéré tromper ceux qui savent et consentent ».*

[40] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 4 ; D. 48, 8, 9 ; D. 1, 1, 3 et là, les docteurs.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« C'est pourquoi, si j'ai tué ton esclave comme un brigand qui me tendait un piège, je serai en sécurité ; car, contre un danger, la raison naturelle permet de se défendre. 1 - La Loi des XII Tables permet de tuer le voleur surpris de nuit, pourvu que, cependant, cela même, avec une clameur, soit attesté ; mais durant le jour, il est permis de tuer celui surpris ainsi, si ce dernier, avec une arme, se défend, pourvu que, cependant, également, avec une clameur, cela soit attesté ».*

Extrait du livre XXXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un a tué un voleur de nuit, il le fera ainsi seulement impunément, si n'a pas pu l'épargner sans danger pour lui-même ».*

Extrait du livre premier des *Institutes* de Florentinus : *« Comme nous repoussons la violence et l'injustice : car, de par ce droit* (i.e. le *jus gentium), il arrive que, pour ce que quelqu'un a fait pour la protection de son propre corps, il est jugé l'avoir fait selon le droit et du fait que la nature a établi entre nous une certaine affinité, il s'ensuit qu'il est contraire aux lois de la nature qu'un homme tende une embûche à un [autre] homme ».*

[41] (Note de Groenewegen) Voir Leonard Lessius, *De justitia et jure*, II, cap. 9, dubit. 14.

peut, par un trafic, lier son corps [42] autrement que pour une union conjugale [43]. De plus, chacun peut faire le commandement de l'enterrement de son corps en restant dans les limites des coutumes honorables [44].

§ 47. La LIBERTÉ appartient à chacun de telle façon qu'il peut la défendre [45] et l'employer. On peut aussi l'enlever à l'occasion d'un délit, comme ceux qui sont bannis aux galères ou dans des maisons de correction [46]. Mais personne ne peut chez nous se rendre sans défense sur la totalité de sa liberté par un trafic [47] ; alors, chacun peut bien se lier à certains actes [48].

---

[42] (Note de Groenewegen) Voir le § 34 [ci-dessus].

[43] (Note de Groenewegen) Voir 1Cor 7, 10-27.

« 10. Quant aux personnes mariées, voici ce que je prescris, non pas moi, mais le Seigneur : que la femme ne se sépare pas de son mari ; 11. au cas où elle s'en séparerait, qu'elle ne se remarie pas ou qu'elle se réconcilie avec son mari, et que le mari ne répudie pas sa femme. 12. Quant aux autres, c'est moi qui le dis, non le Seigneur : si un frère a une femme non croyante qui consente à cohabiter avec lui, qu'il ne la répudie pas. 13. Une femme a-t-elle un mari non croyant qui consente à cohabiter avec elle, qu'elle ne répudie pas son mari. 14. En effet le mari non croyant se trouve sanctifié par sa femme, et la femme non croyante se trouve sanctifiée par le mari croyant. Car autrement, vos enfants seraient impurs, alors qu'ils sont saints ! 15. Mais si la partie non croyante veut se séparer, qu'elle se sépare : en pareil cas, le frère ou la sœur ne sont pas liés : Dieu vous a appelés à vivre en paix. 16. Et que sais-tu, femme, si tu sauveras ton mari ? Et que sais-tu, mari, si tu sauveras ta femme ? 17. Par ailleurs, que chacun continue de vivre dans la condition que lui départie le Seigneur, tel que l'a trouvé l'appel de Dieu. C'est la règle que j'établis dans toutes les Églises. 18. Quelqu'un était-il circoncis lors de son appel ? qu'il ne se fasse pas de prépuce. L'appel l'a-t-il trouvé incirconcis ? qu'il ne se fasse pas circoncire. 19. La circoncision n'est rien, et l'incirconcision n'est rien ; ce qui compte, c'est de garder les commandements de Dieu. 20. Que chacun demeure dans l'état où l'a trouvé l'appel de Dieu. 21. Étais-tu esclave, lors de ton appel ? ne t'en soucie pas. Et même si tu peux devenir libre, mets plutôt à profit ta condition d'esclave. 22. Car celui qui était esclave lors de son appel dans le Seigneur est un affranchi du Seigneur ; pareillement celui qui était libre lors de son appel est un esclave de Christ. 23. Vous avez été bel et bien rachetés ! Ne vous rendez pas esclaves des hommes. 24. Que chacun, frères, demeure devant Dieu dans l'état où l'a trouvé son appel. 25. Pour ce qui est des vierges, je n'ai pas d'ordre du Seigneur, mais je donne un avis en homme qui, par la miséricorde du Seigneur, est digne de confiance. 26. Je pense donc que c'est une bonne chose, en raison de la détresse présente, que c'est une bonne chose pour l'homme d'être ainsi. 27. Es-tu lié à une femme ? ne cherche pas de femme ».

[44] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 7, 27.

Extrait du livre VIII des *Réponses* de Modestinus : *« Quelqu'un, dans son testament, a inscrit un héritier sous la condition suivante "si, ses restes, dans la mer, il les jette" ; il était demandé, alors que l'héritier institué, à la condition, n'avait pas obéi, s'il devait être repoussé de la succession. Modestinus a répondu : l'héritier doit plus être loué qu'accusé, qui n'a pas jeté les restes du testateur dans la mer suivant la volonté de ce dernier lui-même, mais, à la mémoire de la condition humaine, les a livrés à une sépulture. Mais ceci, d'abord, doit être examiné, [à savoir] si l'homme qui a posé une telle condition, ne sera pas sain d'esprit. En conséquence, si, avec des raisons évidentes, ce soupçon peut être soulevé, en aucune façon, l'héritier légal, quant à la succession, ne fait de dispute à l'héritier inscrit. 1 - À l'héritier que, dans son testament, il a institué, dans un codicille, [le testateur] a écrit une condition ; je demande si, à celle-ci, il aura nécessairement à obéir. Modestinus a répondu : la succession, dans un codicille, ne peut pas être enlevée ; en outre, sur le défaut de la condition, quant à l'acceptation, il est entendu avoir réfléchi ».*

[45] (Note de Groenewegen) Voir les §§ 29 et 35 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, II, chap. XXI, nb XI.

*« XI. La liberté même, soit des particuliers, soit des États, c'est-à-dire l'*autonomie *- comme si c'était une chose qui convienne à toute sorte de personnes naturellement et en tout temps - ne peut fournir de droit à faire la guerre. Car lorsqu'on dit que la liberté appartient par la nature aux hommes ou aux peuples, cela doit être entendu du droit de nature précédant tout fait humain, et la liberté "par exemption", non de celle, qui existe "par incompatibilité" ; c'est-à-dire que, naturellement, l'on n'est point esclave, mais qu'on n'a pas le droit de ne jamais le devenir ; car dans ce dernier cas, personne n'est né libre, personne esclave ; c'est la fortune qui a posé ensuite ces noms sur chacun (Sénèque, Controv. III, xxi). Et ce mot d'Aristote : "La loi a fait que l'un fut libre, l'autre esclave" (Pol. I). C'est pourquoi ceux qui, par une cause légitime, sont tombés dans un esclavage, soit personnel, soit politique, doivent se contenter de leur condition, comme l'apôtre Paul l'enseigne : "Tu as été appelé à la servitude ? Que cela ne te tourmente pas" (1Cor 7, 21) ».* Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 535.

[46] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur les *Institutes de Justinien*, I, xii *(De quelles façon le droit de puissance est dissous)*, § 3 et sur C. 9, 47, 3.

[47] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, cap. 36, art. 2 ; *Institutes de Justinien*, I, iii *(Du droit des personnes)*. De plus, voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 10 *(Des obligations et des actions)*, 12.

« Du droit des personnes : Aussi, tout le droit dont nous nous servons, regarde-t-il les personnes, les biens, ou les actions. Voyons en premier lieu les personnes, car il n'est pas suffisant de connaître le droit, si les personnes, sur la cause desquelles il a été établi, sont ignorées. C'est pourquoi la suprême division quant au droit des personnes est la suivante : tous sont des hommes, libres, ou esclaves. § 1. La liberté (à partir de laquelle ils sont aussi appelés "libres") est certes la faculté naturelle de faire ce qui lui plaît et envers qui lui plaît, si ce n'est quand quelque chose est interdit par violence, ou par le droit. § 2. Mais la servitude est un établissement du droit des gens, par lequel quelqu'un est soumis à la propriété d'autrui contre la nature. § 3. Aussi les esclaves sont-ils appelés à partir de ce que les généraux vendaient ordinairement les prisonniers, les conservaient à travers cela et ne les tuaient pas ; ils ont été appelés des

§ 48. L'HONNEUR appartient à chacun, d'abord pour le défendre [49] ; il peut aussi être perdu par le biais d'un délit, comme par ceux qui sont déclarés infâmes [50] ; mais il n'est pas proprement lié par un trafic [51], bien qu'un déshonneur suive un manque de parole ; alors, quelqu'un peut s'abstenir de quelque chose qui lui appartient comme une partie de son honneur [52].

§ 49. Les CHOSES ALIÉNABLES sont *celles qui, par leur nature peuvent appartenir aussi bien à celui-ci qu'à celui-là.* Celles-ci sont communément appelées des BIENS ou des POSSESSIONS [53].

[62] § 50. Les CHOSES N'APPARTENANT À PERSONNE sont *celles qui, depuis leur origine ou depuis leur abandon, ne sont allées à personne, ni faites la propriété de personne par la loi positive.*

§ 51. Les CHOSES SONT INAPPROPRIÉES DEPUIS LEUR ORIGINE, comme les coquillages jetés par la mer, les animaux sauvages jamais capturés [54].

§ 52. APRÈS UN ABANDON, LES [BIENS] NON APPROPRIÉS sont comme les bêtes sauvages qui ont échappé à quelqu'un [55], des biens rejetés [56], des biens qui, avec la mort, sont vacants et

---

mancipia*, parce qu'ils sont capturés avec la main par les ennemis. § 4. Mais ils naissent, ou deviennent esclaves. Ils naissent de nos servantes ; ils le deviennent par le droit des gens, c'est-à-dire à partir d'une captivité, ou bien par le droit civil, quand un homme libre, majeur de vingt ans, a souffert de se vendre pour participer au prix. § 5. Dans la condition des esclaves, il n'y a aucune différence ; pour les hommes libres, il y a de nombreuses différences : ils sont ingénus, ou bien affranchis ».*

[48] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le livre III, chap. III, § 40.

[49] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 10 *(Des injures et des libelles diffamatoires)*, 15 § 2 et tout ce titre ; Wilhelm Amesius, *De conscientia*, V, cap. 3, nb 4.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Le préteur dit : "Celui qui, à l'encontre des bonnes mœurs, contre quelqu'un, est réputé avoir fait une invective envers quelqu'un ou qu'avec l'aide de celui-ci, cela a été fait, avec quoi, contre les bonnes mœurs, l'invective se fera, contre lui, j'accorderai une action" ».*

Ledit titre 10 comporte en tout 45 extraits, dont certains très amples.

[50] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre du Digeste, D. 3, 2 *(De ceux qui sont notés d'infamie)*.

Ce titre comporte 25 extraits.

[51] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur les *Institutes de Justinien*, IV, xvi *(De la peine de ceux qui font des procès sans réflexion)*, § 2.

[52] (Note de Groenewegen) Voir en argument 1Cor 9, 12, et 13, 7 à la fin ; Leonard Lessius, *De justitia et jure*, II, cap. 4, dubit. ult.

« 12. Si d'autres ont ce droit sur vous, ne l'avons-nous pas davantage ? Cependant nous n'avons pas usé de ce droit. Nous supportons tout au contraire, pour ne pas créer d'obstacle à l'Évangile de Christ ».

« 7. [La charité] excuse tout, croit tout, espère tout, supporte tout ».

[53] (Note du traducteur) Ici, Grotius emploie deux termes qui ont exactement la même signification, d'abord le mot pluriel *Goederen* suivi d'un autre, toujours au pluriel, *Haven*. Nous n'avons pas juxtaposé deux traductions qui auraient été identiques, bien que l'on puisse peut-être rendre le second terme par le mot "possessions", comme cela a été fait ici.

[54] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 12.

« § 12. En conséquence, les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui, sur terre, dans la mer et dans le ciel, naissent, dès que, par quelqu'un, ils ont été capturés, selon le droit des gens, commencent immédiatement à appartenir à quelqu'un ; en effet, ce qui, auparavant, n'appartient à personne est accordé selon la raison naturelle à celui qui en prend possession. Et il n'importe pas [de savoir] si quelqu'un prendra les bêtes sauvages et les oiseaux sur son bien-fonds ou sur celui d'autrui ; clairement, celui qui est entré sur le bien-fonds d'autrui pour y chasser ou pour y être à l'affût peut se voir interdire par le propriétaire, si celui-là l'a envisagé, d'y pénétrer. Mais tout ce que tu prendras de cela est entendu être tien jusqu'à ce que, sous ta garde, ce soit ramené ; au vrai, lorsqu'il a échappé à ta garde et qu'il a repris sa liberté naturelle, il cesse d'être tien et, de nouveau, devient [la chose] de celui qui en prend possession. Il est entendu recevoir sa liberté naturelle, lorsqu'il a fui ton regard ou reste dans ta vue d'une façon telle que sa poursuite est difficile ».

[55] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la divisioon des biens)*, § 15.

« § 15. La nature des paons et des colombes est sauvage. Ne regarde pas la chose le fait qu'à partir d'une coutume, ils volent et revolent ordinairement ; car les abeilles font de même, dont il est clair que leur nature est sauvage ; certains ont aussi des cerfs apprivoisés d'une façon telle que, dans les forêts, ils vont et reviennent, dont personne ne nie que leur nature est sauvage. Mais, pour ces animaux qui, à partir de la coutume, vont et reviennent ordinairement, une telle règle a été approuvée, [à savoir] qu'ils sont entendus être les tiens jusqu'à ce qu'ils aient l'intention de revenir ; car, s'ils ont cessé d'avoir l'intention de revenir, aussi, ils cessent d'être tiens et devient [la propriété de ceux qui en prennent possession. Il sont considérés cesser avoir l'intention de revenir, alors qu'ils avaient la coutume de revenir ».

[56] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 47.

ne sont appropriés par personne [57] ou l'argent qui est jeté au peuple [58]. Pour abandonné, n'est pas tenu ce que quelqu'un laisse tomber du chargement d'une voiture ou jette hors du bord par nécessité ; mais seulement ce qui est jeté de telle façon que le propriétaire ne veut plus le reconnaître comme le sien [59], ce qui doit être conclu à partir de signes probables.

§ 53. Nous avons ici intentionnellement ajouté *ce qui, par la loi, n'est fait la propriété de personne.*

§ 54. Car notre loi du pays a fait propriétaire de beaucoup de choses étant non encore appropriées la République, et, autrefois, les a données aux comtes pour leur entretien, comme les nobles oiseaux, le gibier commun [60], si fortement que la prise de possession de celui-ci en dehors de la volonté du comte était reconnue parmi les plus grands crimes, les poissons dans les eaux navigables, les terres abandonnées, les successions non disposées par une dernière volonté et là où les parents manquent [61] et [les biens] trouvés abandonnés en mer [62] ; combien toutes ces choses doivent être entendues être données par les comtes aux vassaux ou non et pouvoir être données ou ne pas être données, sera expliqué à sa place.

[63] § 55. Semblablement, pour les successions qui n'ont pas encore été appropriées, par la loi, elles reçoivent un certain droit [63], ainsi, celles qui en sont reconnues par une dernière volonté comme par un défaut de ceux du sang le plus proche et, pour cette raison, elles ne peuvent pas être une seule fois réputées appartenir à personne.

§ 56. Étant entendu la distinction des choses, venons-en au droit sur celles-ci et examinons QUEL EST LE DROIT et COMMENT CELUI-CI EST ACQUIS ET PERDU.

§ 57. Nous ne parlons pas ici du droit largement pris ni du droit qui vient du mérite, comme concernant le statut de la terre, lequel sera expliqué pour cette raison par la suite, mais du DROIT qui est appelé PROPRIÉTÉ, pare lequel, comme il est dit, quelque chose est réputé [être] notre, ce que nous avons divisé en droit réel et droit personnel [64].

§ 58. Est un DROIT RÉEL *le droit propriété qui existe entre l'homme et la chose sans relation nécessaire avec un autre homme.*

§ 59. Est un DROIT PERSONNEL *le droit de propriété qu'un homme a sur l'autre pour recevoir de lui une certaine chose ou un certain acte.*

§ 60. Est un DROIT RÉEL LE DROIT DE POSSESSION OU LA PROPRIÉTÉ.

« § 47. Avec cette raison, cela est considéré plus vrai et, si quelqu'un a pris possession d'un bien tenu pour abandonné par son propriétaire, immédiatement celui-ci en est fait le propriétaire. Pour abandonné, est tenu ce qu'un propriétaire a jeté avec cette intention qu'il ne veut pas que cela appartienne à ses biens et c'est pourquoi, immédiatement, il cesse d'en être le propriétaire ».

[57] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 10, 10 (*Des biens vacants et de l'incorporation).*

Ce titre comporte cinq constitutions.

[58] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 46.

« § 46. En plus de cela, parfois et à une personne incertaine, la volonté établie du propriétaire transfère la propriété d'un bien ; comme par exemple les préteurs ou les consuls qui jettent de l'argent au commun, ignorent ce que chacun va en recevoir et, cependant, parce qu'ils veulent que ce que chacun en a reçu lui appartienne, immédiatement, ils l'en rendent propriétaire ».

[59] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 7, 7.

Extrait du livre II *Repris de Minicius* de Julianus : *« Si quelqu'un a trouvé, jetées d'un navire, des marchandises, il est demandé s'il pourra les usucaper ou non, parce qu'elles ne sont pas considérées avoir été abandonnées. Mais il est plus vrai qu'à la faveur d'un abandon, il ne peut pas les usucaper ».*

[60] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après, chap. IV, § 5.

[61] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation).* Voyez ci-après liv. II, chap. XXX, §§ 5-6.

[62] (Note de Groenewegen) Voir ci-après le chap. IV, §§ 33-34.

[63] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 29, 2 *(De l'acquisition ou de l'omission d'une succession)* et de C. 6, 30 *(Du droit de délibérer, de l'acceptation et de l'acquisition d'une succession).*

Les titre du Digeste comporte en tout 99 extraits et le titre du Code, 22 constitutions.

[64] (Note du traducteur) Les deux termes néerlandais utilisés pour ces deux notions sont les suivants : *Beheering*, qui sous-entend une idée de domination matérielle, donc un droit réel, et *Inschuld*, terme qui renvoie étymologiquement à l'idée d'une dette, donc à un droit personnel. Nous conserverons ces deux acceptions dans l'ensemble de la traduction.

*

Contenu de la seconde partie [65]

Le droit réel *consiste en un* droit de possession, [voir] liv. II, chap. II, *ou en une* propriété, [voir] chap. III.

Une possession *est* de bonne ou de mauvaise foi.

Une propriété *est* entière *ou* imparfaite.

Une pleine propriété *est* acquise *ou* perdue, [voir] chap. III.

Il y a pleine propriété de certaines choses *ou de ce* qui comprend beaucoup de choses.

Une pleine propriété de certaines choses *vient* par une possession *ou* sans considération d'une possession.

Par une possession, *est obtenue la propriété* d'un bien non en propriété *ou* d'un bien en propriété.

[64] Les bêtes sauvages ou une autre bien, *sont* des biens non en propriété.

Un bien *est* acquis en propriété par une possession avec le consentement de l'ancien propriétaire *ou* sans son consentement, [voir] chap. V.

Sans le consentement de l'ancien propriétaire, *on l'acquiert* par une possession, des fruits, [voir] chap. VI, *ou* toutes sortes de biens, par une prescription, [voir] chap. VII.

Sans considération d'une possession, *la propriété est acquise* par un acte des hommes *ou* par la vertu du bien.

Par un acte des hommes, *la propriété est acquise de l'*acquéreur, *comme de* quelqu'un d'autre.

Par un acte de l'acquéreur, *la propriété est acquise* par le biais d'un don fait, [voir] chap. VIII.

D'un autre, *la propriété est acquise* par le biais d'un legs de dernière volonté, *[voyez] ci-après.*

Par la vertu d'un bien, *la propriété est acquise* par le biais d'une confusion, [voir] chap. VIII, ou par le biais d'une accession, [voir] chap. IX.

Une accession *se produit* par un accident ou par une contribution.

Un accident *existe* relativement à des choses inanimées ; *il se produit* par une inondation *ou* par une alluvion.

Une inondation *est* [celle] du sable ou de l'eau, [voir] chap. IX.

Une alluvion *est* immédiate *ou* médiate.

Une alluvion immédiate *est* [celle] de boue *ou* des lits asséchés d'un fleuve.

Un alluvion médiate *est* [celle] des bancs de sable ou des îles des fleuves.

Par accident, relativement aux choses animées, *on acquiert* ce qui est né des animaux, [voir chap. X.

Une accession avec un acte *a lieu sur* un bien meuble *et sur* un bien immeuble.

Sur un bien immeuble, *une accession a lieu par* une construction de maison *et par* une culture de la terre, [voir] chap. X.

Un acquisition de la propriété de choses comprenant beaucoup *et de* quelque chose d'entier *est* un héritage, *auxquels appartiennent* les successions.

Pour un héritage, *la propriété est acquise par* le biais d'une communauté, *laquelle se produit* par un mariage, [voir] chap. XI, *à moins que celle-ci ne soit exclue par des conventions matrimoniales*, [voir] chap. XII, *ou* en dehors du mariage, par une communauté de biens, [voir] chap. XIII.

Les successions *sont acquises par* une dernière volonté ou *par* une mort, [voir] chap. XIV.

La dernière volonté est envisagée en général *ou par* une distinction.

Est envisagé sur la totalité qui peut faire une dernière volonté, [voir] chap. XV, et qui peut recevoir par une dernière volonté, [voir] chap. XVI.

---

[65] (Note du traducteur) Ici, dans l'ouvrage utilisé pour cette traduction, il y a manifestement une erreur. Il faut corriger "premier" et le remplacer par "second". Par ailleurs, l'éditeur utilise ici le mot *Deel*, que nous avons traduit par "chapitre" tout au long de l'ouvrage, mais il semble bien ici devoir être traduit par "partie", car ces lignes donnent tout le plan des chapitres du second livre.

Une certaine dernière volonté est faite dans un testament, *certaine* sans testament, [voir] chap. XVII.

Ici, il est maintenant utile de connaître la confection d'une dernière volonté avec un testament *et* sa cessation.

La confection doit être envisagée dans son ensemble et dans ses parties, [voir] chap. XVII.

La confection d'une dernière volonté par testament, dans son ensemble, *est utile à connaître* pour ceux qui doivent suivre le droit commun du pays et pour ceux qui en sont libérés.

Nous devons voir comment est faite la dernière volonté dans ses parties, [voir] chap. XVIII.

Les parties *d'une dernière volonté sont* l'institution d'héritier *et* les legs.

Dans l'institution d'héritier, *il est utile d'examiner l'*origine *et* la conséquence.

Pour l'origine, *il est utile [de voir]* qui l'on peut et l'on doit instituer héritier, *là où il est traité de l'exhérédation et du partage légal*, [voir] chap. XVIII, et comment on institue un héritier.

[65] *On doit d'abord envisager* comment on instituera des héritiers en général, [voir] chap. XVIII, *et en outre*, d'après sa distinction.

L'institution d'héritier d'après sa distinction *est* directe, [voir] chap. XIX, *ou* indirecte, [voir] chap. XX, *là où il est parlé du partage Trébellien.*

La conséquence de l'institution d'héritier est l'acceptation de la succession, [voir] chap. XXI.

Par le legs de la dernière volonté, *il est utile d'envisager* l'origine *et* la conséquence.

Concernant l'origine, *il y a à voir* ce qui entre dans un legs, [voir] chap. XXII, *et* comment est fait un legs, [voir] chap. XXIII.

La conséquence du legs *doit être envisagée au jugement* du légataire *et au jugement de l'*héritier, [voir] chap. XXIII, *là où il parlé de la quarte Falcidie.*

L'accomplissement de la dernière volonté périt dans sa totalité *et* dans ses parties, [voir] chap. XXIV.

Ses parties *concernent* les institutions d'héritiers et les legs.

Du codicille [66], [voir] chap. XXV.

Les successions sont aussi acquises ab intestat [67], *et cela des biens féodaux, ce qui est traité ci-après, ou des biens non-féodaux*, [voir] chap. XXVI.

La succession ab intestat de tous les biens non-féodaux est d'une part envisagée de ceux qui sont nés légitimes et d'autre part, envisagée de ceux qui sont nés illégitimes.

La succession ab intestat de biens non-féodaux est *d'une part à envisager* des enfants nés légitimes qui sont survivants, *d'autre part*, de ceux qui ne sont pas survivants.

La succession ab intestat des survivants *est faite d'après* la loi du pays *ou* par un choix de la loi d'un pays.

*

Chapitre II
Du droit de possession [68]

§ 1. Le DROIT DE POSSESSION *est ce qui est la suite d'une possession.*

---

[66] (Note du traducteur) L'expression utilisée ici par Grotius pour désigner les codicilles est *onvolkomen uyterste wille* qui peut se traduire *verbatim* par "dernière volonté imparfaite" ; effectivement, un codicille vient corriger un testament et s'ajouter à celui-ci pour en réviser certaines dispositions antérieurement prévues, mettant ainsi fin à la perfection d'une dernière volonté.

[67] (Note du traducteur) Ici, Grotius n'utilise pas la terminologie latine, mais distingue la succession testamentaire de celle qui se fait *door versterf*, c'est-à-dire "par la mort", donc sans testament, donc ab intestat.

[68] Voir tout le titre du Digeste et du Code, D. 41, 2 *(De l'acquisition et de la perte de la possession)*, C. 7, 32 *(De l'acquisition et de la conservation de la possession)*.

Le titre en question du Digeste comprend 53 extraits, quant à celui du Code, il renferme 12 constitutions.

§ 2. La POSSESSION *est la tenue actuelle d'une chose avec une volonté de la tenir pour nous et non pour autrui* [69]. Cette dernière chose est ajoutée avec une grande raison, parce que qu'un locataire ou ceux qui empruntent ou déposent quelque chose pour autrui ne peuvent pas être réputés posséder [70].

§ 4. Cette possession doit prendre son début à partir de l'intention **[66]** et du corps, des deux [71] ; cependant, avec cette compréhension que nous pouvons acquérir la possession même et toutes les conséquences de la possession par le biais d'un agent [72] ; mais elle peut être conservée par l'intention [73] aussi longtemps que personnes d'autre n'a pris le bien corporellement [74].

§ 5. De sa propre nature, la possession a lieu sur des choses corporelles [75], comme celles qui sont seulement tenues corporellement, mais par la loi, il est aussi introduit une possession de choses incorporelles, comme des successions, des libertés et de justice [76].

---

[69] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3 § 2.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Personne ne peut posséder une partie incertaine d'un bien, comme si tu es cette intention que, tout ce que Titius possède, toi aussi, tu veuilles le posséder ».*

[70] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 19 et 25 § 1.

Extrait du livre XVII des *Digestes* de Marcellus : *« Celui qui, de bonne foi, a acheté le bien-fonds d'autrui, l'a pris à bail de son propriétaire ; je demande s'il cessera de le posséder ou non. J'ai répondu : il est visible qu'il a cessé de le posséder. 1 - Ce qui a été écrit chez les anciens que personne, pour lui, ne pouvait changer la cause de la possession, il est croyable que l'on a pensé à celui qui, matériellement et en intention, s'appliquant à la possession, il a seulement fixé qu'à partir d'une autre cause, il a possédé cela, non si quelqu'un, la première possession de ce même bien lui ayant été enlevée, de nouveau, à partir d'une autre cause, a voulu obtenir la possession ».*

Extrait du livre XXIII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« 1 - Et ce que, par l'intermédiaire de nos colons, nos locataires et nos esclaves, nous possédons, s'ils sont morts, commencent à délirer ou que d'autres le louent, nous sommes entendus en conserver la possession. Et, entre notre colon et notre esclave, par l'intermédiaire duquel nous conservons la possession, il n'y a en rien de différence ».*

[71] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3 § 1 et D. 41, 2, 8.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Nous sommes considérés [avoir] la possession avec le corps et avec l'intention, non avec l'intention en soi ou avec le corps en soi. Mais ce que nous avons dit qu'avec le corps et l'intention, nous devions en acquérir la possession ne doit pas être en tout cas reçu d'une façon telle que celui qui a voulu posséder un bien-fonds fasse le tour de toutes les mottes de terre : mais il lui suffit d'en avoir pénétré une quelconque partie, pourvu qu'il soit dans cette idée et cette intention de vouloir posséder la totalité du fonds jusque dans ses limites ».*

Extrait du livre LXV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« De même que nulle possession ne peut, si ce n'est par l'intention et par un élément matériel, être acquise, de même, aucune n'est perdue, si ce n'est celle sur laquelle les deux éléments ont été utilisés en un sens opposé ».*

[72] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 1 § 20.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 20 - Par le biais de procurateurs, d'un tuteur ou d'un curateur, la possession nous est acquise. Mais, lorsqu'en leur propre nom, ils ont obtenu la possession, non avec cette intention qu'ils y accommoderaient seulement leur travail à nous, ils ne peuvent pas acquérir. [Il en va] autrement, si nous disons que, par leur biais, ne nous est pas acquise la possession, [eux] qui, en notre nom, la reçoivent, il y aura que ne la possède pas celui auquel le bien a été livré, parce qu'il n'aura pas l'intention de le posséder, ni celui qui l'a livré, parce qu'il a cessé [de se trouver] en sa possession ».*

[73] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3 § 7.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 7 - Mais, si, avec la seule intention, tu le possèdes, bien qu'un autre, sur le bien-fonds, se trouve, encore, cependant, tu le possèdes ».*

[74] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 6 § 1 à la fin et D. 41, 2, 15.

Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - [Si] celui qui, se rendant au marché, n'a laissé personne et que, tandis qu'il est revenu du marché, quelqu'un a occupé sa possession, Labéon écrit qu'il est considéré la posséder de façon clandestine ; conserve donc la possession celui qui, au marché, est parti ; mais, s'il n'a pas reçu le propriétaire qui revient, avec une violence, il est plus entendu la posséder, non clandestinement ».*

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Nous sommes entendus cesser de posséder le bien qui nous a été soustrait de la même manière que celui qui, avec une violence, nous a été enlevé. Mais, si celui qui, sous notre puissance, se trouve l'a enlevé, aussi longtemps que, chez lui, le bien se trouve, nous n'en perdons pas la possession, parce que, par l'intermédiaire de personnes de cette sorte, nous en est acquise la possession. Et la raison en est la suivante, [à savoir] que nous sommes considérés posséder un [esclave] fugitif, parce que ce dernier, de même qu'il ne peut pas soustraire la possession d'autres biens, de même, il ne le peut pas même pour son propre bien ».*

[75] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3.

§ 6. Le droit en découlant ici est celui que chacun peut détenir ce qu'il possède et résister à ceux qui voudraient l'en priver [77] ; aussi, qu'un possesseur doit rester dans sa possession jusqu'à ce que quelqu'un d'autre ait obtenu judiciairement la propriété. Les comtes s'étant ici parfois mépris, sont liés par des privilèges conquis à ne placer personne en dehors de la possession [78].

§ 7 La possession décharge alors de la preuve d'une propriété [79].

[**Note de Willem Schorer sur la note 79 de Groenewegen van der Made**

Les remèdes possessoires sont chez nous triples : de butin, de dénonciation de nouvel œuvre, communément *complainte*, et de maintenue [ou réintégrande]. [Pour voir] comment ils s'accordent ou diffèrent entre eux, voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 43, tit. 17, nb 7, Damhouder, *Practijke civile*, cap. 42, et [pour voir] comment, pour un butin, il est procédé par une action ou par le moyen d'une exception tant dilatoire que péremptoire, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 20 en entier.

Le remède de la dénonciation de nouvel œuvre comporte trois chapitres, *possessoire pleinement, sommaire et très sommaire*, c'est-à-dire le *rétablissement* ; celui-ci est décidé par les juges délégués à cette fin, ils restent aussi longtemps dans l'endroit litigieux jusqu'à ce qu'il ait été fait satisfaction à la provision, voir Bort, *Tractaet over de complaincte*, tit. 8, nb 2. Pour l'obtenir, un seul témoin suffit, un serment intervenant, pourvu qu'il soit un homme honnête, et il est plus grand que toute exception, voir Carpzov, *Responsa juris electoralia*, tit. 2, resp. 11, nb 4 ; Bort, dans ledit endroit, nb 6. Cependant,

---

[Observation du traducteur) Nous ne donnerons pas ce texte en entier, car il s'étend sur 23 paragraphes. Les éléments qui en ont déjà été fournis plus faut dans les notes suffiront pour se faire une idée générale du contenu de cet extrait.

[76] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 19, 7 ; D. 5, 3, 16 § 4 et 18 § 1.

Extrait du livre XXV des *Digestes* de Celsus : *« Si, à travers ton bien-fonds, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, quelqu'un circule, comme si, cependant, selon son droit, il avait fait cela, mais s'il en est empêché, qu'il ne l'a pas fait, l'interdit est pour lui sans effet quant au droit de passage pour les hommes et les animaux ; car, pour que cet interdit se présente, il faut qu'il ait possédé le droit de passage ».*

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Julianus écrit que, si celui qui, comme héritier, possède, avec une violence a été délogé, de celui-ci, la succession peut être réclamée comme du possesseur du droit, parce qu'il a dans l'intervalle l'interdit "d'où avec une violence"* (unde vi)*, avec lequel le vaincu doit céder ; mais celui qui, ayant été délogé, de la réclamation de la succession, est tenu, parce qu'il possède les biens de la succession comme possesseur ».*

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si quelqu'un, alors que la succession, de lui, est réclamée et qu'il n'était possesseur ni d'un bien, ni d'un droit, mais que, par la suite, il a accepté quelque chose, de la réclamation de succession, sera-t-il considéré être tenu ? Et Celsus, dans le livre IV de ses Digestes, à bon droit, écrit que celui-ci doit être condamné, bien qu'au départ, il ne possède rien. 2 - Maintenant, voyons ce qui entrera dans la réclamation de succession. Et l'on a décidé que l'ensemble des biens héréditaires entrent dans cette action, qu'ils soient des droits ou des biens ».*

[77] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 4, 1 ; D. 43, 24, 7 § 3 ; D. 1, 1, 3. Voyez en outre les remarques ci-après dans le liv. III, chap. XXXIIII, note 29.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Theodorus et donnée en 290 : *« À bon droit, à celui qui possède, pour défendre la possession qu'il détenait sans irrégularité, de repousser la violence faite avec la modération d'une protection non fautive ».*

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Très bellement, chez Julianus, il est demandé si cette exception causera du tort dans cet interdit "ce que toi, avec une violence ou clandestinement, tu n'as pas fait" ; comme par exemple j'use, contre toi, de l'interdit "ce qui, avec une violence ou clandestinement"* (quod vi aut clam)*, pourras-tu m'opposer cette même exception : "ce que toi, avec violence ou clandestinement tu n'as pas fait" ? Et Julianus dit qu'il est très juste d'accorder cette exception ; car, si toi, dit-il, tu as construit avec une violence ou clandestinement, que moi, de même, j'ai démoli avec une violence ou clandestinement et que tu as usé contre moi, de cet interdit, cette exception sera utile ; ce qui ne doit pas , tit. 2, resp. 11, nb 4, Bort, dans ledit endroit, nb 6. tout cela, avec l'office du juge, soit fait ».*

Extrait du livre premier des *Institutes* de Florentinus : *« Comme nous repoussons la violence et l'injustice : car, de par ce droit* (i.e. le *jus gentium), il arrive que, pour ce que quelqu'un a fait pour la protection de son propre corps, il est jugé l'avoir fait selon le droit et du fait que la nature a établi entre nous une certaine affinité, il s'ensuit qu'il est contraire aux lois de la nature qu'un homme tende une embûche à un [autre] homme ».*

[78] (Note de l'éditeur) Voir le privilège de Dame Marie de Bourgogne du 14 mars 1576.

[79] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 32, 28.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Sopatrus et donnée en 294 : *« Possédant les biens d'autrui, bien qu'il n'ait pas une juste cause de les tenir, tu n'es pas contraint, si ce n'est à celui qui accomplit sa prétention, de les rendre ».*

on a foi en plusieurs témoins reçus pour l'information du juge sous serment, voir Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 2, 3, 4 et suivante. De même, Finckelthaus explique plus longuement comment, en outre, on procède dans l'obs. 117. Du reste, il faut observer que ce qui relève d'une plus haute recherche n'est pas admis avec un jugement très sommaire, ni avec un jugement sommaire, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 21, nb 24, p. 223. C'est pourquoi la sentence portée dans un jugement très sommaire est purement interlocutoire ou fiduciaire, voir de même, [Schomaker], cons. 28, nb 70. [Pour savoir] en quoi le jugement très sommaire diffère du jugement sommaire, voyez Schomaker, cons. 21, nb 25 et suivant.]

§ 8. Mais les avantages venant de la possession seront montrés ci-après ; alors, il y a à considérer une distinction remarquable

§ 9. [qui est] qu'une certaine POSSESSION EST DE BONNE FOI, une certaine, DE MAUVAISE FOI [80].

§ 10. Il y a POSSESSION DE BONNE FOI *quand le possesseur pense probable d'avoir une certaine propriété sur la chose possédée* [81].

[67] § 11. [Elle est] DE MAUVAISE FOI *quand il ne pense pas une telle chose* [82]. Cette distinction viendra à propos ci-après.

§ 12. La possession est perdue par la mort, de telle façon aussi que la possession n'est pas entendue aller à l'héritier, à moins qu'elle n'y vienne par une actuelle prise de possession [83] ; elle est aussi perdue par la volonté de ne pas posséder [84] ; elle est encore perdue ainsi quand

---

[80] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3 § 22.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 22 - Même, aussi, le genre de possession peut être partagé en deux espèces, pour que l'on possède de bonne foi ou de mauvaise foi ».*

[81] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 15, 3.

Extrait du livre Ier *Des jugements publics* de Marcianus : *« Du crime de la Loi Fabia, le possesseur de bonne foi d'un esclave détourné n'est pas tenu, c'est-à-dire qui ignorait qu'[il était] l'esclave d'autrui et qui pensait qu'avec la volonté de son maître, il le faisait. Et ainsi, quant au possesseur de bonne foi, la loi elle-même a été écrite ; car il est ajouté "si, le sachant, avec un dol, il a fait cela" ; très souvent, par les empereurs Sévère et Antonin, il a été dit dans des constitutions que les possesseurs de bonne foi, de cette loi, n'étaient pas tenus. 1 - Il ne faut pas oublier le fait qu'à l'exemple de la Loi Aquilia, si celui, à cause duquel quelqu'un, à l'encontre de la Loi Fabia, a fait [quelque chose] est mort, encore l'accusation et la peine de la Loi Fabia subsistent, comme les divins Sévère et Antonin l'ont dit dans un rescrit ».*

[82] (Note de Groenewegen) Voir D. 5, 3, 20 § 11.

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Le sénatus-consulte dit : " La réclamation de la succession etc.", c'est-à-dire ce à partir de quoi quelqu'un sait que, de lui, il est demandé [quelque chose] ; car, quand il le sait, il commence à être un possesseur de mauvaise foi. "C'est-à-dire, dès que cela a été notifié" ; qu'en est-il donc, s'il sait certes, mais que personne ne le lui a fait connaître, commencera-t-il à devoir les intérêts de l'argent ramené ? Et je pense qu'il les doit ; en effet, il commence à être un possesseur de mauvaise foi. Mais posons que cela a été notifié, cependant, il ne le sait pas, parce que, non pas à lui-même, mais à son curateur, cela a été notifié ; le Sénat exige qu'à lui-même, cela soit notifié et pour cela, il ne lui portera pas préjudice, à moins, peut-être, que celui à qui cela a été notifié ne l'en ait informé, mais non, s'il a pu l'informer et qu'il ne l'a pas fait. [Savoir] par qui cela a été notifié, le Sénat ne le réclame pas ; à quiconque, en conséquence, était celui qui l'a notifié, il portera préjudice ».*

[83] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 23 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 38, 16 *(Des héritiers en ligne directe et des héritiers légaux)*, 14.

Extrait du livre Ier des *Lettres* de Javolenus : *« Quand nous avons été institués héritiers, une fois la succession acceptée, certes, tous les droits, à nous, passent, la possession, cependant, à moins, naturellement, d'être incluse, à nous ne revient pas. 1 - Pour ceux qui, au pouvoir des ennemis, sont arrivés, pour conserver les droits de leurs propres biens, le droit est particulier ; matériellement, cependant, ils en perdent la possession ; en effet, ils ne peuvent pas être considérés posséder quelque chose, alors qu'eux-mêmes, par un autre, sont possédés ; il s'ensuit en conséquence que, ceux-ci étant revenus, d'une nouvelle possession, il y aura besoin, même si personne, dans le temps intermédiaire, n'a possédé les biens de ces derniers. 2 - De même, je demande, si j'ai garrotté un homme libre d'une façon telle que je le possède, si tout ce que celui-ci possédait, moi, je le posséderai par son biais. [Javolenus] a répondu : si tu as garrotté un homme libre, je ne pense pas que tu le possèdes ; lorsqu'ainsi, cela s'est trouvé, beaucoup moins, par le biais de celui-ci, ses biens, par toi, seront possédés ; en effet, la nature des choses reçoit que, par le biais de celui-ci, nous pouvons posséder quelque chose que, civilement, en mon pouvoir, je n'ai pas ».*

[84] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 3 § 6.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 6 - Pour la perte de la possession aussi, le sentiment de celui qui possède doit aussi être examiné : c'est pourquoi, si, sur un bien-fonds, tu te trouves et que, cependant, tu ne veux pas le posséder, immédiatement, tu en perdras la possession ».*

quelqu'un d'autre saisit corporellement la chose, d'une façon telle que nous n'en avons plus le pouvoir [85].

[**Note de Willem Schorer sur la note 83 de Groenewegen van der Made**

Qu'en est-il si un autre que l'héritier vériatble possède la succession ? L'héritier demande une mise en possession à partir de C. 6, 33 *(De la suppression de l'édit du duvin Hadrien et comment l'héritier inscrit est mis en possession)*, 3. C'est un remède avec lequel est obtenue la possession fiduciaire de ces biens que le défunt, quant à la succession duquel ille procès est fait, a possédé au moment de sa mort, non de ceux qui se trouvaient chez un tiers au moment de la mort. Mais cette mise en possession doit-elle être demandée dans l'année et un jour et à quel juge ? Et, ce délai étant écoulé, l'héritier usera-t-il du remède ordinaire dans la réclamation de la succession ? Nous le verrons ci-dessous, liv. II, chap. XXI, § 5, sur les notes 489 et 490. Toutefois, Schomaker, dans ses *Responsa et consilia jris*, oart. V, cons. 45, nb 18 et suivant, signale que cette loi n'a pas été reçue dans les usages de Gueldre. Quant à l'interdit [pour la possession] de ces biens (*quorum bonorum*), Menochio, *De adipiscendæ possessionis remedio* en traite plus abondamment.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXXII. La possession des biens héréditaires, selon le droit lui-même, ne passe pas à l'héritier, la succession ayant été acceptée, mais il y a besoin d'une nouvelle saisie de ceux-ci ; en effet, en Hollande, le proverbe *le mort saisit le vif* cesse [de jouer], voir *Hollandsche consultatien*, part. II, cons. 305.]

*

Chapitre III
De la propriété, des distinctions de celle-ci, et de son acquisition

§ 1. La PROPRIÉTÉ est *l'appartenance sur une chose par laquelle quelqu'un qui n'en a pas déjà la possession peut légalement l'acquérir* [86].

---

[85] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 6 § 1 ; D. 41, 2, 15 et 18 § 4.

Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - [Si] celui qui, se rendant au marché, n'a laissé personne et que, tandis qu'il est revenu du marché, quelqu'un a occupé sa possession, Labéon écrit qu'il est considéré la posséder de façon clandestine ; conserve donc la possession celui qui, au marché, est parti ; mais, s'il n'a pas reçu le propriétaire qui revient, avec une violence, il est plus entendu la posséder, non clandestinement ».*

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Nous sommes entendus cesser de posséder le bien qui nous a été soustrait de la même manière que celui qui, avec une violence, nous a été enlevé. Mais, si celui qui, sous notre puissance, se trouve l'a enlevé, aussi longtemps que, chez lui, le bien se trouve, nous n'en perdons pas la possession, parce que, par l'intermédiaire de personnes de cette sorte, nous en est acquise la possession. Et la raison en est la suivante, [à savoir] que nous sommes considérés posséder un [esclave] fugitif, parce que ce dernier, de même qu'il ne peut pas soustraire la possession d'autres biens, de même, il ne le peut pas même pour son propre bien ».*

Extrait du livre XXIII des *Digestes* de Celsus : *« 4 - En revanche, si, avec un grand déploiement de force, y est entrée une armée, elle obtient seulement cette partie qu'elle a pénétrée ».*

[86] (Note de Groenewegen) Voir 6, 1, 23.

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« L'action sur le bien* (in rem) *se présente à celui qui, selon le droit des gens ou le droit civil, a acquis la propriété. 1 - Les emplacements sacrés, de même les religieux, comme nôtres, dans une action sur le bien* (in rem)*, ne peuvent être réclamés. 2 - Si quelqu'un, à son propre bien, a ajouté le bien d'autrui d'une façon telle que la part devienne la sienne, de même que, si quelqu'un, à sa statue, a ajouté le bras ou le pied d'une autre, à une coupe, une anse ou un fond, à un candélabre, un sceau, à une table, un pied, plusieurs disent à bon droit, qu'il sera réputé devenir le propriétaire de tout ce bien, que la statue et la coupe sont les siennes. 3 - Mais ce qui, dans mon livre, est écrit ou, sur mon tableau, est peint, immédiatement devient mien, bien que, quant à la peinture, certains aient pensé le contraire à raison du prix de la peinture ; mais il est nécessaire qu'à ce bien, ce qui, sans celui-ci, ne peut exister soit cédé. 4 - Pour tous ceux-ci, en conséquence, sur lesquels mon bien, par le biais d'une valeur supérieure, entraîne le bien d'autrui et devient le mien, si je revendique ce bien, par le biais de l'exception de dol, je serai contraint de donner le prix de ce qui s'y est ajouté. 5 - De même, tout ce qui, à d'autres choses, a été joint ou ajouté, à la place d'un ajout, échoit, aussi longtemps qu'elles sont unies ensemble, le propriétaire ne peut les réclamer, mais, avec l'action pour la production*

[**Note de Willem Schorer sur la note 86 de Groenewegen van der Made**

Il est laborieusement débattu de la nature de la [pleine] propriété et de la nue-propriété et les jurisconsultes partent dans différentes directions. L'auteur a abondamment traité cette matière dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § 2, 1 et suivants, Pufendorf [aussi] dans son *Droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 4 en entier, et John Locke, dans *Du gouvernement civil*, chap. 4. Ici revient la sentence de Grotius, [à savoir] que Dieu a conféré au genre humain le droit sur toutes les choses créées dans le monde créé et de nouveau, au monde rétabli après le déluge ; presque tous en conviennent. Mais il est controversé [de savoir] si cela sera vrai dans un sens positif ou dans un sens négatif, c'es-à-dire si tous les biens avaient été exposés aux yeux de tous et non assignés à celui-ci plus qu'à celui-là, comme comme le dit van der Marck dans ses *Institutiones juris civilis*, p. 139 dans sa note : *est appelée négative la communauté dans laquelle les biens communs n'appartiennent à personne* ; et c'est là l'opinion de Pufendorf, que suit aussi plus largement Noest sur Grotius et aussi de Réal, *La science du gouvernement*, t. I, p. 44, et t. III, p. 33. Wolff observe dans ses *Institutions du droit de la nature et des gens*, part. II, chap. 1, §§ 27 et 30, qu'à partir d'Ac 2, 44-45, une telle communauté des biens avait triomphé, et ainsi aussi, [le dit] Formey, *Le philosophe chrétien*, p. 86. Toutefois, Zeigler sur Grotius nie cette communauté et pense que toute la propriété de ce droit avait été donnée par Dieu à Adam à cet effet que, dès qu'il est né, il avait été le propriétaire et le juge des biens sublunaires. Mais Locke a réfuté cette [pleine] propriété ou cette nue-propriété dans l'abstrait dans son dit traité du *Gouvernement civil*, § 16, et enseigne que celle-ci ne sera jamais prouvée.]

§ 2. Puisqu'il y a un proverbe [qui dit] que tout bien est commun selon le droit naturel et que nous avons ci-devant dit que le droit naturel n'était pas modifiable, on pourrait douter [de savoir] si la propriété des choses est aussi juste ou non. Alors, pour en entendre ici la vérité, il est utile de remarquer que là où il y a bien que Dieu tout-puissant a créé tous les êtres visibles et sensibles pour l'utilité de le genre humain en général, sans qu'un homme puisse s'en attribuer un certain droit au-dessus des autres ; mais, des choses créées, il y en a certaines d'une telle nature **[68]** qu'elles sont suffisantes à l'usage de tous les hommes, comme le soleil, la lune, les étoiles, le ciel et aussi, en quelque façon, l'air et la mer ; les autres ne sont pas suffisantes, à savoir celles dont l'utilisation ne peut être semblable par tous ; de ces choses, il y en a certaines de telle manière qu'elles passent par l'emploi actuel ou avec le temps ; actuel, comme la nourriture et la boisson ; de ces choses, la nature même ne permet pas que la communauté demeure ; car dès que quelqu'un, de ce qui est commun, propose quelque chose comme nécessaire pour lui, ainsi, il retient une telle chose pour sa propre fin et non pour la nourriture d'un autre ; ce qui est déjà une ressemblance de la propriété, naissant d'un acte qui s'accorde avec le droit naturel. Les choses qui ne passent pas actuellement, mais avec le temps, par l'utilisation, comme les vêtements, ne peuvent aussi pas rester longtemps en communauté ; car, étant consommées, personne ne peut plus en avoir le profit. Pour ce qui

---

(ad exhibendum)*, il peut agir en justice, pour qu'ils soient séparés et alors, qu'ils soient revendiqués ; à savoir, étant excepté ce que Cassius, quant à la soudure, écrit. Il dit, en effet, que, si, à sa statue, avec une soudure, un bras a été joint, en unité de la partie principale, il est complètement absorbé et qu'une fois qu'il est devenu la propriété d'autrui, même si, de là, cela a été rompu, cela ne peut revenir au premier propriétaire. De même, pour ce qui a été soudé au plomb, parce qu'une soudure, par le biais de la même matière, réalise une confusion, ce qui va être plombé ne le fait pas de même. C'est pourquoi, dans tous ces cas où l'action pour la production* (ad exhibendum) *ou sur le bien* (in rem) *n'a pas lieu, l'action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *est nécessaire. En revanche, pour ces objets qui, à partir d'objets qui sont éloignés, se trouveront, il est établi que chaque partie conserve sa propre espèce, comme chaque esclave, chaque brebis ; c'est pourquoi je peux revendiquer un troupeau, bien que ton bouc s'y soit mêlé, mais aussi toi, tu peux revendiquer ton bouc. Ce qui, de même, pour les choses unies ensemble, ne se produit pas ; car, si tu as ajouté le bras de ma statue à la statue d'autrui, on ne peut pas dire que le bras sera le tien, parce que toute la statue, en un seul esprit, est contenue. 6 - La solive d'autrui, à des maisons, jointe ne peut être revendiquée à raison de la Loi des XII Tables, ni, à ce titre, avec l'action pour la production* (ad exhibendum)*, on ne peut agir en justice, si ce n'est contre celui qui, le sachant, a joint celle d'autrui à des maisons ; mais il y a la vieille action au sujet de la solive jointive* (de tigno juncto) *qui, pour le double, de la Loi des XII, provient. 7 - De même, si quelqu'un, à partir des moellons d'autrui, sur son sol, a construit, il pourra, certes, revendiquer la maison, mais, les moellons une fois démêlés, le premier propriétaire les revendiquera, même si, après le délai de l'usucapion, la construction a été détruite, après que, par un possesseur de bonne foi, elle a été possédée ; en effet, chaque moellon n'est pas usucapé, si la maison, par le biais de ce délai, est faite nôtre »*.,

concerne l'habitation, puisqu'un endroit ne peut pas être possédé avec plus d'un corps, ainsi, il n'était pas possible qu'après l'accroissement de le genre humain, les endroits d'habitation restassent communs ; puisque les endroits, comme un antre, étant occupés par un seul, étaient devenu inutilisables pour l'autre ; et encore, une telle chose était-elle moins possible après que la multitude des hommes ne pouvant plus longtemps être enfermée dans les grottes faites, par un propre génie et un travail a entrepris de fabriquer des huttes et, en outre, des maisons, puisque la nature elle-même enseigne que chacun travaille d'abord pour lui-même [87] ; ce qu'il y a aussi lieu de considérer du service que l'homme tire des bêtes, que ce soit de la propre nature des bêtes ou par le biais d'une instruction et d'une pratique. Et, puisque nous avons ci-dessus dit que les biens qui servent à la nourriture des hommes ne peuvent demeurer dans la communauté, ainsi, il doit s'ensuivre que les biens à partir desquels ces biens profitables naissent (comme les terres et les bêtes qui produisent des fruits comestibles), ne peuvent rester communs, alors, tant que ces fruits étaient suffisants à tous les hommes pour entretenir leur **[69]** contentement ; cela, avec la multiplication du genre humain, comme il a été dit, ne pouvait durer longtemps. Pour alors partager les fruits, d'abord, les bêtes domestiquées et aussi, avec le temps, les terres, ont été le plus souvent partagées dans tous les endroits ; ce qui a été très nécessaire, puisque les terres, par les fruits nés de la propre nature qui ne pouvaient satisfaire la misère humaine, par l'ingéniosité et le travail, sont portés à une plus grande production ; l'expérience a aussi enseigné que la nature, l'occasion et l'inclination des hommes, qui sont très différentes et avec lesquelles, l'un nécessitant plus que l'autre, la communauté ne pouvait apporter autre chose que mécontentement et désunion [88]. Pour cette raison, chacun n'a pas seulement tenu pour lui et les siens ce qu'il avait fait ou travaillé, mais aussi les choses non-appropriées, ainsi, par des peuples entiers, sont possédées, comme par des peuples particuliers et, par la possession, sont acquises en propriété. Car tout ce qui existe par après, le propos veut que ces choses suivent celui qui le saisit d'abord pour le détenir pour lui [89]. De là, il est à entendre que, bien que le droit naturel laisse tout sans partage, puisque le partage ne pouvait se produire sans un acte de l'homme, pourtant, le droit naturel n'interdisait pas le partage, mais, en quelque façon, en a donné l'origine ; et, ce partage s'étant produit par un acte des hommes, le droit naturel enseigne en outre maintenant que chacun doit se contenter de son bien, non seulement parce que l'amitié entre les hommes (à laquelle amitié, tous les hommes doivent être enclins) n'est autrement pas possible à entretenir, mais aussi parce que la

---

[87] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 3, 34, 6.

Constitution de Claude adressée à Aulus Priscus et donnée en 270 : *« Le gouverneur de la province, pour l'usage de l'eau que tu allègues couler à partir d'une fontaine t'appartenant, ne permettra pas que tu en sois privé contre la forme de la coutume établie, du fait qu'il est rigoureux et proche de la cruauté que le cours de l'eau né à partir de tes terres pour tes champs qui ont soif soit étendu avec une injustice à l'usage d'autrui ».*

[88] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 77 § 20 et là, les docteurs.

Extrait du livre VIII des *Réponses* de Papinien : *« 20 - "À mes très chers frères, mais [aussi] à tes oncles maternels, tout ce qui me reste, en Pamphilie et en Lycie ou que partout, quant aux biens maternels, j'ai accordé, je veux qu'avec ceux-ci, tu n'aies pas de dispute". Tous les biens matériels de la succession maternelle qui, dans cette même cause de propriété, se trouvaient regardent la volonté du fidéicommis ; en conséquence, à partir de ces mêmes richesses, l'argent reçu et versé dans le corps du patrimoine propre, de même, selon la loi du partage, les biens devenus propres ne seront pas fournis, du fait qu'à apaiser les désaccords des proches, il a été veillé, [désaccords] que la matière de la communauté excite ordinairement ».*

[89] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 12.

« § 12. En conséquence, les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui, sur terre, dans la mer et dans le ciel, naissent, dès que, par quelqu'un, ils ont été capturés, selon le droit des gens, commencent immédiatement à appartenir à quelqu'un ; en effet, ce qui, auparavant, n'appartient à personne est accordé selon la raison naturelle à celui qui en prend possession. Et il n'importe pas [de savoir] si quelqu'un prendra les bêtes sauvages et les oiseaux sur son bien-fonds ou sur celui d'autrui ; clairement, celui qui est entré sur le bien-fonds d'autrui pour y chasser ou pour y être à l'affût peut se voir interdire par le propriétaire, si celui-là l'a envisagé, d'y pénétrer. Mais tout ce que tu prendras de cela est entendu être tien jusqu'à ce que, sous ta garde, ce soit ramené ; au vrai, lorsqu'il a échappé à ta garde et qu'il a repris sa liberté naturelle, il cesse d'être tien et, de nouveau, devient [la chose] de celui qui en prend possession. Il est entendu recevoir sa liberté naturelle, lorsqu'il a fui ton regard ou reste dans ta vue d'une façon telle que sa poursuite est difficile ».

raison requiert que personne ne doit faire un profit au préjudice d'autrui [90] ni de faire quelque chose à autrui qu'il ne voulait pas qu'on lui fît [91]. La propriété étant instituée, la raison requiert plus net et il est nécessaire à l'entretien de la **[70]** communauté humaine que chacun qui a la propriété de quelque chose acquière non seulement ce qu'il peut tenir pour lui, mais aussi le transmettre à un autre. La communauté civile étant existante, ainsi, il est trouvé nécessaire que l'ensemble de la communauté ait un plus haut droit sur le bien de ses citoyens que les citoyens eux-mêmes [92], non seulement parce que les membres et tout ce qui appartient aux membres doivent être destinés à l'entretien du corps, sans lequel les membres ne peuvent pas être préservés, mais aussi parce que l'expérience des défauts humains enseignait que, sans de nouvelles lois, le repos des citoyens et l'occupation paisible des biens ne pouvaient pas longtemps durer. À partir de ce pouvoir, les magistrats suprêmes ont institué non seulement de nouvelles manières pour acquérir la propriété, selon la circonstance de chaque pays ou à partir d'une *willekeure* [93] propre, mais ont aussi déterminé et retranché les manières qui étaient utilisées auparavant pour l'intérêt commun ou particulier, sans faire avec cela quelque chose à l'encontre du droit naturel, puisque le droit naturel n'avait pas déterminé fermement la propriété [94].

---

[90] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 206 ; D. 12, 6, 14.

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Car, selon la nature, il est juste que personne, au détriment d'autrui, ne s'enrichisse ».*

[91] (Note de Groenewegen) Voir Mt 7, 12 ; Lc 6, 33.

« 12. "Ainsi, tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le vous-mêmes pour eux : voilà la Loi et les Prophètes" ».

« 33. Et si vous faites du bien à ceux qui vous en font, quel gré vous en saura-t-on ? Même les pécheurs en font autant ».

[92] (Note de Groenewegen) Voir Balbus, *De præscriptionibus*, part. I, au début, quæst. 4.

[93] (Note du traducteur) Le mot néerlandais *willekeur* signifie "règlement", "ordonnance", "statut". En décomposant le mot, il semble sous-entendre qu'il s'agit là d'un choix fait par la volonté du pouvoir et non plus, comme avec la *keur*, d'un choix fait par une communauté.

[94] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. II, § II ; André Rivet, *Explicatio Decalogi*, præcept 8, p. 269 ; Wilhelm Amesius, *De conscientia*, V, cap. 41, quæst. 2 ; Leonard Lessius, *De jutitia et jure*, II, cap. 5, dubit. 2 et 3.

« II. 1. Aussitôt après la création du monde, Dieu conféra au genre humain un droit général sur les choses de cette nature inférieure, et renouvela cette concession après la régénération du monde par le déluge. "Toutes choses, comme dit Justin, restaient communes et appartenaient par indivis à tous comme un patrimoine commun". De là arrivait que chaque homme pouvait s'emparer pour ses besoins de ce qu'il voulait, et consommer ce qui pouvait être consommé. L'usage de ce droit universel tenait alors lieu de propriété. Car ce dont chacun s'était ainsi emparé, un autre ne pouvait le lui enlever sans injustice. On peut se faire une idée de cela par la comparaison qui se trouve dans Cicéron, au livre III de son traité De finibus *: "Encore que le théâtre soit commun, on peut cependant dire, avec raison, que chaque place est à celui qui l'occupe".*

Cet état aurait pu durer, si les hommes étaient demeurés dans une grande simplicité de mœurs, ou s'ils avaient vécu entre eux dans la pratique d'une mutuelle et parfaite charité. On peut voir un exemple de l'une de ces deux conditions, la communauté de biens provenant d'une simplicité de mœurs extrême, dans certains peuples de l'Amérique, qui, pendant plusieurs siècles, ont persévéré sans inconvénients dans cette façon de vivre ; quant à la seconde condition, la communauté naissant de la charité, les Esséniens autrefois en ont offert un exemple, puis les premiers chrétiens qui ont vécu à Jérusalem, et de nos jours aussi, bon nombre d'individus qui vivent dans la vie ascétique. La nudité des premiers hommes fournit un argument à l'appui de l'tat de simplicité dans lequel ils ont été créés. Il y avait en eux plutôt l'ignorance des vices que la connaissance de la vertu. (…)

2. Mais les hommes ne persévèrent point dans cette vie simple et innocente ; ils appliquèrent leur esprit à des arts variés, dont le symbole était l'arbre de la science du bien et du mal, c'est-à-dire des choses dont on peut bien ou mal user : science que Philon appelle une prudence moyenne. *C'est à cela que fait allusion Salomon, lorsqu'il dit :"Dieu a créé l'homme droit - c'est-à-dire simple -, mais ils se sont abandonnés à des pensées multiples"* (Qo 7, 29). *(…) Les arts très anciens de l'agriculture et de l'éducation des troupeaux furent cultivés par les premiers frères, non sans quelque sorte de partage des biens. La diversité des goûts produisit la rivalité, même les meurtres. Les bons, enfin, s'étant corrompus au contact des méchants, on vécut à la façon des géants, c'est-à-dire d'une manière violente, comme ces individus que les Grecs appellent "gens dont la justice est dans les mains". Quand le monde fut purgé par le déluge, à cette vie farouche succéda la passion du plaisir, qui fut servie par le vin et devint la source des amours illicites.*

3. Mais ce qui brisa surtout la concorde, ce fut un vice plus noble, l'ambition, dont le symbole fut la tour de Babylone. Aussitôt, les uns et les autres se partagèrent entre eux diverses contrées, et les possédèrent pour eux-mêmes. Il y eut cependant encore, entre ces

[**Note de Willem Schorer sur la note 92 de Groenewegen van der Made**

Il est traité ici du domaine éminent ou, comme Bijnkershoek, *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, chap. 1, d'après Thomasius sur Huber, le préfère, de la domination éminente. L'auteur traite abondamment de cela dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, § VI, et chap. III, § VI nb 4, liv. II, chap. XIV, § VII, et Pufendorf, *Du droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. 5, § 7. Et tous ceux qui ont écrit avant et après Grotius, si je ne me trompe, donnent leur assentiment à cela, à savoir qu'au pouvoir suprême, plus de droit se présente sur les biens des sujets qu'aux possesseurs des biens eux-mêmes et Barbeyrac souscrit aussi à cette opinion jusqu'au point de l'effet dans sa note sur le liv. I de Grotius, chap. I, § VI. cependant, il observe ici de façon opportune que les biens des citoyens n'appartiennent pas plus à celui qui tient le pouvoir suprême qu'à un prince étranger et il est finement dit : *César possède toutes les choses dans l'empire, chacun en propriété.* Par conséquent, il signale que ce droit se présente à l'utilité publique non au prince en tant que tel, mais en tant que tête de la société en ce que tout ce qui existe est présumé avoir été concédé ou tacitement concédé, sans quoi une fin commune ne peut pas être atteinte, comme le dit aussi ici l'auteur. De là, naguères, à bon droit, le jurisconsulte Struchtmeyer, *De republica*, lib. II, cap. 3, § 5, accorde proprement aux personnes privées la propriété des biens, mais moins proprement au prince. Déjà, aucun royaume, aucune république ne peut tenir à moins qu'un tel droit ne soit accordé au pouvoir suprême, cependant avec cette loi que le dommage ne soit réparé en équité à partir du trésor public pour autant que cela peut être fait. Il est demandé si la seule nécessité ou aussi, l'utilité publique fera place à celui qui exerce le pouvoir. Bijnkershoek l'affirme dans ledit endroit et de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 440, enseigne à bon droit que, si un cas d'extrême nécessité est requis, le prince ne jouit pas d'un plus grand pouvoir que la personne privée, du fait qu'il est permis dans ce cas à n'importe quelle personne privée d'occuper les biens des particuliers.

Ce qui a été dit ici quant à la propriété des biens appartenant aux sujets est très vrai dans tout genre de souveraineté, exceptée la plus despotique. Ici, en effet, les sujets ont seulement une possession précaire à un point tel que le droit de succession y est totalement inconnu et que le père, seulement le simple usufruitier des biens, ne transmet pas même le patrimoine à son fils, à moins qu'une nouvelle concession du pouvoir suprême ne s'ajoute, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. I, p. 303. À partir de là, Charles Loyseau, *Des seigneuries*, conclut que cette monarchie arbitraire (*monarchie seigneuriale*) est diamétralement contraire à la liberté naturelle. Montesquieu, *De l'esprit des loix*, t. I, liv. V, chap. 13, abordera l'idée naturelle du très despotique qu'il désire se former.]

§ 3. Restant dans les limites du droit naturel, chacun était autorisé, après la présentation de voies amicales, de quérir son propre bien actuellement du possesseur ; mais, puisque de cette

---

hommes demeurés voisins, une communauté non de troupeaux, mais de pâturages, parce qu'il y avait une si grande étendue de pays pour un si petit nombre d'hommes, qu'elle pouvait suffire à l'usage de plusieurs sans incommodité. "Il n'était pas permis alors de distinguer les champs ou de les séparer par des limites" (Virgile, *Georg. I*). *Cela dura jusqu'à ce que le nombre des hommes comme celui des troupeaux s'étant augmenté, les terres commencèrent à être partagées non plus par nations, comme auparavant, mais par familles. Quand aux puits, qui, dans un pays sec, sont d'une très grande nécessité, comme ils ne suffisaient pas à l'usage de plusieurs, chacun s'appropria ceux dont il put s'emparer. Voilà ce que nous apprenons de l'histoire sainte ; c'est assez d'accord avec ce que les philosophes et les poètes - dont nous avons reproduit ailleurs les témoignages - nous avons dit de l'état primitif de communauté des biens et du partage qui l'a suivi* (voir *Mare liberum*, cap. V).

4. Nous voyons par là quelle fut la cause pour laquelle on s'écarta de cette communauté des premiers âges, d'abord quant aux choses mobilières, ensuite quant aux immeubles. C'est que les hommes ne se contentèrent plus de se nourrir de fruits sauvages, d'habiter des antres, de vivre nus, ou le corps couvert d'écorces d'arbres ou de peaux de bêtes farouches ; ils firent choix d'un genre de vie plus commode, et il fallut recourir à l'industrie, que les uns employèrent pour une chose, les autres pour une autre. Ce qui empêcha que les fruits ne fussent mis en commun, ce fut d'abord la distance des lieux où les hommes allèrent s'établir ; puis l'absence de justice et d'amour, qui faisait que ni dans le travail, ni dans la consommation des fruits, on n'observait, comme on l'aurait dû, l'égalité.

5. Nous apprenons, en même temps, comment les choses sont devenues des propriétés. Cela n'a pas eu lieu par un simple acte de volonté ; car les autres ne pouvaient savoir, afin de s'en abstenir, ce que chacun voulait rendre sien, et plusieurs personnes pouvaient vouloir s'approprier le même objet ; mais ce fut le résultat d'une convention soit expresse : au moyen d'un partage, par exemple ; soit tacite : au moyen, par exemple, d'une occupation. Il faut présumer, en effet, que du moment où la communauté des biens déplut, sans en venir à un partage, tous tombèrent d'accord que ce que chacun occuperait, il le posséderait en propre. (…) ». Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 179-182.

façon d'agir, de nombreuses difficultés naissaient, ainsi, par la loi civile, des tribunaux furent instaurés où chacun pourrait poursuivre son bien sans commettre un mal [95].

[**Note de Willem Schorer sur la note 95 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, il est très vrai que, les tribunaux ayant été érigés, personne ne défend avec une autorité privée ce qui est le sien ; toutefois, l'ancienne liberté naturelle demeure là où il n'y a aucun jugement ou qu'ils cessent de façon continue ou momentanée, ce qui est fait quand il n'y a pas de délai pour aller trouver le juge, voir l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. III, § I, nb 1. En effet, la nécessité n'a pas de loi, D. 50, 4, 11 § 2, en argument D. 26, 7, 7, C. 3, 27, 1 ; Finckelthaus, *Observationes*, obs. 7, nb 4 et plus abondamment quant à la nécessité, Speidel, *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. II, lettre N, p. 406. Ce qui est également permis quant au droit des gens et au droit civil, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. 5, p. 531, ce à partir de quoi découle sa défense. De là aussi, il est permis de détenir un débiteur qui fuit et d'enlever l'argent à celui qui porte l'argent avec lui, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 2, D. 48, 8, 10 § 16. Et chacun prononce pour lui le droit, quand la justice est refusée par le juge ; ce qui est fait impunément aujourd'hui chez les Russes, voir l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § VIII, nb 5. Goswinkel von Esbach dans ses notes sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, sur la part. IV, const. 9, defin. 1, signale qu'autrefois, à raison d'une justice refusée ou traînée en longueur en Allemagne, un défi était licite ; toutefois, cela doit être restreint au juge supérieur, non à un inférieur, car alors, la raison cesse, voir Carpzov, *Responsa juris electoralia*, lib. II, tit. 2, resp. 20, nb 14, et ils sont aussi cités en tant que personnes privées, voir lib. VI, tit. 9, resp. 95, nb 2. En outre, celui qui tient le pouvoir suprême sera aussi le juge de ses propres biens, comme aussi le magistrat à cause d'un outrage à lui porté à raison de sa charge, comme ledit plus longuement Middelant sur Vromans, *De foro competenti*, lib. I, cap. 1, nb 1 ; *Responsa jurisconsultorum Utrajectinorum*, part. I, cons. 181, pourvu que l'injure soit claire et notoire et ne soit pas faite pour une palinodie, du fait qu'autrement, il faut recourir au juge supérieur, voir Carpzov, *Praxis criminalis*, part. II, quæst. 95, nb 88 et 89. Aussi, le échevins sur un procès urbain ou soulevé par la ville. De là, alors que les édiles de Middelburg détenaient une certaine veuve pour une cause de dette et que celle-ci avait décliné le tribunal, les consuls et les échevins, ayant rejeté l'exception, ont condamné la femme arrêtée : *à ce qu'elle répondrait à toutes fins* ; sentence qui fut aussi, un appel ayant été interjeté, celle de la Cour de Hollande, confirmée de nouveau par la Cour Suprême, voir Noest, *Curiæ Supremæ decisiones*, decis. 126. Et il a été plus d'une fois jugé en Flandre que le juge qui siège à la faveur du tribunal punit immédiatement l'injure propre et sans aucun vacarme de jugement, voir *Précis du droit Belgique*, p. 267.]

§ 4. C'est pourquoi nous disons que la propriété consiste en ce droit *d'acquérir de nouveau la possession perdue* [96].

---

[95] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2, 13.

Extrait du livre V *Des instructions judiciaires* de Callistrate : *« Il existe, en effet, un décret du divin Marc en ces termes : "La meilleure chose est que, si tu penses avoir ces réclamations, avec des actions en justice, tu les fasses valoir. Lorsque Marcianus a dit : je n'ai commis aucune violence, César a dit : toi, tu penses qu'il y a seulement une violence si des hommes sont blessés, il y a une violence alors, chaque fois que quelqu'un ne réclame pas par l'intermédiaire du juge ce qu'il pense lui être dû. Toute personne, en conséquence a été pour moi prouvée ne possédera aucun bien du débiteur ou un argent dû non donné par celui-ci même à lui volontairement sans un juge au hasard, ou l'avoir reçu et que celui-ci, envers lui, a prononcé le droit sur ce bien ; il n'aura pas de droit sur ce qui a été prêté ».*

[96] (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 1, 23.

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« L'action sur le bien* (in rem) *se présente à celui qui, selon le droit des gens ou le droit civil, a acquis la propriété. 1 - Les emplacements sacrés, de même les religieux, comme nôtres, dans une action sur le bien* (in rem)*, ne peuvent être réclamés. 2 - Si quelqu'un, à son propre bien, a ajouté le bien d'autrui d'une façon telle que la part devienne la sienne, de même que, si quelqu'un, à sa statue, a ajouté le bras ou le pied d'une autre, à une coupe, une anse ou un fond, à un candélabre, un sceau, à une table, un pied, plusieurs disent à bon droit, qu'il sera réputé devenir le propriétaire de tout ce bien, que la statue et la coupe sont les siennes. 3 - Mais ce qui, dans mon livre, est écrit ou, sur mon tableau, est peint, immédiatement devient mien, bien que, quant à la peinture, certains aient pensé le contraire à raison du prix de la peinture ; mais il est nécessaire qu'à ce bien, ce qui, sans celui-ci, ne peut exister soit cédé. 4 - Pour tous ceux-ci, en conséquence, sur lesquels mon bien, par le biais d'une valeur supérieure, entraîne le bien d'autrui et devient le mien, si je revendique ce bien, par le biais de l'exception de dol, je serai contraint de donner le prix de ce qui s'y est ajouté. 5 - De même, tout ce qui, à d'autres choses, a été joint ou ajouté, à la place d'un ajout, échoit, aussi longtemps qu'elles sont unies ensemble, le propriétaire ne peut les réclamer, mais, avec l'action pour la production*

§ 5. Celle-ci a lieu même si le présent possesseur le possède de bonne foi [97] et a donné l'argent pour cela ; car le propriétaire peut **[71]** utiliser son droit aussi sans redonner au possesseur son argent [98] ;

[**Note de Willem Schorer sur les notes 97 et 98 de Groenewegen van der Made**

Posons que quelqu'un a acheté la maison d'autrui. Les deux possesseurs, tant de mauvaise foi que de bonne foi, déduisent les dépenses nécessaires, parce que personne ne doit devenir plus riche au détriment de l'autre, voir D. 50, 17, 106. Mais le possesseur de bonne foi recouvre les dépenses inutiles en totalité, à moins que celles-ci ne soient trop lourdes et que lui-même n'allât les faire ; dans ce cas, il enlève celles-ci, dans la mesure où, l'existence de la chose ayant été sauvegardée, elles peuvent être enlevées, ou il déduit du propriétaire autant qu'il allait avoir dans ces mêmes dépenses. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 1, nb 36. Le possesseur de mauvaise foi déduit les dépenses utiles dans la mesure où elles peuvent être enlevées, l'existence de la chose étant sauvegardée, voir Voet ici même. Aujourd'hui, à partir de l'équité naturelle, à l'encontre du droit romain, il s'est affirmé dans l'usage que qu'avec non seulement la seule rétention, mais aussi une action, il est avisé au possesseur tantôt de bonne foi, tantôt de mauvaise foi, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 3, nb 23.

Pour les choses enlevées à un voleur, l'auteur indique ici qu'il n'y a aucune différence entre un possesseur de bonne et de mauvaise foi ; en effet, communément, on interdit que le propriétaire revendique son bien en quelque endroit, là où il l'aura trouvé, ainsi, pour que celui qui revendique son bien ne soit pas même tenu de payer le prix à l'acheteur de bonne foi, du fait que celui-ci devait commercer avec plus de précaution et que, quant à l'éviction, contre son auteur, il puisse faire valoir son droit en justice. De là, à bon droit, je revendique le cheval qui m'a été enlevé au possesseur de bonne foi, voir van Zuphten, *Nerderlandsche practijke*, au mot *Peerd* - "cheval" (en néerlandais moderne, *paard*), p. 480, art. 7. Cela a triomphé autrement à Dordrecht, où au propriétaire, se

---

(ad exhibendum)*, il peut agir en justice, pour qu'ils soient séparés et alors, qu'ils soient revendiqués ; à savoir, étant excepté ce que Cassius, quant à la soudure, écrit. Il dit, en effet, que, si, à sa statue, avec une soudure, un bras a été joint, en unité de la partie principale, il est complètement absorbé et qu'une fois qu'il est devenu la propriété d'autrui, même si, de là, cela a été rompu, cela ne peut revenir au premier propriétaire. De même, pour ce qui a été soudé au plomb, parce qu'une soudure, par le biais de la même matière, réalise une confusion, ce qui va être plombé ne le fait pas de même. C'est pourquoi, dans tous ces cas où l'action pour la production* (ad exhibendum) *ou sur le bien* (in rem) *n'a pas lieu, l'action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *est nécessaire. En revanche, pour ces objets qui, à partir d'objets qui sont éloignés, se trouveront, il est établi que chaque partie conserve sa propre espèce, comme chaque esclave, chaque brebis ; c'est pourquoi je peux revendiquer un troupeau, bien que ton bouc s'y soit mêlé, mais aussi toi, tu peux revendiquer ton bouc. Ce qui, de même, pour les choses unies ensemble, ne se produit pas ; car, si tu as ajouté le bras de ma statue à la statue d'autrui, on ne peut pas dire que le bras sera le tien, parce que toute la statue, en un seul esprit, est contenue. 6 - La solive d'autrui, à des maisons, jointe ne peut être revendiquée à raison de la Loi des XII Tables, ni, à ce titre, avec l'action pour la production* (ad exhibendum)*, on ne peut agir en justice, si ce n'est contre celui qui, le sachant, a joint celle d'autrui à des maisons ; mais il y a la vieille action au sujet de la solive jointive* (de tigno juncto) *qui, pour le double, de la Loi des XII, provient. 7 - De même, si quelqu'un, à partir des moellons d'autrui, sur son sol, a construit, il pourra, certes, revendiquer la maison, mais, les moellons une fois démêlés, le premier propriétaire les revendiquera, même si, après le délai de l'usucapion, la construction a été détruite, après que, par un possesseur de bonne foi, elle a été possédée ; en effet, chaque moellon n'est pas usucapé, si la maison, par le biais de ce délai, est faite nôtre ».*

[97] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 44, 16.

Constitution d'Alexandre adressée à Octavius et donnée en 222 : *« On ne doute pas que, même si, spécialement, le vendeur n'a pas promis l'éviction, la chose ayant été évincée, sur le fondement de l'achat, se présente une action ».*

[98] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 2, 2 ; C. 3, 32, 23. Par le privilège de Dame Marie de Bourgogne du 14 mars 1476, il est accordé aux habitants de Hollande, Zélande et Frise occidentale de pouvoir, avec le seigneur de la place, accepter leurs biens dérobés aux gens, volés ou autrement ravis dans toutes les places où ils pourront les attraper, les atteindre et les trouver sans encourir [quelque chose]. Voyez avec le privilège de Hollande du Sud, p. 114.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à des marchands et donné en 204 : *« Vous désiriez un bien de façon brutale, afin de ne pas rendre des biens reconnus comme volés, avant que le prix en ait été payé par les propriétaires. Veillez donc à faire du commerce avec plus de précaution, afin de ne pas tomber non seulement dans des dommages de ce type, mais aussi en suspicion de crime ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Magniferus et donnée en 294 : *« Si d'autres ont vendu ta propriété par le biais d'une violence ou d'un vol sans juste cause, à toi qui réclame la propriété, aucune nécessité de payer le prix n'est imposée ».*

présente seulement une action contre le voleur, voir Loenius, *Decisiones*, cas. 27. Il se trompe aussi quand une solive volée a été déjà jointe à une maison ; en effet, au propriétaire, ne se présente alors ni une action pour la production ni pour la revendication, voir Goswinkel von Esbach sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, sur la part. IV, const. 39, defin. 5. De même, si quelqu'un, selon l'auteur dans le § 6, de bonne foi, a acheté quelques marchandises dans les plus grandes foires publiques et a payé l'argent apprêté, ce qui est présumé en doute à partir de l'usage des foires, voir Merlin, *De pignoribus et hypothecis*, lib. IV, tit. 1, quæst. 41. Car, dans ce cas aussi, la revendication ne se présente pas au propriétaire de la chose, à moins que ce qui a été payé ne soit rendu à l'acheteur, s'il ne peut pas le recouvrer de son vendeur, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 19, nb 20 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 2 *(Des vols et de la corruption des esclaves)*, 2 ; *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 81, nb 9, part. II, cons. 44, nb 3 et suivants, et part. III, cons. 36, nb 5, 6 et 10 ; Cos, *Rechtsgeleerde verhandelingen over de wetten ; het huwelijk ; de rei vindicatione en de Publiciana in rem actione*, part. 2, § 7, p. 15 et 16, et ainsi a-t-il été jugé par la Cour le 25 janvier 1674, *Belgische jurisdictie*, cas. 1. Van Leeuwen interprète ainsi les coutumes du Rijnland dans ses notes sur l'art. 48, nb 3. L'auteur, voir la note 99, ceux qui, avec l'autorisation publique, pratiquent des étals de prêts à intérêt, pour les nôtres, les Lombards, de même, les antiquaires, auxquels, établis ou à établir, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 2 *(Des vols et de la corruption des esclaves)*, 2, ajoute les orfèvres. Du reste, il est demandé ce qu'il en sera du droit, si l'acheteur de bonne foi a consommé ou aliéné la chose volée. Il est tenu pour autant qu'il a été rendu plus riche, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 40, defin. 9.

Nous verrons ci-dessous, liv. III, chap. IX, § 8 si conviendra à l'équité et à nos usages la revendication se présente au propriétaire des biens meubles aussi contre le possesseur de bonne foi, le prix n'ayant pas été refusé.

En outre, il est demandé si le propriétaire de l'argent enlevé par un voleur jouira sur le bien acheté à partir de cet argent d'un droit de préférence. Il y e a qui accordent au propriétaire le droit de référence parmi les [créanciers] chirographaires et ainsi, cela a-t-il été jugé par la Cour, voir Noest, *Curiæ Supremæ decisiones*, decis. 19, dans le passage *nopens het tweede poinct - i. e.* "concernant le second point" -, et par la Cour Suprême, decis. 36. Il y en a qui accordent une simple action personnelle, parce que, selon le droit romain, le bien acheté avec mes espèces monétaires ne deviendra pas le mien, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 37, et lib. 6, tit. 1, nb 11.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXXIII. Le véritable propriétaire du bien revendique à bon droit son bien non seulement d'un voleur, mais aussi d'un commodataire, d'un dépositaire, d'un preneur en bail ou d'une personne semblabe qui n'a pas mandat de vendre, aliéné contre son gré, non seulement immeuble, mais aussi meuble, d'un quelconque possesseur sans restitution du prix payé, voir les décisions chez van Leeuwen dans sa *Censura forensis*, part. I, liv. 4, chap. 7, n° 17 ; les *Nerderlandsche advijnsen*, t. II, cons. 68 ; de Haas, *Nieuwe Hollandsche consultatien*, cas. 25 ; Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 50, p. 321 et suivante. Les désaccords n'émeuvent pas Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, i, § 16, nb 3 ; Matthæus, *Parœmia*, 7, nb 7, ou les décisions quant à un cas non semblable, chez Nieuwstadt, *Decisiones Supremæ Curiæ*, decis. 86, et Loenius, cas. 9 et 80. Cette doctrine est en usage dans le droit hollandais aussi pour les dettes publiques hollandaises non vendues, le propriétaire ne le voulant pas, voir le décret de Hollande du 25 février 1683, mais non dans le droit de Zélande, selon les lois du 31 mai 1679 et du 25 septembre 1695.]

§ 6. excepté quand quelqu'un a acheté quelque chose de bonne foi sur un marché libre ; car on ne doit pas de nouveau donner son argent, autant qu'il a déclaré par serment que cela lui a coûté, dans le cas où il ne sait pas le reprendre à son vendeur [99]. Semblablement, aux

[99] (Note de Groenewegen) Suivant les *Keuren* de Zélande de 1495, chap. 3, art. 23, et les coutumes de certaines autres places, voyez Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De rei vindicatione* au mot *jure*, mais cela, avec ce qui est dit ci-après des vendeurs de vieux vêtements et qui n'a aucune place là où de telles *Keuren* et coutumes n'existent pas, coutume d'Anvers, tit. 58 *(Des revendications et des biens perdus)*, art. 1, coutumes de Malines, tit. 2 et Paul van Christijnen là.

Lombards [100] et aux vendeurs de vieux vêtements, il est accordé qu'ils ne sont pas tenus de rendre au propriétaire sa propriété sans recevoir de lui l'argent qu'ils ont donné pour cela, avec le fait qu'ils ne l'ont pas connu ou qu'à partir d'une grande raison, ils ont pensé que le bien appartenait à un autre et qu'ils ont exposé le bien publiquement à la vue de tout le monde certains jours ; autrement, ou avant qu'une telle chose soit faite, ils utilisent le droit commun [101].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXXIV. Les exceptions à cette règle sont : 1°. pour les biens qui ont été achetés de bonne foi dans des foires publiques, dont le prix doit être restitué, voir la décision de la Cour du 26 janvier 1674 ; *Bellum juridicum*, cas. 1, p. 3 ; 2°. pour les biens remis en gage chez des banquiers publics, aussi volés, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 28 ;ajoutez la loi de Haarlem du 17 mars 1750, art. 5 ; les *Keuren* de Haarlem, t.I, p. 294 ; 3°. dans certains endroits, pour les biens achetés par des antiquaires, qui avaient été exposés publiquement pendant huit jours ; ce qui n'est pas le droit commun de Hollande, du fait que l'intention de la loi du 17 mars 1563 et des semblables est différente ; 4°. pour l'argent ou l'or vendu à un orfèvre à la faveur d'un juste prix et exposé par lui clairement, voir l'édit du 9 décembre 1661, art. 51.]

§ 7. En outre, celui qui a obtenu un jugement d'une affaire à son avantage ou qui a là-dessus fait un serment, l'affaire étant déférée par la partie adverse à son serment, est par cela libéré du serment du juste propriétaire et peut s'aider par un appui du jugement ou un serment contraire [102], comme il sera dit ci-après aussi à l'égard des obligations.

[**Note de Willem Schorer**

L'affaire étant déférée par la partie adverse etc. La raison en est que celui qui ne prête pas le serment déféré et n'a pas voulu le rapporter, ayant été vaincu, s'est retiré, du fait qu'il appartiendra à un clair déshonneur de ne pas jurer et de ne pas rapporter le serment, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.12, tit. 2, nb 13, et il procède de cette même façon contre le demandeur et contre le défendeur, comme [le dit] ici même Voet., nb 16. Il indique cependant les exceptions dans le numéro précédent, nb 15. De cette matière, [il sera traité] plus abondamment ci-dessous sur le liv. III, chap. L, § 6.]

[72] § 8. De plus (pour revenir à l'origine de la propriété), puisqu'anciennement, parfois, il arrivait que chaque homme ne gouvernait pas seulement chaque bien, mais que deux ou trois personnes ensemble se joignaient sur le gouvernement du même bien, que ce soit sur tout avec le même droit ou aussi, avec un droit distinct, ainsi, quelques-uns d'une justice plus

---

[100] (Note du traducteur) Le mot de "Lombards" est mis dans la marge par Grotius lui-même pour entendre le sens du mot néerlandais qu'il utilise ici, *"Tafelhouders"*, que l'on peut traduire par "ceux qui tiennent des étals [de change ou de prêt]". On sait que les Lombards étaient, à côté des Juifs, réputés pratiquer le trafic d'argent.

[101] (Note de Groenewegen) Lorsque les vendeurs de vieux vêtements ont exposé publiquement à la vue de tout le monde huit jours le bien acheté, ils sont entendus n'avoir eu aucune connaissance du vol et l'avoir acheté de bonne foi, placard du 17 mars 1563, mais ils utilisent néanmoins le droit commun de la place où aucune coutume particulière ne se trouve au contraire, voyez la *keure* de Leyde, art. 83 et ci-dessus, la note 96.

[102] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 3, 21 ; *Institutes de Justinien*, IV, xiii *(Des exceptions)*, § 4 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 1 *(Des choses prêtées et du serment)*, 1.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, m'ayant déféré [le serment], tu as juré et que tu es absous, que, par la suite, le parjure avait été approuvé, Labéon dit que, quant au dol, l'action contre lui, doit être accordée ; mais Pomponius [dit] que, par le biais du serment, est considérée avoir été faite une transaction et Marcellus approuve cette opinion dans le livre VIII de ses Digestes ; on doit, en effet, s'en tenir à son respect ».*

« § 4. Également, si le débiteur, le créancier lui ayant déféré [le serment], a juré qu'il ne fallait pas qu'il donne, encore, il reste obligé, mais, parce qu'il est injuste que, quant à un parjure, une demande soit faite, il est défendu par l'exception de serment. Dans ces actions aussi, avec lesquelles on intente sur le bien (in rem)*, également, les exceptions sont nécessaires ; comme quand, le demandeur déférant [le serment], le possesseur a juré que ce bien était le sien et que le demandeur ne le revendique pas moins ; en effet, bien que soit vrai ce qu'il soutient, c'est-à-dire que le bien lui appartient, il est cependant injuste que le possesseur soit condamné ».*

souvent en usage ont acquis par les lois un nom plus sûr, afin que l'on entendrait par cela en peu de mots tout ce qui appartient à un droit de cette sorte, comme un usufruit, un droit féodal et ce qui est semblable.

§ 9. De cela, vient que la PROPRIÉTÉ est COMPLÈTE ou INCOMPLÈTE [103].

§ 10. COMPLÈTE est la PROPRIÉTÉ *par laquelle chacun peut, avec la chose, faire tout selon son plaisir* [104] *et son profit qui n'est pas interdit par les lois* [105].

§ 11. INCOMPLÈTE, *celle à laquelle quelque chose manque pour pouvoir tout faire de tel* [106].

§ 12. Nous parlerons alors maintenant des manières, [à savoir] COMMENT LA PROPRIÉTÉ EST ACQUISE ET PERDUE.

§ 13. D'abord, [parlons] de l'ENTIÈRE propriété, par la suite, de l'INCOMPLÈTE ; et, en tout premier lieu, de l'entière propriété des SIMPLES CHOSES.

§ 14. La distinction qui est faite par beaucoup de l'acquisition par le droit des gens et par le droit civil [107] n'est pas ferme [108] ; car ce que nous disons venir du droit des gens est employé par beaucoup et aussi par nous autrement, comme du droit de faire des prisonniers de guerre des esclaves, laquelle chose est, chez nous et chez nos voisins, entièrement inconnue [109]. Contre cela, beaucoup de choses qu'ils placent sous le droit civil sont suffisamment **[73]** employées par tous les peuples, comme les dons et les prescriptions. Cependant, dans ceux-ci, il n'importe pas de savoir s'il y a un certain droit de notre peuple est propre ou non ou

---

[103] (Note de Groenewegen) Voir Leonard Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 3, dubit. 1, nb 4-5.

[104] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 35, 21.

Constitution de Constantin adressée à Volusianus, Préfet du prétoire, et donnée entre 313-315 : *« Dans une affaire donnée en mandat, il y a un risque non seulement d'argent, dont l'action de mandat de mandat très certaine, mais aussi de la réputation. En effet, certes, chaque modérateur et chaque arbitre de sa propre affaire ne font pas de leur propre mouvement toutes les affaires, mais la plupart ; mais les affaires d'autrui sont faites avec un devoir précis et, dans leur administration, rien qui a été négligé ou détourné n'est libre de faute ».*

[105] (Note de Groenewegen) En argument *Institutes de Justinien*, I, iii, § 1 ; Leonard Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 3, dubit. 2.

« § 1. La liberté (à partir de laquelle ils sont aussi appelés "libres") est certes la faculté naturelle de faire ce qui leur plaît et envers qui leur plaît, si ce n'est quand quelque chose est interdit par violence, ou par le droit ».

[106] (Note de Groenewegen) Voir Leonard Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 3, dubit. 1, nb 4-5.

[107] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 1.

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« Nous obtenons la propriété de certaines choses selon le droit des gens qui, avec la raison naturelle, entre tous les hommes, exactement de même, est observée, de certaines [autres], selon le droit civil, c'est-à-dire selon le droit propre de notre cité. Et, parce que le plus ancien droit des gens, avec le genre humain lui-même, a été légué, il est nécessaire qu'à celui-ci, en premier lieu, l'on doive se rapporter. 1 - En conséquence, tous les animaux qui, sur la terre, dans la mer et dans le ciel, sont capturés, c'est-à-dire les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, appartiennent à ceux qui les capturent ».*

[108] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. VIII, § I.

« I. 1. L'ordre de la matière nous conduit à l'acquisition qui a lieu par e droit des gens, distinct du droit naturel, et que nous avons appelé plus haut droit des gens volontaire. *Tell est l'acquisition qui se fait par le droit de la guerre ; (…). Les jurisconsultes romains, quand ils traitent de l'acquisition de la propriété des choses, énumèrent plusieurs modes d'acquérir, qu'ils appellent du droit des gens. Mais en faisant bien attention, on trouvera que tous ces modes, excepté le droit de la guerre, n'appartiennent point au droit des gens dont nous traitons ici ; et qu'ils doivent être rapportés ou au droit de nature - non pas, à la vérité, au pur droit de nature, mais à celui qui est la conséquence de l'introduction de la propriété, et qui précède toute loi civile - ou à la loi civile elle-même : ce que je crois, parce que l'origine d'une telle loi, ou d'une telle coutume, était venue des Grecs, dont les institutions, ainsi que Denys d'Halicarnasse et d'autres le remarquent, étaient suivies par les populations de l'Italie et les peuples voisins.*

2. Mais ce n'est point là le droit des gens proprement dit. Il ne regarde pas, en effet, la société mutuelle des nations entre elles ; il ne concerne que la tranquillité de chaque peuple en particulier : de là vient qu'il a pu être changé par un peuple seul, sans que les autres aient été consultés ; et même il a pu arriver que, dans d'autres lieux et d'autres temps, on ait introduit un usage commun tout à fait différent, par conséquent un droit des gens improprement appelé ainsi. C'est de que nous voyons qui est effectivement arrivé depuis que les nations germaniques ont envahi presque toute l'Europe. Comme autrefois les lois grecques, les institutions germaniques furent reçues alors de toute part, et elles sont encore en vigueur. Le premier mode d'acquérir, qualifié de mode du droit des gens par les Romains, est l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne. Ce mode est sans aucun doute naturel*, dans le sens que j'ai dit, la propriété une fois introduite, et tant qu'il n'y a point de loi qui en dispose autrement. Car le droit de propriété peut aussi être produit par la loi civile ».* Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 285-286.

[109] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, I, xii *(De quelles façons la puissance paternelle est dissoute)*, § 5.

commun avec les autres ; car, puisque cela ne concerne pas la communauté de tous les hommes, chaque peuple peut ici le faire dans des lois et le changer en s'accordant ou en ne s'accordant pas avec celles des autres, selon leur plaisir.

§ 15. L'ENTIÈRE PROPRIÉTÉ DE SIMPLES CHOSES [vient] PAR LE BIAIS D'UNE POSSESSION ou SANS CONSIDÉRATION D'UNE POSSESSION.

*

Chapitre IV
De l'acquisition d'un bien non approprié

§ 1. PAR LE BIAIS D'UNE POSSESSION, la propriété d'un BIEN NON APPROPRIÉ ou d'un BIEN APPROPRIÉ.

§ 2. Sont un BIEN NON APPROPRIÉ les BÊTES SAUVAGES ou un AUTRE BIEN.

§ 3. Les BÊTES SAUVAGES NON APPROPRIÉES sont celles qui n'ont *jamais été capturées* [110] *ou, ayant été capturées, ont de nouveau acquis leur ancienne liberté* [111].

§ 4. Les bêtes sont entendues avoir acquis de nouveau leur liberté quand celui qui en a été le propriétaire est en dehors de leur vue [112].

§ 5. De telles bêtes deviennent alors, par la possession qu'il y en a, par la capture, le propre de quelqu'un, à moins que la capture ne soit interdite au capteur par les lois [113].

---

[110] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 12.

« § 12. En conséquence, les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui, sur terre, dans la mer et dans le ciel, naissent, dès que, par quelqu'un, ils ont été capturés, selon le droit des gens, commencent immédiatement à appartenir à quelqu'un ; en effet, ce qui, auparavant, n'appartient à personne est accordé selon la raison naturelle à celui qui en prend possession. Et il n'importe pas [de savoir] si quelqu'un prendra les bêtes sauvages et les oiseaux sur son bien-fonds ou sur celui d'autrui ; clairement, celui qui est entré sur le bien-fonds d'autrui pour y chasser ou pour y être à l'affût peut se voir interdire par le propriétaire, si celui-là l'a envisagé, d'y pénétrer. Mais tout ce que tu prendras de cela est entendu être tien jusqu'à ce que, sous ta garde, ce soit ramené ; au vrai, lorsqu'il a échappé à ta garde et qu'il a repris sa liberté naturelle, il cesse d'être tien et, de nouveau, devient [la chose] de celui qui en prend possession. Il est entendu recevoir sa liberté naturelle, lorsqu'il a fui ton regard ou reste dans ta vue d'une façon telle que sa poursuite est difficile ».

[111] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De ladivision des biens)*, § 15 ; D. 41, 1, 5 § 5.

« § 15. La nature des paons et des colombes est sauvage. Ne regarde pas la chose le fait qu'à partir d'une coutume, ils volent et revolent ordinairement ; car les abeilles font de même, dont il est clair que leur nature est sauvage ; certains ont aussi des cerfs apprivoisés d'une façon telle que, dans les forêts, ils vont et reviennent, dont personne ne nie que leur nature est sauvage. Mais, pour ces animaux qui, à partir de la coutume, vont et reviennent ordinairement, une telle règle a été approuvée, [à savoir] qu'ils sont entendus être les tiens jusqu'à ce qu'ils aient l'intention de revenir ; car, s'ils ont cessé d'avoir l'intention de revenir, aussi, ils cessent d'être tiens et devient [la propriété de ceux qui en prennent possession. Il sont considérés cesser avoir l'intention de revenir, alors qu'ils avaient la coutume de revenir ».

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 5 - La nature des paons et des colombes est sauvage et ne regarde pas la chose le fait que, sur le fondement de leur habitude, ils s'envolent ordinairement et reviennent ; car aussi, les abeilles le font de même, dont il est établi que la nature est sauvage ; certains ont aussi des cerfs apprivoisés, d'une façon telle que, dans les bois, ils vont et reviennent, dont personne ne niera que leur nature est sauvage. Mais, pour ces animaux qui, par habitude, vont et viennent ordinairement, une telle règle a été approuvée, de sorte qu'ils sont entendus être nôtres, tant qu'ils auront l'intention de revenir, s'ils ont cessé d'avoir l'intention de revenir, ils cessent d'être nôtres et deviennent ceux de ceux qui en prennent possession. Mais ils sont entendus avoir cessé d'avoir l'intention de revenir alors, quand ils ont cessé d'avoir l'habitude de revenir ».*

[112] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 12.

Ce passage a été traduit ci-dessus, note 107.

[113] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. II, § V, et chap. VIII, § V ; Leonard Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 5, dubit. 7.

« V. En ce qui concerne les bêtes sauvages, les poissons, les oiseaux, il faut remarquer que celui à qui appartient la juridiction des terres et des eaux, peut, à sa volonté, défendre de s'emparer des bêtes sauvages, des poissons, des oiseaux, et de se les approprier après les avoir pris ; et que cette défense oblige même les étrangers. La raison en est qu'il y a nécessité morale pour que le gouvernement d'un peuple, que ceux qui se mêlent à ce peuple, ne fût que temporairement - ce qui a lieu lorsqu'on met le pied sur un territoire -, se conforment aux institutions de ce peuple. Il n'y a pas là de contradiction avec ce que nous lisons souvent dans le droit romain, qu'en vertu du droit de nature, ou du droit des gens, on est libre de chasser de tels animaux. Cela est vrai, en effet, tant qu'une loi civile n'est point intervenue sur ce point ; c'est ainsi que la loi romaine laissait dans cet état primitif bien des choses à propos desquelles les

§ 6. Sous ces bêtes, il y a d'abord les oiseaux et ce qui vole plus.

§ 7. Alors, on doit remarquer que la chasse des nobles **[74]** oiseaux appartient au pouvoir comtal et que celui qui se voit accorder par le pouvoir comtal une telle chose, de telle façon que celui qui les capture sans dessein est tenu de les apporter au gouverneur [114], ce pour quoi il reçoit une rémunération raisonnable.

[**Note de Willem Schorer**

Les oiseaux nobles. Les oiseaux nobles sont recensés dans le placard des eaux et forêts, art. 23, comme les hérons, les poules d'eau, les perdrix, les pigeons, les coqs de bruyère, les grues, les cygnes sauvages, les outardes, les faisans. Il se trouve dans les ordonnances de Hollande, vol. I, p. 3027.

Ce que l'auteur dit ici, dans la note 113, du prix à payer à raison d'un oiseau pris par hasard est vrai ; mais Groenewegen n'indique pas à bon droit dans la marge les ordonnances, alors que l'une est du 26 novembre 1612 et l'autre du 17 avril 1633. La première se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, part. I, p. 1388, la seconde, part. II, p. 2348.

Et celui qui se voit accorder par le pouvoir comtal une telle chose. Si une controverse naît sur la chasse et que maître des forêts refuse d'accorder à quelqu'un ce droit e que celui-ci était en possession, il ne peut pas user des remèdes possessoires, mais la question, selon l'usage habituel, doit être traitée de façon sommaire, dans un jugement relatif à la chasse afin qu'ainsi, les juges du maître de la chasse puissent rejeter de tels mandats obtenus de la Cour, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 127. Et cela a aussi agréé aux États Généraux le 25 février 1723, voir l'ordonnance pour le tribunal de la chasse de l'Écluse, art. 9. Toutefois, dans les causes plus graves où le maître des forêts et les assesseurs (*meesterknapen*) n'osent pas juger, il faut aller triuver la Cour elle-même, voir van Zurck, *Codex Batavus* au mot *Wildernissen - i. e.* "terres inhabitées" -, § 21, p. 774 [éd.1711]. Parfois, la juridiction de la Cour est affirmée par un interdit pénal, voir de Haas, *Nieuwe Hollandsche consultatien*, cons. 23.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 7 et 26**

CLXXXV. L'ancienne distinction entre les oiseaux sauvages plus nobles et les autres, dans le dernier droit de la Hollande, n'est pas considérée avoir été reçue après qu'il a été permis à chaque propriétaire de chasser les bêtes sauvages *quelconques* sur son [domaine] ; mais cela a été interdit sur celui d'autrui dans la loi de Hollande du 28 juillet 1795, art.1 et 2.]

§ 8. Qu'aussi, l'oisellerie avec la longue ligne des autres oiseaux est un droit du pouvoir comtal ; cependant, de telle sorte qu'il est concédé souvent aux vassaux ; mais le comte ayant l'oisellerie dans le Waterland a dû en faire abandon [115].

---

autres nations ont disposé autrement. Mais lorsqu'une loi civile a établi d'autres règles, le droit de nature lui-même nous prescrit de lui obéir. Car bien que la loi civile ne puisse rien ordonner qui soit défendu par le droit naturel, ou interdire quelque chose que le droit de nature ordonne, elle peut cependant limiter la liberté naturelle et défendre ce qui était naturellement permis ; elle peut, en conséquence, prévenir par l'autorité qui lui appartient la propriété qu'on aurait pu acquérir naturellement ». Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 184-185.

« V. Ces choses auront lieu si aucune loi civile n'est intervenue. Les jurisconsultes modernes se trompent, en effet, beaucoup, en pensant que ces règles sont tellement de droit naturel, qu'elles ne puissent être modifiées ; car elles sont naturelles non purement et simplement, mais à raison d'un certain état des choses, c'est-à-dire si on n'en a pas autrement disposé. Ainsi les peuples de Germanie, ayant à assigner quelques biens aux princes et aux rois pour soutenir leur dignité, crurent qu'ils feraient sagement de commencer par les choses qui pourraient leur être attribuées, sans préjudice de qui que ce fût, telles que toutes les choses qui ne sont encore devenues la propriété de personne. Je vois que les Égyptiens en ont usé ainsi. Chez eux, l'intendant des rois, qu'ils appelaient "la propre raison", revendiquait les biens de cette espèce. Et la loi a pu, même avant toute occupation, transférer la propriété de ces choses, puisque la loi seule est suffisante pour produire le droit de propriété ». Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 287.

[114] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 212 septembre 1549 et du 18 novembre 1555 ; van Merle, *Van de wildernisse* (*Des terres vides)*, liv. III, tit. 3, chap. 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 12 des *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens).*

[115] (Note de l'éditeur) Voir le privilège accordé par le comte Aelbregt à Monickendam et au village de Zuyderwoude le 23 mai 1393.

[**Note de Willem Schorer**

En dehors de l'autorité qu'a ici Groenewegen dans sa note, on peut ajouter Mieris, *Groot Charterboek van Holland*, part. III, p. 599.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 8 et 28**

CLXXXVII. Dans le droit récent, la chasse et la chasse aux oiseaux, avec un quelconque instrument, est permis à n'importe qui sur un bien-fonds propre ou pris à bail, voir ladite loi [du 28 juillet 1795], art. 1 et 2, pourvu qu'il ne décharge pas un coup dans la direction d'une voie publique ou de la terre d'autrui, art. 3 ; sur le bien-fonds d'autrui, sans un consentement écrit du propriétaire, il n'est pas permis de chasser ni d'introduire sur lui des chiens de chasse, art. 2, 4 et 6. Des controverses nées de la chasse, il est traité devant le juge du lieu, étant sauf l'appel à la Cour, toute juridiction forestière ayant été maintenant abrogée, art. 9.]

§ 9. Ceci étant excepté, chacun qui capture un oiseau non seulement sur sa terre, mais aussi sur la terre d'autrui,[116] en devient propriétaire. Cependant, chacun peut interdire à un autre de venir sur sa terre [117] ; et ainsi, quand quelqu'un a disposé des cages ou un autre instrument pour les attraper, ce qui est attrapé avec cela appartient à celui qui les a disposés.

[**Note de Willem Schorer sur la note 11 de Groenewegen van der Made**

À travers toute la Zélande, il est fait interdiction à tous les chasseurs de quelque condition qu'ils soient de pénétrer contre le gré du propriétaire dans les vergers et les forêts sous une peine de 10 florins, voir l'ordonnance des Etats de Hollande du 5 décembre 1623, art. 16. Cela avait été déjà anciennement interdit, voir la *Keur* de Zélande, chap. 3, art. 26, et pour l'empêcher, parfois, un interdit pénal est obtenu, comme il est dit plus longuement dans ladite cons. 23 [des *Nieuwe Hollandsche consultatien*].]

§ 10. Abattre des cygnes et d'autres oiseaux que quelqu'un tient sur les eaux qui lui sont propres ou lui sont concédées est souvent interdit [118].

§ 11. Et, puisque les oiseaux endommagent beaucoup les voisins, ainsi, personne ne peut disposer des gages d'oiseaux s'il n'a pas là huit pleines jugères et il doit enfermer les oiseaux à l'époque des semences et des moissons [119] ; semblablement, pour l'entretien des oiselleries, il est interdit que quelqu'un puisse tirer dans les environs, frapper, heurter, secouer ou faire un autre grand bruit [120].

[75] § 12. Dans beaucoup d'endroits de Hollande [121], il est aussi interdit que quelqu'un puisse disposer des pigeonniers ou des colombiers, qui alors, n'est pas remarquablement pourvu en biens et il est interdit à tous les autres de tirer à l'arc ou au fusil après des pigeons ou des canards, de les capturer avec des filets ou aussi, d'en voler les œufs [122].

---

[116] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 12.
Ce passage a été donné plus haut dans la note 107.

[117] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 12.

[118] (Note de Groenewegen) Voir le privilège par le chevalier Johan van Persuyn, seigneur de Waterland accordé à la même terre en 1273 ; placards du 10 avril 1550, du 8 septembre 1552, du 13 avril 1559, du 2 mars 1605, du 10 septembre 1608, du 11 mai 1610 et du 27 octobre 1610.

[119] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 19 décembre 1550 et du 30 janvier 1604.

[120] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 12 décembre 1567, du 27 mai 1570 et du 2 octobre 1578.

[121] (Note de Groenewegen) Et particulièrement dans le Rhynland, placard du 28 janvier 1591, dans le Delftland, placard de la Cour de Hollande du 20 mai 1611. Voyez Job Bouvot, *Arrêts*, t. 2, sur le mot *bestail*, quest. 3. Cela est autrement permis selon les lois romaines uniquement là où cela l'est aussi d'une telle manière que les terres voisines ne soient pas endommagées par cela ; voir Papon, *Arrêts*, liv. XIII, tit. 2, art. 32, liv. XIV, tit. 1, art. 11 et liv. XVIII, tit. 9, art. 2 ; Jean Imbert, *Enchiridion*, aux mots *Si un voisin ne peut empescher de faire un Exploict en sa terre*, pour moi, p. 219.

[122] (Note de Groenewegen) Voyez les placards ci-dessus dits dans la note 115 ; John Selden, *De jure naturæ*, liv. VI, cap. 11.

[**Note de Willem Schorer**

Qui alors, n'est pas remarquablement pourvu en biens. En Zélande aussi, il n'est permis à personne de construire un colombier, à moins qu'il ne soit gouverneur d'une région et qu'il ne possède ici deux cents arpents, communément *Ambachts-gemeeten - i.e.* "les mesures d'un fief de haubert". En outre, est seulement permis à gouverneur de région un unique colombier, voir la *Keur* de Zélande, chap.3, art. 27. Cela a été aussi interdit sous la même peine, à savoir [une peine] de 10 livres, sur la terre de Putten, voir Bort, *Tractaet van de Domeinen van Holland*, part. VI, nb 26. Dans la coutume de Bretagne, il a été disposé qu'il n'était permis à personne de construire un colombier, à moins qu'il n'eût eu autrefois un combier construit ou qu'il n'eût les limites de ses biens-fonds si loin étendues que les colombes ne dépassent ordinairement pas les bornes de ceux-ci, ce qui peut à peine être fait, comme l'observe d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 368. De même, quant aux canards, cela a été en général disposé par les États de Hollande, voir l'ordonnance de Hollandedu 30 janvier 1604, et en Zélande, il n'est permis à personne d'avoir des cygnes sous peine de 40 livres à payer au fisc, à moins qu'il ne possède cent arpents, voir les *Keuren* de Zélande, chap. 3, art. 17.]

§ 13. Les oiseaux qui partent et viennent, comme les pigeons, sont tenus pour propres aussi longtemps qu'ils paraissent avoir l'intention de revenir [123].

§ 14. Les paons aussi bien que les pigeons sont comptés parmi les bêtes sauvages [124].

§ 15. Les abeilles sont aussi sauvages et ne sont pas tenues comme propres avant qu'elles se soient installées dans des ruches ; et elles restent propres aussi longtemps qu'elles ne se sont pas envolées si loin qu'il n'y a aucun espoir d'y revenir. Les abeilles vont et viennent et leurs rayons de miel appartiennent à celui qui les prend [125].

§ 16. Les oies et les poules sont apprivoisées et c'est pourquoi elles ne sont pas attrapables ; mais celui qui fait de telles choses pourrait être tenu d'un vol [126].

§ 17. En second lieu, sont aussi compris parmi les animaux sauvages les poissons ; et c'est pourquoi chacun devient propriétaire des poissons qu'il capture dans la mer du Nord et dans le Zuyderzee, tous les pêcheurs des pays avoisinants [127].

---

[123] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 15 ; D. 41, 1, 5 § 5 ; mais voyez contre cela mon traité *De legibus abrogatis* sur ledit § 15.

« § 15. La nature des paons et des colombes est sauvage. Ne regarde pas la chose le fait qu'à partir d'une coutume, ils volent et revolent ordinairement ; car les abeilles font de même, dont il est clair que leur nature est sauvage ; certains ont aussi des cerfs apprivoisés d'une façon telle que, dans les forêts, ils vont et reviennent, dont personne ne nie que leur nature est sauvage. Mais, pour ces animaux qui, à partir de la coutume, vont et reviennent ordinairement, une telle règle a été approuvée, [à savoir] qu'ils sont entendus être les tiens jusqu'à ce qu'ils aient l'intention de revenir ; car, s'ils ont cessé d'avoir l'intention de revenir, aussi, ils cessent d'être tiens et devient [la propriété de ceux qui en prennent possession. Il sont considérés cesser avoir l'intention de revenir, alors qu'ils avaient la coutume de revenir ».

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 5 - La nature des paons et des colombes est sauvage et ne regarde pas la chose le fait que, sur le fondement de leur habitude, ils s'envolent ordinairement et reviennent ; car aussi, les abeilles le font de même, dont il est établi que la nature est sauvage ; certains ont aussi des cerfs apprivoisés, d'une façon telle que, dans les bois, ils vont et reviennent, dont personne ne niera que leur nature est sauvage. Mais, pour ces animaux qui, par habitude, vont et viennent ordinairement, une telle règle a été approuvée, de sorte qu'ils sont entendus être nôtres, tant qu'ils auront l'intention de revenir, s'ils ont cessé d'avoir l'intention de revenir, ils cessent d'être nôtres et deviennent ceux de ceux qui en prennent possession. Mais ils sont entendus avoir cessé d'avoir l'intention de revenir alors, quand ils ont cessé d'avoir l'habitude de revenir ».*

[124] (Note de Groenewegen) Voyez les textes précédemment cités dans la note 120.

[125] (Note de Groenewegen) Voir lesdits textes.

[126] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 16.

« § 16. La nature des poules et des oies n'est pas sauvage et nous pouvons l'entendre à partir de ce que qu'il y a des poules que nous appelons sauvages, et de même, des oies, que nous appelons sauvages. C'est pourquoi, si tes oies ou tes poules, dans quelque cas, troublées, se sont envolées, bien qu'elles aient fui ta vue, cependant, en quelque endroit qu'elles se trouveront, elles sont entendues être les tiennes ».

[127] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 1 § 1.

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 1 - En conséquence, tous les animaux qui, sur la terre, dans la mer et dans le ciel, sont capturés, c'est-à-dire les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, appartiennent à ceux qui les capturent ».*

§ 18. De plus, dans les fleuves et les autres eaux, tous ceux qui attrapent les poissons à la ligne en deviennent propriétaires [128].

§ 19. Avec un autre instrument, dans les fleuves et les eaux navigables, pêcher appartient seulement à ceux qui ont acquis ce droit du pouvoir comtal [129].

§ 20. Dans le Waterland cependant, a dû reconnaître n'avoir aucun droit à la pêche [130].

§ 21. Semblablement, au bénéfice des habitants du Kennemerland, l'Ij, la Kromenye et le Lemmen sont déclarées eaux libres.

§ 22. Dans les eaux [situées] à l'intérieur d'un ban, les personnes de ce ban peuvent pêcher, et aucune autre [131].

§ 23. Sur cette manière de pêcher et quels filets on peut employer, ainsi, dans la mer du Nord, pour la capture des harengs et la grande pêche comme en outre en dehors et à l'intérieur des digues, des lois sont faites qui, ici seraient trop longues à rapporter [132].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXXVIII. Quant au droit de pêche, il y a aussi la nouvelle loi hollandaise du 18 août 1795, changée et augmentée sur certaines choses le 10 février 1796.]

§ 24. Mais pêcher ceux qui sont enfermés dans le propre vivier de quelqu'un ou sont tenus dans des parcs à poissons fermés comme propres et ne sont pas capturables [133].

§ 25. En troisième lieu, sont aussi compris les bêtes quadrupèdes sauvages.

§ 26. Pour ce qui regarde le gros gibier sauvage, personne ne peut le capturer, si ce n'est sur autorisation du pouvoir comtal, étant exceptés les barons [qui ont] le droit de prendre un cerf par an [134].

§ 27. Le petit gibier, comme les lièvres et les connils (à l'exception dans certains endroits de ceux qui, par le pouvoir comtal, ont été anciennement **[77]** exclus), tous les nobles et les principaux officiers du pays qui sont nommés dans les lois sur les forêts [135] peuvent le capturer, où aussi il est très largement exposé en quelles manières chacun peut chasser.

[**Note de Willem Schorer**

Tous les nobles et les principaux officiers du pays etc. Il a été répondu, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 81, nb 4, que cela triomphait partout. Après l'époque de Grotius toutefois, il a agréé aux États de Hollande, le 11 décembre 1666, d'interdire la chasse aux nobles récemment évincés de la noblesse par des princes étrangers.]

---

[128] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le chap. I de ce livre, note 19.

[129] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 10 avril 1550, du 8 septembre 1552, du 13 avril 1558 et du 14 mai 1568 ; le privilège de la Hollande du Sud, p. 284-285 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, II, i, § 2.

[130] (Note de Groenewegen) Voir le privilège accordé par le duc Aelbregt à Monickendam et au village de Zuyderwoude le 23 mai 1393.

[131] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 3 juin 1609, art. 22.

[132] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 8 février 1521, du 27 avril 1571, du 9 mars 1580 et du 10 avril 1582, etc.

[133] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3 § 14.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 14 - De même, les bêtes sauvages que, dans des parcs à gibier, nous avons enfermées et les poissons, que dans des bassins, nous avons rassemblés, par nous, sont possédés. Mais ces poissons, qui, dans des étangs, se trouveront ou les bêtes sauvages qui, dans des forêts closes tout autour, divaguent, par nous, ne sont pas possédés, parce qu'ils ont été laissés dans leur liberté naturelle ; autrement aussi, si quelqu'un a acheté la forêt, il est considéré posséder tous les animaux sauvages, ce qui est faux ».*

[134] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De venatione ferarum* ; van Merle, *Van de Wildernisse*, liv. I, tit. 2, chap. 1 au début ; placard du 26 décembre 1517, art. 19, et du 12 février 1561, art. 7.

[135] (Note de Groenewegen) Van Merle parle de tous ceux-ci dans le ci-devant dit livre *Van den Wildernissen*, liv. I, tit. 2 et 3.

[**Note de Willem Schorer sur la note 135 de Groenewegen van der Made**

On peut apprendre des différentes ordonnances des États de Zélande, du 5 décembre 1623, du 20 novembre 1660 et du 22 juin 1675, pourquoi, à diférentes époques, ils ont statué sur la chasse et sur la façon de la pratiquer. Il y en a une plus ancienne de 1594. Voyez aussi la *Keur* de Zélande, chap. 3, art. 24, 25 et suivant.

Les États Généraux ont aussi promulgué le 25 février 1723 un édit qui s'accorde en général avec l'édit de Charles Quint du 31 juillet 1545 prescrit pour les Hollandais ; par la suite, les États de Holllande , de nouveau, le 25 janvier 1716. Il se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, part. V, p. 788, et un second du 4 mai 1719, dans la même partie, p. 810.

Il y aaussi différents édits des États de Gueldre que Schomaker indique dans ses *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 62, nb 30.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CLXXXVI. Un droit de chasse privilégié ne se présente à personne, voir la loi du 28 juillet 1795, art. 1, non seulement sur les terres des personnes privées, art. 2, mais aussi sur les emplacements publics, à moins que quelqu'un n'ait reçu la possibilité de chasser de ceux auxquels ce bien appartient, voir ladite loi, art. 1.]

§ 28. Les autres personnes ne peuvent encore capturer des lièvres et des connils sur leurs propres terres et bien que les connils, par le fait de manger, endommagent remarquablement la terre, puisque les terres ont depuis longtemps été soumises à cet inconvénient [136].

[**Note de Willem Schorer**

Les autres personnes. L'auteur enseigne que la chasse des lièvres et des connils a été interdite au peuple ; mais il est demandé si une telle interdiction pourra à bon droit être faite du fait qu'il sera libre à n'importe qui de chasser selon le droit de la nature. L'auteur répond dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § V, et ci-dessus, dans le liv. I, chap. II, § 12, que la loi civile, bien qu'elle ne puisse rien prescrire que le droit de la nature interdit ou interdire ce qu'il prescrit, circonscrit à bon droit toutefois la liberté naturelle et interdit ce qui était naturellement permis. Et dans ce cas, le droit naturel ordonne d'obéir à la loi interdictive, voir Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, part. II, chap. 4, § 23 ; de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 335. Dans le comté de Flandre aussi, par l'édit d'août 1613, il est clair qu'un vassal peut faire interdiction de la chasse aux autres, voir *Précis du droit Belgique*. Wolfgang Adam Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De acquirendo rerum dominio*, lib. 41, tit. 1, Schomaker, *Consilia et responsa*, part. II, cons. 62, nb 23, 24 et suivant, expliquent plus longuement cette matière et répondent aux objections.

Dans le royaume d'Angleterre, il est permis à n'importe qui possède jusqu'à tant de mesures de terres de percevoir 20 livres sterling par fusil à travers toute la propriété dans laquelle il est très clair qu'il est permis de chasser, comme [le dit] de même de Réal, t. II, p. 282.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 136 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne qu'il n'est pas permis au propriétaire du bien-fonds de prendre des connils, bien qu'à raison de la trop grande abondance de ceux-ci, il soufre un dommage, ce qui, dans le droit civil, est vrai, comme [le dit] aussi d'après l'auteur Bort, *Tractaet van de Domeinen van Holland*, part. VI, nb 10 ; *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 82, nb 7. Mais cela s'accorde à peine à l'équité naturelle, parce que personne ne doit être rendu plus riche au détriment d'autrui et que la chasse doit être réduite à un usage tout à fait inoffensif. De là, la capture de bêtes sauvages n'est aussi interdite à personne à bon droit, parce qu'avec une telle interdiction, il serait fait du tort au genre humain. J. H. Böhmer, *Introductio ad jus publicum universum*, p. 552, a suivi cette sentence à un point tel qu'avec Ziegler, *De jure majestatis*, lib. I, cap. 1, § 29, il pense que le dommage causé aux sujets par des bêtes sauvages doit être réparé par le prince, si les bêtes sauvages se sont trop multipliées et que la chasse est interdite aux sujets, voir Wolfgang Adam Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De acquirendo rerum dominio*, lib. 41, tit. 1, nb 25. Toutefois, pour que les sujets n'abusent pas de cette liberté

[136] (Note de Groenewegen) Mais les propriétaires peuvent bien contre cela enclore leurs terres, avec le fait qu'ils font les bordures des enclos au côté des dunes ou des forêts hauts et profonds, mais portants. Voir le placard du 19 février 1550 ; van Merle, *Van den Wildernissen*, liv. I, tit. 4.

naturelle et que, sous le prétexte de la chasse des renards et des loups, les paysans pratiquent impunément la chasse, à Zutphen, le 29 novembre 1725, il a été répondu qu'il n'était permis à personne de chasser à cette fin avec des fusils à proximité des voisins, à moins qu'il n'aille d'abord trouver le gouverneur et qu'il n'en obtienne la faveur, voir Schomaker, *Responsa et consilia*, part. II, cons. 62.]

§ 29. Mais celui qui tient quelques connils enfermés dan sa propre garenne est entendu en être le propriétaire et de tels connils ne sont pas capturables par d'autres [137].

§ 30. Le droit de ce que les personnes communes ne peuvent capturer aucun connil a été anciennement reconnu entre la Meuse et la Zijp ; mais, avec le temps, il est étendu aux terres de Voorn et de Putten, comme aussi dans les îles du Zuyderzee ; mais, en Hollande du Sud, il est d'usage que chacun, étant raisonnablement doté en biens, est libre de chasser [138].

§ 31. Quelqu'un ayant levé un animal sauvage et un autre l'ayant capturé, [ce dernier] acquiert la propriété, mais il peut être mis à l'amende comme chassant malhonnêtement [139].

§ 32. Les AUTRES BIENS NON APPROPRIÉS PARTICULIERS (car il sera traité des successions vacantes à son occasion) appartiennent à celui qui les prend [140].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefgried van der Keessel**

CLXXXIX. Les biens perdus restent ceux du propriétaire et, cela ayant été rappelé par la voix d'un crieur public pour les recouvrer, cependant, celui-ci n'apparaissant pas, ils échoient à l'inventeur, voir Voet, *Commentarius ad Pabdesctas*, liv. 41, tit. 1, nb 9 au milieu ; les poutres et les bois détachés des radeaux par la force réunie d'un fleuve doivent être immédiatement déclarés à celui qui préside à ce commerce, voir les lois du 22 juillet 1677 et du 18 janvier 1698.]

[78] § 33. Parmi ceux-ci, viennent d'abord les terres inconnues qui sont découvertes en mer [141].

---

[137] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De jure fisci* au mot *Feræ*.

[138] (Note de l'éditeur) Voir l'ordonnance du bailliage de la Hollande du Sud du 3 octobre 1601, renouvelée le 20 décembre 1623 et imprimée parmi les privilèges de la Hollande du Sud, p. 428.

[139] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, I, i *(De la justice et du droit)*, § 13 ; D. 41, 1, 5 § 1 et là, Godefroy.

« § 13. Il a été demandé si, quand une bête sauvage a été blessée d'une façon telle qu'elle puisse être capturée, immédiatement, elle est entendue être la tienne. A certains, il a plu qu'immédiatement, elle soit tienne et qu'elle soit considérée comme tienne tant que tu l'as poursuivie et que, si, tu as cessé de la poursuivre, elle cesse d'être tienne et, en retour, devient celle de celui qui en prend possession. D'autres n'ont pas pensé qu'elle était tienne autrement que si tu la capturais. Nous confirmons la seconde opinion, parce que beaucoup de choses arrivent ordinairement [faisant] que tu ne la captures pas ».

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 1 - Il a été demandé si une bête sauvage qui a été blessée d'une façon telle qu'elle puisse être capturée, est immédiatement entendue être nôtre. À Trebatius, il a agréé qu'immédiatement, elle était entendue être nôtre et était considérée comme nôtre tant que nous la poursuivions, que, si nous avions cessé de la poursuivre, elle cessait d'être nôtre et devenait de nouveau celle de celui qui la possédait ; c'est pourquoi, si, pendant ce temps où nous la poursuivons, un autre la capture dans l'intention, lui-même, d'en profiter, celui-ci est considéré, envers nous, avoir commis un vol. La plupart n'ont pas autrement pensé qu'elle était nôtre que si nous l'avions capturée, parce que beaucoup de choses peuvent arriver pour que nous ne la capturions pas ; et cela est plus vrai ».*

[140] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 2, 3 § 3.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Neratius et Proculus [disent] qu'avec la seule intention, nous ne pouvons acquérir une possession, si ne précède pas une possession naturelle. C'est pourquoi, si je sais qu'un trésor, sur mon bien-fonds, a été déposé, immédiatement, je le possède, dès que j'ai eu l'intention de le posséder, parce que, ce qui manque à la possession naturelle, l'intention le remplit. Du reste, ce que Brutus et Manilius pensent [en disant] que celui qui, avec une longue possession, a pris le bien-fonds a pris aussi le trésor, bien qu'il ne sache pas que, sur le bien-fonds, il se trouvait, n'est pas vrai : car celui qui ne le sait pas ne possède pas le trésor, bien qu'il possède le bien-fonds. Mais, s'il le sait, il ne le prendra pas avec une longue possession, parce qu'il sait qu'il est à un autre. Certains pensent que l'opinion de Sabinus est plus vraie, [à savoir] qu'autrement, celui qui le sait le possède, si ce n'est si, de lieu, il a été changé, parce que [le trésor] ne sera pas sous notre garde ; avec ceux-ci, je suis d'accord ».*

[141] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 22.

« § 22. L'île qui, dans la mer, est née, ce qui, rarement, arrive, devient celle de celui qui en prend possession ; en effet, elle est crue n'appartenir à personne. Mais celle née dans une rivière, ce qui, fréquemment, arrive, si, certes, elle tient la partie au milieu de la

[**Note de Willem Schorer sur la note 141 de Groenewegen van der Made**

Dans le droit romain, l'île née dans un fleuve est tenue pour la chose de personne ; c'est pourquoi elle échoit à l'occupant et est rapportée à une accession naturelle. Cependant, dans nos usages, le consentement du prince est requis pour une telle occupation, comme le dit plus longuement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, nb 17. Nous verrons ci-dessous ce qu'il en sera du droit en Belgique quant à l'alluvion dans le chap. IX, § 24, sur la note 253.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXC. Les terres et les îles que personne n'habite et trouvées dans la mer échoient à l'inventeur, non obstant la loi des États Généraux du 27 mars 1614.]

§ 34. Pour de tels biens, sont aussi comptés les biens meubles des ennemis, puisque les ennemis, pour autant que cela nous concerne, deviennent incapables de tout droit. C'est pourquoi, ces mêmes biens appartiennent à ceux qui les acquièrent [142], se trouvant au service de la guerre ou aussi, en dehors ; étant tenu que les gens de guerre doivent se régler dans le partage des parts du butin selon l'usage de la guerre et les matelots, selon les lois de la mer, dont il sera parlé en son temps.

[**Note de Willem Schorer sur la note 142 de Groenewegen van der Made**

Du fait que les prisonniers des Barbares et des Turcs ne changent pas de statut, il s'ensuit qu'ils peuvent succéder à partir d'un testament ou ab intestat, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, II, xii, § 5. La servitude est chez nous tombée en désuétude à un point tel que, dès que les esclaves entrent dans les limites de notre souveraineté, ils peuvent immédiatement revendiquer la liberté même contre le gré des maîtres, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, I, viii, nb 3, et depuis l'an 1300, l'air est libre en France à un point tel qu'immédiatement, pourvu que l'esclave l'ait respiré, il devient libre, rappelle de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 99. Cependant, dans le comté de Zutphen, de même dans la Wetuwe, une partie de la Gueldre, il y a certaines traces de servitude jusqu'à ce jour. Ici, en effet, sont encore tenus des serfs attachés au fonds ou à la glèbe, comme il a été répondu à Zutphen le 3 février 1746, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 76, nb 34 et suivant. Goudelin, *De jure novissimo*, lib. I, cap. 5, dernier §, l'enseigne aussi, quant à différents endroits.

Qu'en est-il du droit pour les biens meubles des ennemis ? L'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II chap. VI, § XII, l'explique. Quant aux meubles et immeubles et quand ils échoient à l'occupant, Bijnkershoek en traite *ex professo* dans ses *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, cap. 4, 5 et 6 ; voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, nb 8, et lib. 49, tit. 5, nb 3-7.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXCI. La navire ennemi pris par un navire marchand qui n'avait pas été envoyé pour faire du butin, est acquis au patron et aux matelots qui l'ont pris, non à l'armateur ni aux propriétaires des marchandises qui étaient transportés dans le navire qui a fait la capture, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, cap. 20.

CXCII. Le navire capturé par les ennemis, à partir de la raison du droit, devient immédiatement celui de l'ennemi qui en prend possession, même s'il n'a pas été conduit dans un port ou dans un

---

rivière, est commune à ceux qui, des deux côtés de la rivière, près de la rive, possèdent des biens-fonds à la faveur de la mesure de la largeur de chaque bien-fonds, largeur qui est le long de la rive. Si elle est plus proche d'un côté, elle appartient seulement à ceux qui, de ce côté, le long de la rive, possèdent les biens-fonds. Si, de quelque côté, la rivière a été partagée, qu'ensuite, soula terre unifiée de quelqu'un, en forme d'île, il est revenu, cette terre reste celle de celui auquel elle appartenait ».

[142] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 17 ; D. 41, 1, 5 § 7 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 17. Voyez en outre le titre lui-même de D. 49, 15 *(Des captifs, du droit de postliminie et de ceux qui, aux ennemis, sont rachetés).*

« § 17. De même, ce que, des ennemis, nous prenons, selon le droit des gens, immédiatement, devient nôtre, à un point tel, certes, que les hommes libres sont conduits dans notre servitude, eux qui, cependant, s'ils ont échappé à notre pouvoir et sont, vers les leurs, revenus, reçoivent leur état originel ».

Le titre en question du Digeste comporte 30 extraits.

endroit où se tient une flotte, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 49, tit.15, nb 3, et, à plus forte raison, celui qui a été recouvré par notre citoyen échoit à celui qui l'a recouvré, non au premier propriétaire. Mais cela a été tempéré dans les lois des États Généraux et les dernières lois des 13 avril 1677, 31 mai 1697 et 6 juin 1702, voir Voet dans ledit endroit, nb 4. Si, cependant, il a été conduit dans un port ennemi et qu'il a été confisqué, tout le droit du propriétaire est éteint, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, cap. 4 à la fin. Vendu à un citoyen d'une nation amie, en tant qu'ennemi, il ne peut pas être pris en possession, bien qu'il n'ait pas encore pénétré dans le port de cette nation. Toutefois, le décret des États Généraux du 27 novembre 166 répugne à cette sentence, voyer Bijnkershoek dans ledit endroit.]

§ 35. Mais les biens immeubles des ennemis échoient à la République [143].

§ 36. Pour ce qui concerne les biens échoués, c'est-à-dire ceux que la mer ne produit pas d'elle-même et apporte, mais qui sont venus par les hauts flots ou des naufrages par la mer et pêchés ou qui sont trouvés sur une côte, anciennement, ceux-ci étaient tenus pour être la propriété du pouvoir comtal ; de même aussi, les débris des vaisseaux disloqués, semblablement encore, dans de nombreux pays avoisinants, cela est d'usage ; mais la navigation s'étant accrue dans et aux environs de ces pays, il fut trouvé bon par le comte, les nobles et les villes que chacun puisse réclamer son bien brisé et perdu [144]. Cela est entendu dans le délai d'un an et six semaines et en payant les coûts, ainsi quand certains sont faits par les trouveurs d'épaves dotés de ce pouvoir par le pouvoir comtal. Ce délai étant écoulé, le pouvoir comtal est **[79]** pourvu du bien [145] ; mais il le laisse facilement racheter.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 144, 145 et 146 sur le § 37 de Groenewegenvan der Made**

Voyez sur ce point ce que comporte Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 47, tit. 9, nb 3, et ce que nous relèverons plus longuement ci-dessous sur le liv. III, chap. XXVII, § 6.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXCIII. Bien que le fisc du prince pût prendre possession des biens naufragés jetés sur le rivage dont le propriétaire n'apparaissait pas, qu'ils lui fussent autrefois échus après un an, cependant, il n'est pas établi dans l'ancien droit hollandais, du moins tempéré par l'usage du droit civil, que le propriétaire exclu par le fisc dans un bref délai de quelques semaines, voir Philip van Leyde, *De cura Reipublicæ*, cap. 1, p. 3 ; l'ancien statut de Zélande de 1256, art. 35 et 36, le statut de Zélande de 1495, cap. 4, art. 13 ; les décisions de la Cour dans le *Memorandum van't Hof over Strand-roof* du 9 janvier 1764 dans le *Byvoegzel op de Nerderlandsch Jaarboek*, part. 22, p. 1742-1747, et *'t Bericht van den Bailluw Testart* du 4 juillet 1778, § 54, dans le *Nieuw Nerderlandsch Jaarboek* de 1769, p. 634 et suivante. Par la suite, toutefois, le droit du fisc est considéré avoir été ainsi mal compris, comme s'il devait

[143] (Note de Groenewegen) D. 49, 15, 20 § 1 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. III, chap. VI ; Balthazar de Ayala, *De jure belli*, liv. I, cap. V.

(Note du traducteur) On se bornera à reprendre ici le seul extrait du Digeste, car le chapitre de Grotius est trop étendu pour pouvoir être ici repris, nous contentant de signaler qu'il se trouve sous le titre *Du droit d'acquérir les choses prises à la guerre*, dans la traduction proposée par P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 643-668.

Extrait du livre XXVI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Il est vrai que, les ennemis une fois expulsés des terres qu'ils avaient prises, les propriétés de celles-ci, aux premiers propriétaires, reviennent et ne sont ni confisquées, ni abandonnées en lieu de butin ; en effet, est confisquée cette terre qui, aux ennemis, a été prise ».*

[144] (Note de Groenewegen) Voir les privilège du duc Charles de Bourgogne du 1er janvier 1469 ; le grand et amélioré privilège de Dame Marie de Bourgogne du 14 mars 1476, art. 14 ; les placards du 10 mars 1552 et du 132 septembre 1549 qui a été renouvelé par la suite le 27 juillet 1556, le 8 juillet 1559, le 11 juillet 1563, le 9 mars 1567, le 5 juillet 1569, le 29 février 1576 ; les placards du 4 novembre 1606 et du 25 avril 1620 ; le placard de la Cour de Hollande du 3 octobre 1626 ; C. 11, 6 *(Des naufrages)*, 1 et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce texte.

Constitution d'Antonin adressée à Maximus (sans date) : *« Quand un navire a été repoussé sur le rivage ou quand il a touché à quelque terre, il appartient à ses propriétaires : mon fisc ne s'interposera pas. En effet, quel droit a le fisc, dans le malheur d'autrui, de poursuivre un gain au sujet d'une affaire si douloureuse ? »*

[145] (Note de Groenewegen) Voir les placards cités ci-dessus, note 141.

être préféré au propriétaire qui survenait, d'où il y avait besoin de différents privilèges pour affirmer le droit des propriétaires sur les biens naufragés et défendre les autres qui dépouillaient les biens naufragés. La loi de Charles Quint du 16 mars 1529 est particulière, transcrite par la Cour dans ledit libelle, p. 1760 et suivantes, et de Philippe II du 15 mai 1574, voir *Groot Placaet-boek*, part. II, p. 2117. Un grand nombre des lois des États de hollande qui regardent cela sont trouvées dans le *Groot Placaet-boek*, part. I, p. 1072 et suivantes. La dernière est du 2 décembre 1663, ici même, part. II, p. 3082. La plupart ont été souvent répétées par la Cour de Hollande.

CXCIV. À partir de ces lois, à notre époque, il est né une double controverse. La première [pour savoir] si la juridiction non seulement civile se présente à la seule Cour à partir de l'art. 8 de l'instruction quant au droit sur les biens naufragés, mais aussi criminelle quant au pillage des biens naufragés, non seulement contre ceux qui ont été arrêtés lors du crime lui-même ou les ont emportés dans leur fuite, mais aussi contre ceux qui, se trouvant dans le lieu de leur domicile, seraient suspects ; ce que la Cour affirmait dans un écrit loué, voir *Byvoegzel op het Jaarboek*, part. XXII, p. 1731 et suivantes. Mais Testart, dans *'t Bericht op den Brief van't Hof* dans le *Nieuw Nerderlandsch Jaarboek* de 1769, p. 578 et suivante, refusait cette dernière chose, à meilleur droit, comme je le pense.

CXCV. L'autre question était celle-ci, [savoir] si ces biens seront ainsi soumis au soin et à l'inspection du questeur des biens domaniaux, de sorte que personne, pas même le propriétaire lui-même, ne puisse les appréhender, les réunir et les garder, mais qu'il dût l'obtenir du questeur une fois payée la taxe du service ; ce que la Cour voulait ; ou s'il sera libre au propriétaire ou à son mandataire, comme au patron du navire, de leur propre autorité, de ramasser les biens naufragés et de les porter dans leur maison ou à l'endroit où ils avaient été destinés. Ce que soutenait l'illustre Testart dans l'écrit loué ci-dessus et ce que, par la suite, les magistrats d'Amsterdam ont soutenu dans un remarquable traité [intitulé] *Harmonie op Overeenstemming tusschen de Privilegien en de Placaten op't stuk van de Strand- en Zee-vonderyen (Harmonie sur la conformité entre les privilèges et les placarts sur la matière des trouvailles sur les rives et en mer)*, dans le *Nieuw Nederlandsch Jaarboek* de 1772, p. 286 et suivantes.

CXCVI. Cette dernière controverse a été décidée et toute cette affaire a été soigneusement déterminée dans la nouvelle loi des États de Hollande du 231 juillet 1772 ; dans celle-ci, ni les propriétaires présents ne sont détournés de ramasser les biens naufragés ni les absents, de réclamer les biens naufragés dans les quatorze jours et les magistrats du lieu ne se voient pas interdire de les garder dans l'intervalle, voyez le *Groot Placaet-boek*, part. IX, p. 811 et suivante. La loi de Zélande du 14 juin 1751, avait précédé, non moins compète et juste, *Groot Placaet-boek*, part. VIII, p. 907 et suivantes.

CXCVII. Les biens naufragés dont le propriétaire est inconnu, bien qu'après une année et sept semaines, ils puissent être vendus par le fisc, cependant, dans le droit plus récent de Hollande, il est possible qu'ils aient pu être encore revendiqués par le propriétaire, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 94, p. 595 ; *Bericht van Testart*, §§ 56 et 59.]

§ 37. Les inventeurs d'épaves sont chargés de vendre les biens périssables et, dans le cas où le propriétaire, dans le ci-devant dit délai, apparaît, ils font suivre l'argent qui en vient ; mais les inventeurs particuliers n'ont aucun droit aux biens de cette sorte (comme par défaut des anciens propriétaires, appartenant au pouvoir comtal) et ils ne peuvent pas pour cette raison ramener ces biens de la côte et, les ayant pêché dans la mer, ils doivent les livrer aux mains des inventeurs du pouvoir comtal dans les douze heures après leur arrivée en recevant une rémunération raisonnable [146].

§ 38. Pour les trésors cachés, il y a une dispute entre les agents fiscaux du pouvoir comtal et certaines personnes particulières qui, voulant dire qu'aussi bien ici que dans les autres pays [147],

---

[146] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dits placards et Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De jure fisci* au mot *Feræ*.

[147] (Note de Groenewegen) Voyez mon *De legibus abrogatis* sur les *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 39.

Le passage en question repris aux *Institutes*, que Groenewegen dit être confirmé, est le suivant : *« § 39. Le divin Hadrien, suivant l'équité naturelle, a accordé les trésors que quelqu'un a trouvés sur son emplacement à celui qui les a trouvés. De même, il a statué, si quelqu'un, sur un emplacement sacré ou religieux, par un cas fortuit, en a trouvé, mais, si quelqu'un, sur l'emplacement d'autrui, sans donner sa peine pour cela, fortuitement, en a trouvé [un], il a accordé la moitié au propriétaire du sol.*

les biens cachés appartiennent au seigneur du pays ; mais ceux que chacun, en trouvant un de cette sorte sur son propre terrain, en acquiert la propriété ; mais, s'il l'a trouvé en dehors de son terrain sans propos délibéré, la moitié appartiendrait au seigneur de la terre, l'autre moitié à l'inventeur selon les lois romaines qui aussi, veulent que quelque chose de tel est trouvé non à dessein dans un endroit consacré ou dans une tombe, cela appartient seulement à l'inventeur [148].

[**Note de Willem Schorer sur la note 148 de Groenewegen van der Made**

Pour ce qui doit être statué dans les usages quant au trésor, voyez van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 3, nb 13 et, *ex professo*, Johan van Heemskerk, *Batavische Arcadia*, pour moi p. 282, de même, van Zurck, *Codex Batavus*, pour moi, p. 740. Mais, pare qu'il y a une controverse quant au trésor, comme [le dit] ici l'auteur, [pour savoir] à qui il appartiendra, le propos de Modestinus dans D. 49, 14, 10 doit être observé ; et personne n'est en faute contre le fisc facilement si, dans les questions douteuses, il a répondu, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 101, nb 7, *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 155, nb 25, et de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 282. Et, alors qu'en 1636, Cornelis Pieter van Langeveld avait trouvé un trésor et qu'un procès était né entre l'inventeur et le fisc, il a été interrompu avec une transaction, voir Bort, *Tractaet van de Domeinen van Holland*, part. VII, nb 26, p. 284.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXCVIII. Le trésor trouvé sur un bien-fonds propre, dans le droit hollandais, échoit en entier à l'inventeur, sur le bien-fonds d'autrui, il est partagé entre le propriétaire et l'inventeur ; n'y fait pas obstacle la loi du 8 janvier 1487, art. 15, voir *Groot Placaet-boek*, part. IV, p. 121, vu qu'il appartient aux biens naufragés dont le propriétaire est inconnu, voir le *Memorandum van't Hof*, p. 1758 ; Testart, *Bericht*, p. 626 et suivantes.]

*

Chapitre V
De l'acquisition par le consentement du précédent propriétaire

§ 1. Un BIEN APPROPRIÉ est ACQUIS PAR UNE POSSESSION AVEC LE CONSENTEMENT DU PRÉCÉDENT PROPRIÉTAIRE ou SANS SON CONSENTEMENT.

[80] § 2. *Pour acquérir une propriété par le consentement du propriétaire*, il semble être suffisant selon le droit naturel que le précédent propriétaire déclare vouloir qu'une telle chose se produise et que cela soit accepté par les autres comme un ferme droit ; l'acceptation ayant suivi là-dessus, rien de plus ne semble être requis. Mais le droit civil, ayant plus de force sur le bien de chacun que le propriétaire lui-même, cherchant à prévenir les aliénations inconsidérées et à préserver les gens d'un regret, a voulu que le premier propriétaire doive faire venir le second propriétaire à la possession actuelle [149] ; cela s'appelle la tradition ou transfert, pour cette raison, l'accord seulement ne peut pas maintenant rendre ou établir quelqu'un

---

Et, de manière conforme, si quelqu'un, sur un emplacement de l'empereur, en a trouvé [une], il a statué que la moitié appartenait à l'inventeur, et la moitié à César. A cela est conforme que, si quelqu'un, sur un emplacement public ou appartenant au fisc, en a trouvé [une], la moitié lui appartenait et la moitié au fisc ou à la cité ».

[148] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 19 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*, qui est confirmé par Groenewegen dans l'endroit ci-dessus cité.

[149] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 40.

« § 40. Par une tradition aussi, selon le droit naturel, les biens nous sont acquis ; en effet, rien n'est si convenable à l'équité naturelle que la volonté du propriétaire qui veut transférer son bien à autrui soit tenue pour confirmée. Et c'est pourquoi, que le bien corporel appartiennent à un genre quelconque, il peut être livré et, une fois livré par le propriétaire, il est aliéné. Pour cette raison, les biens-fonds soumis à une contribution et tributaires, de la même façon, sont aliénés. Sont appelés des biens-fonds soumis à une contribution et tributaires ceux qui, dans les provinces, se trouvent, parmi lesquels aussi ces biens-fonds italiques, [pour lesquels] à partir de notre constitution (cf. C. 7, 31, 1)*, il n'y a aucune différence ».*

propriétaire [150]. Semblablement aussi, par le biais d'une promesse, aucun bien ne peut être rendu inaliénable [151], mais bien par l'intermédiaire d'une dernière volonté [152]. Le même droit

[150] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 32, 4 [on suppose qu'il s'agit bien de ce texte, car la référence est erronée, renvoyant à une constitution numérotée 40 dans un titre qui n'en comporte que 28] ; en argument D. 44, 7, 3.

Constitution de Gordien au soldat d'Afrique Munianus et donnée en 239 : *« À l'encontre de celui qui a acheté de bonne foi un bien-fonds à des possesseurs de mauvaise foi, une action t'appartient ainsi, si, avant qu'ils aient accompli une usucapion ou aient obtenu la prescription d'une longue possession, la propriété t'en était revenue ».*

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« La substance des obligations ne consiste pas en ce que quelque chose fasse nôtre un objet ou nôtre, une servitude, mais qu'une chose nous engage à donner quelque chose, à faire ou procurer quelque chose. 1 - Mais il n'est pas suffisant que les espèces monétaires appartiennent à celui qui les donne et deviennent celles de celui qui les reçoit pour que l'obligation naisse, mais qu'elles soient données et reçues avec cette intention que l'obligation soit établie. C'est pourquoi, si quelqu'un, pour le donner, m'a remis son argent, bien qu'il ait appartenu à celui qui le donne et soit devenu le mien, cependant, je ne serai pas obligé envers lui, parce que cela, entre nous, n'a pas été fait. 2 - Une obligation par échange de paroles aussi est établie, si, entre les contractants, cela est fait ; en effet, si, par jeu, par exemple, ou pour montrer une faculté de comprendre, moi, je t'ai dit "promets-tu ?" et que toi, tu as répondu "je promets", naît une obligation ».*

[151] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 6, 3 ; D. 2, 14, 61. Voyez ici Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 4, 6 *(De la condiction des choses données à raison d'une cause)*, 3.

Constitution de Valérien et Gallien adressée à Aurelius et Alexander, donnée en 257 : *« Avec cette loi, la donation rassemblée sur vous pour qu'à aucun des deux, une possibilité d'aliéner sa part ne se présente fait en sorte que l'un ou l'autre de ceux-ci n'aliène absolument pas la propriété ou qu'au donateur ou à l'héritier de celui-ci, une condiction, si la condition n'a pas été observée, soit obtenue ».*

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Personne, en faisant un pacte, ne peut faire en sorte qu'il ne lui soit pas permis de consacrer sa place, qu'il ne lui soit pas permis d'y ensevelir un mort ou de ne pas aliéner contre le gré du voisin le bien-fonds ».*

[152] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 43 *((Choses communes sur les legs et les fidéicommis et de la suppression de la mise en possession)*, 1 et 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ces textes.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Du fait que ceux qui, avec des legs et des fidéicommis, sont honorés, sont connus avoir une action en général personnelle, qui, avec la mesure de la réclamation ou de l'autorisation, recevra la subtilité des autres legs avec une intention bien disposée dont la descendance, avec les meilleures raisons, n'a pas facilement usé et n'a pas loué les détours inextricables ? 1 - En conséquence, de façon plus juste, nous pensons que l'envoi [en possession] sur le bien est tout à fait aboli au vrai pour tous, que tant aux légataires qu'aux fidéicommissaires, il impose une unique nature et qu'il procure non seulement une action personnelle, mais aussi une action sur le bien* (in rem)*, dans la mesure où il sera permis que ces mêmes biens, soit par n'importe quel genre de legs, soit par le biais d'un fidéicommis, avaient été laissés, de réclamer en intentant une action sur le bien et en outre, procurer l'action utile Servienne (c'est-à-dire hypothécaire) sur ce qui avait été laissé dans les biens du mort. 2 - En effet, du fait que cela, déjà, dans notre droit, s'est répandu de permettre au testateur l'action hypothécaire de ses biens à ceux auxquels il a voulu donner et que, de nouveau, de nouvelles constitutions ont introduit dans de nombreux cas des hypothèques tacites, il n'est pas sans intérêt aussi que nous, dans le présent cas, donnions une action hypothécaire qui, nul mot ne précédant, pourra être introduite par cette loi. 3 - En effet, si le testateur a laissé des legs et des fidéicommis pour que, par tous les moyens, les personnes honorées par lui les reçoivent, il apparaît à partir de sa volonté aussi que les actions ci-devant dites doivent être intentées contre les biens du testateur, afin que, par tout moyen, à la volonté du testateur, il soit fait satisfaction et particulièrement, lorsque les legs et les fidéicommis sont tels qu'à des actes pieux, ils sont assignés. 4 - Et nous disposons cela non seulement si, par l'héritier, le legs ou le fidéicommis a été laissé, mais aussi si, par le légataire, le fidéicommissaire ou une autre personne que nous pouvons alourdir avec le fidéicommis, le fidéicommis est laissé à quelqu'un. En effet, du fait qu'il n'est pas autrement valide, à moins qu'il n'offre quelque profit à celui par qui il a été laissé, il n'est en rien pénible, aussi contre lui, non seulement d'étendre l'action personnelle, mais aussi sur le bien* (in rem) *et hypothécaire sur les biens que, du testateur, il a obtenus. 5 - Mais, dans tous les cas de cette sorte, nous voulons que chacun soit cité à comparaître avec l'action hypothécaire pour autant que l'action personne, contre lui, se présente et que l'action hypothécaire n'appartienne pas à l'héritier lui-même ou à une autre personne qui a été alourdie avec le fidéicommis des biens, mais seulement de ceux qui, du testeur, à lui, sont arrivés ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Tout mot du testateur signifiant le sens légal de léguer ou confier en fidéicommis est utile et valide soit avec des termes directs, comme est "je commande" peut-être ou que de prières, le testateur use, comme "je demande", "je veux", "je donne mandat", "je confie en fidéicommis" ou qu'il ait posé un serment, quand cela, à nous qui l'avons entendu, a été communiqué, le testateur disant certes* ενορκω - je confirme par serment -*, les parties déchirant çà et là un mot de cette sorte. 1 - En conséquence, selon ce que nous avons dit, à partir de toute partie des termes, la volonté ne sera pas sans effet selon les termes de celui qui lègue ou de celui qui fait le fidéicommis et tout ce qui, naturellement, est présent dans les legs et les fidéicommis est entendu tenir et, en sens contraire, tout ce qui est confié en fidéicommis est entendu être un legs ; et s'il y a quelque chose de tel qui n'a pas la nature des legs, cela lui sera adapté à partir des fidéicommis et pour tout, l'issue sera parfaite, à partir de tout, naîtront des actions sur le bien* (in rem)*, à partir de tout, des actions hypothécaires, à partir de tout, des actions personnelles. 2 - Mais, quand quelque chose arrive de contraire dans les legs et les fidéicommis, cela, à un fidéicommis plus humain, sera associé et selon la nature de celui-ci, supprimé. 3 - Et personne qui meurt ne pensera que sa volonté*

civil n'a pas assez fait attention à limiter avec cela les aliénations, mais a aussi voulu que la livraison puisse arriver à partir d'une certaine origine [153] qu'elle soit fondée sur une bienveillance, comme des cadeaux, ou sur un contrat, comme une vente, un échange et les choses semblables, laquelle origine est appelée le titre [154] de la chose.

[**Note de Willem Schorer**
Mais le droit civil etc. Nous avons déjà traité du domaine éminent dans le liv. II, chap. III, § 2, sur la note 92, voir ci-dessous liv. III, chap. I, § 21.]

§ 3. En outre, bien que la transmission de la propriété, selon le droit naturel, peut bien arriver par toutes les personnes utilisant leur entendement, ainsi, le droit civil (en ne s'opposant pas au droit naturel, lequel avait autorisé chacun à aliéner son bien, mais n'avait fait aucun commandement là-dessus, mais bien plutôt, en suivant le conseil du droit naturel, lorsque celui-ci veut que que l'on ait égard à ce que personne, par lui-même, ne porte préjudice aux autres ou à la communauté et que toute fraude et insécurité de la propriété soient prévenues) a privé certains du pouvoir de pouvoir aliéner quelque chose par le biais d'une tradition, à savoir toutes les personnes **[81]** mineures [155], à l'exception des femmes dans

---

légitime est critiquée, mais il usera toujours de notre secours ; de même qu'aux vivants, nous avons pourvu, de même, aux morts, on sera attentifs ; et, si, spécialement, d'un legs, le testateur fait mention, cela est entendu comme un legs et un fidéicommis ; si, à la foi de l'héritier ou du légataire, quelque chose est confié, cela sera considéré être un fidéicommis. En effet, nous, non aux termes, mais aux biens eux-mêmes, nous imposons les lois ».

[153] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 4, 2 § 3 ; D. 22, 3, 25 § 4.

Extrait du livre LXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Pour la première espèce, les causes à partir desquelles cette exception aura lieu sont celles qui peuvent être traitées. Si, quelqu'un, sans cause, de quelqu'un [d'autre], a stipulé, qu'ensuite, à partir de cette stipulation, il a fait valoir son droit en justice, l'exception de dol, en tout cas, lui portera préjudice ; bien qu'en effet, à l'époque où il a stipulé, il n'ait rien commis avec un dol, cependant, il doit être dit que celui-ci, alors que le débat judiciaire a commencé, avec un dol, agit qui continue, à partir de cette stipulation, de réclamer ; et, si, alors qu'elle est interposée, il avait une juste cause, cependant, maintenant, il est considéré n'avoir aucune cause appropriée. Par conséquent, si, allant prêter de l'argent, il a stipulé et ne l'a pas prêté, et si la cause de la stipulation était certaine, qui, cependant, ne s'est pas ensuivie ou a été terminée, il faudra dire que porte préjudice l'exception ».*

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« 4 - Mais cela, quand, quant au paiement de l'indu, la question se trouve. Mais, si au contraire, une garantie est réputée, de façon indue, avoir été exposée et, confusément, le dit, alors celui pour lequel la garantie a été exposée est contraint de prouver qu'il y a une dette qui, dans la garantie, est amenée, à moins que celui-là même, spécialement, qui a exposé la garantie n'ait expliqué les causes pour lesquelles il avait écrit celle-ci ; alors, en effet, il faut que celui-ci s'en tienne à sa confession, à moins qu'avec des très claires preuves, dans des écrits, tenues, il ne se soit préparé à prouver qu'il n'avait pas indûment promis ».*

[154] (Note du traducteur) Le mot néerlandais est ici *aankomste* qui signifie *verbatim* "la venue, l'arrivée". Le traducteur en latin de cet ouvrage a choisi pour rendre ce terme le mot "titre", comme nous l'avons ici suivi.

[155] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

certains cas, dont il est parlé ci-dessus ; mais les biens des mineurs eux-mêmes doivent être délivrés par les tuteurs qui sont tenus , en considération des pupilles mineurs, de les entretenir, comme il est dit ci-dessus. Il a aussi interdit à tous les faillis ou banqueroutiers, c'est-à-dire, ceux qui se cachent ou s'enfuient avec des dettes impayées pour faire certaines aliénations de leurs biens par lesquelles les créanciers pourraient être en quelque façon lésés sous peine d'invalidité [156].

[**Note de Willem Schorer sur la note 156 de Groenewegen van der Made**

Ceux qui sont débiteurs, en prenant seulement la fuite, aident à cacher les biens, qui ont simulés être des créanciers, qui se sont occupés à se transférer les biens en fraude des créanciers, alors qu'en réalité, ils n'étaient pas créanciers, ou du moins, ne sont pas tenus de payer toute la dette sur ce montant, les actions leur ayant été cédées par les créanciers, s'ils ne sont pas solvables, Charles Quint a ordonné qu'il soient punis du fouet ou d'une autre peine arbitraire, dont fait mémoire dans la marge Groenewegen. Il a été statué de même dans le placard de Zélande du 11 décembre 1649, art. 15. Et tout ce qui est arrivé à de tels fraudeurs d'une quelconque façon, ils en sont tenus envers les créanciers, la fraude une fois découverte, avec une condiction à partir de la loi ou avec une action en fonction des circonstances du fait ; cela est vrai à un point tel que la sentence selon laquelle ils auraient pris quelque chose avec un droit de préférence, selon le droit lui-même, sera nulle et que les créanciers n'agiront pas même avec le secours de la remise en l'état initial, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 8, nb 20. Voyez aussi ci-dessous, liv. III, chap. I, § 19, sur la note 25.

Du reste, il est demandé si un fils pourra refuser, en fraude des créanciers, la succession de son père ou ne pas réclamer la part légale. Imaginons que les enfants ont été institués héritiers par le père. Voet, dans son lib. 42, tit. 8, nb 16, signale que la légitime et la Trébellianique sont des remèdes du droit dont quelqu'un peut user ou ne pas user selon son plaisir ; van Leeuwen signale que cela convient à nos usages dans sa *Censura forensis*, lib. II, cap. 12, nb 12. Il doit être autrement statué s'il a vendu à un autre la succession déjà déférée à lui ; en effet, personne ne peut vendre une succession s'il ne l'accepte pas d'abord et qu'il n'a pas transféré sur lui tout le droit du défunt ; ainsi, [le dit] ici Voet.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CXCIX. La loi de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 3, a déclaré que n'étaient pas nulles les aliénations faites en fraude des créanciers par ceux qui les ont déjà cédées dans le tribunal selon le droit lui-même ; il a été disposé avec soin dans différentes lois particulières de la Hollande qui se trouvent dans le *Groot Placaet-boek*, part. XLI, p. 468, et suivantes, et dans la loi générale zélandaise du 27 juin 1776, art. 18 et 22-24, que, peu avant la cession, elles ne soient peut-être pas faites à un seul créancier au préjudice des autres ; dans toutes celles-ci, les aliénations de cette sorte sont déclarées nulles, à moins qu'elles n'aient précédé de deux mois, six ou quatre semaines (en effet, le délai a été différemment déterminé dans les différentes lois) et, en outre d'autres précautions avaient été prescrites et employées dans ces lois.]

§ 4. Mais toutes les aliénations ci-devant [dites] étant faites par une personne qui est plus tenue qu'elle peut payer, tiennent ferme, à moins que, dans l'année après la connaissance par les créanciers, elles ne soient annulées [157], lesquels peuvent le faire, dans le cas où celui qui a

[156] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540 ; coutume d'Anvers, chap. 56 *(Du nantissement)*, art. 4 et 5.

[157] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 8, 1.

Extrait du livre LXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Ce qui aura été fait avec celui qui n'a pas ignoré la fraude, quant à cela, au curateur des biens ou à celui auquel, quant à cette affaire, il faudra accorder une action, dans l'année dans laquelle il y avait le pouvoir de faire valoir en justice son droit, j'accorderai une action. Cela aussi, contre celui qui a commis la fraude, je l'observerai". 1 - De façon nécessaire, le préteur a proposé cet Édit dans lequel il a avisé des créanciers en rappelant tout ce qui, en fraude de ceux-ci, a été aliéné. 2 - Le préteur, en conséquence, dit : "Ce qui, à raison d'une fraude, aura été fait" ; ces termes sont généraux et contiennent en eux absolument toute aliénation ou quelque contrat que ce soit fait en fraude. En conséquence, tout ce qui, à raison d'une fraude, a été fait, avec ces termes, est considéré être rappelé, quoi que cela ait été ; car ces termes ont une grande portée. (…) ».*

acquis les biens les a acquis pour rien ou pour une petite valeur, ou au moins, a eu connaissance que l'aliénation était faite pour léser [les créanciers] [158]. Dans de tels cas, la chose doit être rendue avec les fruits, avec le fait que, de l'autre côté aussi, soit rendu ce qui pourrait être payé là-dessus [159]. Cependant, un créancier n'étant pas tenu à plus qu'il a, il peut, pour une banqueroute, faire un paiement à ses créanciers [160].

[**Note de Willem Schorer**

Ici, l'auteur traite de l'action *paulienne* ; à cette occasion, il doit déjà être observé que, si le père à assigné aux [enfants] nés les biens maternels au-delà de la mesure, la fraude ayant été découverte et prouvée, l'assignation doit être annulée dans la mesure où elle dépasse la mesure, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 8, nb 6 et 15, où il est examiné plus longuement quand il y aura lieu à l'action ou quand elle cessera.]

[**Sur la note 160 de Groenewegen van der Made**

---

[158] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 8, 6 §§ 8 et 11, ou aussi, dans le cas où le débiteur, dans les quatre semaines après les ci-devant dites aliénations, vient à rompre, et les mêmes aliénations doivent être déclarées dans les huit semaines au secrétariat du domicile du débiteur sous peine d'invalidité, tout cela étant largement considéré par les *keuren* octroyées de Delft et Amsterdam.

Extrait du livre LXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Cet Édit punit celui qui, sachant que celui-ci, en fraude des créanciers l'a fait, a reçu ce qui, en fraude des créanciers, était fait ; c'est pourquoi, si quelque chose, en fraude des créanciers, a été fait, si, cependant, celui qui a pris l'a ignoré, sont considérés cesser [de louer] les termes de l'Édit. 11 - De la même façon, nous disons que, si, à quelqu'un, un don a été fait, il ne doit pas être demandé si, le sachant celui auquel le don a été fait, cela aura été fait, mais, seulement, si seront trompés les créanciers ; n'est pas considéré, d'une injure, être affecté celui qui l'a ignoré, alors qu'un profit en est arraché et un dommage n'est pas infligé. Contre ceux, cependant, qui, l'ignorant, de celui qui ne sera pas solvable, ont reçu la libéralité, une action devra être accordée dans la mesure où ils se sont enrichis, au-delà, non ».*

(Note du traducteur) Ici, une correction a été faite dans le manuscrit de Lund qui remplace le mot *inschuld* par *inschulders*.

[159] (Note de Groenewegen) Cela s'oppose au droit écrit, voir D. 42, 8, 7 et 8.

Extrait du livre LXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si le débiteur, en fraude des créanciers, à un moindre prix, a vendu un bien-fonds à un acheteur qui le sait, qu'ensuite, ceux auxquels, quant au rappel de celui-ci, l'action est accordée le réclament, il a été demandé s'ils devront en rendre le prix. Proculus pense que, de toute façon, doit être rendu le bien-fonds, même si le prix n'en est pas payé ; et cela a été dit dans un rescrit selon la sentence de Proculus ».*

Extrait du livre VI des *Interdits* de Vanuleius Saturninus : *« À partir de cela, il peut être rassemblé que pas même une partie du prix, à l'acheteur, ne doit être rendue ; il peut, cependant, être dit que cette chose, devant un arbitre, doit être rappelée, de façon à ce que, si les espèces payées, dans les biens, se trouvent, il ordonne que celles-ci soient rendues, parce qu'avec cette raison, personne ne sera trompé ».*

[160] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 8, 6 § 6, D. 42, 8, 10 § 16 ; D. 42, 8, 24 ; voyez les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 208 et 354.

Extrait du livre LXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Chez Labéon, il a été écrit que celui qui recevra son propre bien n'est considéré commettre aucune fraude, c'est-à-dire celui qui recouvrera ce qu'il lui est dû ; en effet, il n'est pas injuste que celui que le gouverneur, contre son gré, contraint de payer, impunément, ne paie pas ; en effet, la totalité de cet Édit regarde les contrats dans lesquels le préteur ne s'interpose pas, comme par exemple les gages et les ventes ».*

Extrait du livre LXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 16 - Si j'ai rattrapé mon débiteur et celui de plusieurs créanciers, s'enfuyant en emportant avec lui l'argent, et que je lui ai pris ce qui [m'était dû], la sentence de Julianus agrée qui dit qu'il importe beaucoup [de savoir], avant qu'en possession des biens de ce dernier, les créanciers soient envoyés, si cela a été fait, ou par la suite ; si [c'est] avant, cesse l'action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, si [c'est] après, à celle-ci, il y aura lieu ».*

Extrait du livre unique des *Questions traitées en public* de Scævola : *« Un pupille, pour son père, comme héritier, s'est présenté et, à un seul des créanciers, a fait le paiement ; bientôt, il s'est tenu à l'écart de la succession paternelle ; les biens du père sont vendus ; ce que le créancier a reçu devra-t-il être rappelé, afin qu'il ne soit pas d'une condition meilleure que les autres créanciers ? Nous distinguons si, par le biais d'une libéralité, il l'aura reçu ou non, de sorte que, si [c'est] par le biais de la libéralité des tuteurs, elle sera ramenée à la même part que les autres créanciers allaient apporter ; mais, si au contraire, de façon juste, il l'a réclamée et que les autres créanciers ont négligé le recouvrement, que, dans l'intervalle, le bien s'est détérioré avec la mort, avec la soustraction de biens mobiliers ou la mise au niveau du sol de biens [immobiliers], ce que le créancier aura reçu ne peut être retenu avec aucun pacte, parce que les autres créanciers doivent supporter la dépense de leur propre négligence. Qu'[en est-il] donc, si, alors qu'ils se trouvaient dans la situation que les biens de mon débiteur soient vendus, qu'il m'a payé l'argent, avec l'action, pourra-t-il le réclamer de moi ? Doit-on distinguer si celui-ci me l'a proposé ou si je le lui ai arraché contre son gré, de sorte que, si je le lui ai arraché contre son gré, il sera retenu et que, si je ne le lui ai pas arraché, il ne le sera pas ? Mais j'y ai veillé et ai rendu ma condition meilleure, et le droit civil, pour ceux qui sont vigilants, a été rédigé ; c'est pourquoi ne sera pas retenu ce que j'ai perçu ».*

Du fait que le droit a été écrit pour ceux qui veillent et qu'il m'est permis de veiller, il ne restera de doute pour personne que le débiteur endetté, mais qui ne cesse pas encore devant le tribunal, puisse payer à ce créancier-ci ou à ce créancier-là qui veille à lui comme [le dit] l'auteur ci-dessous dans le liv. III, chap. XXXIX, § 12, dans la note 1319. Et cela a été très récemment répondu à Zutphen le 28 novembre 1758, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 29, nb 1, p. 331. Il ne doit pas être distingué si le débiteur l'aura offert volontairement ou si le créancier le lui aura arraché contre son gré, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 8, nb 17Il n'importe en rien [de savoir] comment cela sera fait, si c'est avec une dation en paiement ou la remise d'un gage, voir Voet, nb 18. Tout cela procède ainsi, à moins qu'il n'ait été disposé dans un statut spécial urbain qu'un certain délai de temps était requis, et Groenewegen indique ici dans sa note que cela triomphe à Delft et Amstersdam . De même, cela a été consacré dans la loi de Gouda et de Leyde, voir Voet, lib. 42, tit. 8, nb 18, où quatre semaines sont requises et la Cour de Flandre a prononcé en 1720 qu'aucune cession n'était valide si elle n'avait pas été confirmée dans un délai de dix jours, voir *Précis du droit Belgique*, p. 182 ; et l'avisé Reitz, dans les notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht* (*Principes fondamentaux du droit de change*), chap. II, § 7, a très récemment enseigné que cela avait été soutenu en France sur les changes.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CC. Les aliénations faite à une période quelconque en fraude des créanciers par celui qui n'est pas solvable, mais qui n'a pas cessées dans le tribunal, ne sont pas nulles selon le droit lui-même, mais elles sont anhulées dans l'année avec l'action paulienne, celle-ci ayant été adoptée en la matière dans nos lois sans qu'il y ait besoin de la remise en l'état initial. Le prix qui n'est pas trouvé dans les biens du débiteur doit être restitué à l'acheteur qui a connaissance de la fraude, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 8, nb 19. Toutefois, le paiement non fait par une libéralité du débiteur à l'un des créanciers est valide, voir Voet dans ledit endroit, nb 17.]

§ 5. Dans les terres de Voorn, un créancier peut dénoncer et prévenir le transfert de la terre vendue par son débiteur jusqu'au moment où, de ses dettes, **[82]** il est satisfait ou qu'il est assuré du denier venant de la vente [161].

§ 6. Le même droit [civil] a aussi interdit à certains de pouvoir acquérir par le biais d'une tradition.

§ 7. Semblablement, anciennement, les personnes et les maisons ecclésiastiques se voyaient interdire d'acquérir certain bien immeuble de quelqu'un [162] ; et puisque les comtes de Hollande accordent parfois un telle chose, une telle autorisation est déclarée n'être d'aucune valeur.

§ 8. Aussi, tous ceux qui ont fait un mariage avec un jeune homme de moins de vingt-cinq ans ou une jeune fille de moins de vingt ans sans le consentement des parents, des amis et de la parenté ou du tribunal ne peuvent pas obtenir en propriété les biens des mêmes personnes puisque non mariées [163].

§ 9. Le même droit [civil] ne s'est pas contentée d'une tradition de toutes sortes, mais il a prescrit une manière certaine [pour savoir] comment certains biens devraient être livrés.

§ 10. Ici, maintenant, il y a une distinction entre un bien meuble et un bien immeuble.

§ 11. Car un bien meuble peut bien être livré de façon privée [164] ; certes, dans le cas où quelqu'un me vend ou me donne quelque chose de son bien que j'avais sous ma garde, cela est tenu pour livré [165].

---

[161] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* de Voorn de 1519, art. 60.

[162] (Note de Groenewegen) Voyez les placards signalés dans le livre I, dernier chapitre et ci-après, chap. XVI, dans la note **X**.

[163] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540, art. 11. Voyez le liv. I, chap. VIII, § 3 ; ci-après, liv. II, chap. XI, § 8, note 278, chap. XII, § 7, note 297, chap. XVI, § 5, note 345, liv. III, chap. II, § 10, notes 111 et 112, et §§ 24-25, notes 157 et 158.

[164] (Note du traducteur) C'est Grotius qui donne cette traduction de l'expression néerlandaise *onder de hand*, en indiquant en marge *privatim*, alors que l'on aurait cependant aussi pu traduire sans cette indication "de la main à la main".

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCI. Bien qu'avec une simple tradition, les biens meubles, aussi selon le droit de Hollande, soient à bon droit aliénés, comme les chirographes des dettes publiques qui sont appelés des "obligations" (*Obligatien*), il y a cependant une exception pour les plus grands navires et les instruments d'où des revenus annuels sont réclamés qui, pour que le tribut du quarantième ne soit pas fraudé, doivent être délivrés en présence du juge ou cédés en justice. Toutefois, les navires plus importants sont ordinairement cédés à Amsterdam en présence d'un notaire et de témoins, voyez Arent Lybrecht, *Redeneerend vertoog over de notaris-ambt*, t. I, p. 10.]

§ 12. Semblablement aussi, les fruits dont jouit le locataire sont tenus comme livrés par le propriétaire et la marchandise enfermée dans un hangar est tenue pour livrée par le biais de la délivrance des clés [166].

[**Note de Willem Schorer**

La marchandise enfermée etc. Nous traiterons ci-dessous, liv. II, chap. XLVIII, § 28, sur la note 1128, de cette tradition symbolique.]

§ 13. Mais un bien immobilier, comme les maisons, les terres, les héritages, n'étaient aussi, anciennement, dans beaucoup d'endroits en Hollande, pas tenus **[83]** pour livrés, à moins que la livraison se produise devant le tribunal des places où le bien est situé. La livraison étant autrement faite était de nulle valeur ; ce droit, à l'époque de l'empereur Charles est devenu commun dans ces pays [167] et il y a été ajouté par les États que les livraisons sont enregistrées dans un registre et que, provenant d'une vente ou d'un échange, un quart de denier doit être payé au profit de la République sous peine d'être de nulle valeur [168].

[**Note de Willem Schorer sur la note 167 de Groenewegen van der Made**

La tradition allodiale est faite en présence du tribunal du lieu, la féodale, en présence de la cour féodale, comme le dit l'auteur ci-dessous, liv. II, chap. XLII, § 2, note 1022 ; pour la tradition sous féodale, la cour du seigneur qui donne en arrière-fief doit être approchée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, nb 38. La tradition des immeubles ou de ceux qui sont tenus à la place d'immeubles est n'est à bon droit faite, si ce n'est une fois payé le prix du quarantième de la valeur. En Zélande la cinquantième doit être payé, voir ordonnance sur le cinquantième du 15 septembre 1761, art. 3. Il n'est pas requis que l'acheteur soit présent pour ces solennités du fait que [le bien] sera à bon droit délivré à son procurateur pourvu d'un mandat spécial, pourvu qu'ils soient livrés non ailleurs qu'en présence du tribunal du lieu où ils sont situés, comme [le dit] ici Voet, nb 38 et 39. Si Titius vend à Mævius, que Mævius vend de nouveau à Sempronius, il ne suffit pas que le bien vendu par Titius soit livré à Sempronius, mais il y a besoin d'une double tradition et du paiement du quarantième, voir le placard du quarantième de 1671, art. 16. Si, à raison du prix non payé, le vendeur recouvre le bien, en dehors du quarantième déjà payé de la valeur, il doit en outre un autre

---

[165] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 44.

« § 44. Parfois aussi, sans tradition, la pure volonté du propriétaire suffit pour transférer un bien, comme si t'était vendu ou donné un bien que quelqu'un t'avait prêté à usage ou loué ou, chez toi, déposé. En effet, bien qu'à partir de cette cause, il ne te l'ait pas livré, cependant avec cela même qu'il souffre qu'il soit le tien, immédiatement, t'est acquise la propriété de la même manière que si, à ce titre, il avait été livré ».

[166] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 45.

« § 45. De même, si quelqu'un a vendu des marchandises déposées dans un hangar, dès qu'il a délivré les clés du hangar à l'acheteur, il transfert la propriété des marchandises à l'acheteur ».

[167] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 9 mai 1529.

[168] (Note de Groenewegen) Voir l'art. 11 du placard concernant les 40 deniers. La même chose a aussi lieu dans les baillages qui sont sous la charge des quatre grands. Voyez ci-après, le chapitre XLVIII, note 39. À savoir à l'égard de la troisième personne qui serait lésée et endommagée par cela ; mais non pour autant que cela concerne le vendeur et l'acheteur. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur *Institutes*, III, xxiii *(De la vente et de l'achat)*, § 3 ; voyez en outre le chap. XI, § 7, note 276.

quatre-vingtième, voir ledit placard du quarantième, art. 34. Le statut est différent en Zélande où le cinquantième doit être payé deux fois, si le vendeur n'a pas reçu de l'acheteur le bien vendu, à moins que, dans les six semaines, les parties ne se retirent de part et d'autre de l'achat et de la vente, aucune profit n'en ayant été perçu ; quant à cela, les contractants, ayant été requis, doivent se purger avec un serment que cela n'a pas été fait en fraude du cinquantième, voir ladite ordonnance, art. 11. Parfois, cependant, la tradition solennelle et le paiement du quarantième cessent et seule suffit la transcription, à savoir si les biens passent au titre d'un legs, d'une succession, d'une dot, d'une communauté statutaire, comme [le dit] plus abondamment Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, nb 41, voir Groenewegen dans sa note ci-dessous, liv. II, chap. XI, §7, note 276. Le prêt maritime à intérêt est exempt de cette charge, ainsi que les autres choses qu'indique van Zurck, *Codex Batavus*, § 16, pour moi p. 582.

Ainsi, en Zélande, les biens propres, s'ils sont vendus au fisc, ne sont pas soumis au cinquantième, voir l'ordonnance du cinquantième, art. 14. Et aussi, l'un des héritiers qui achète les biens immeubles du défunt est exempt, à la faveur de sa part héréditaire, du paiement du cinquantième, voir ici même, art. 17.

L'auteur traite aussi de la nullité si la chose n'est pas solennellement livrée et si le paiement du quarantième n'est pas fait, ce qui a aussi été statué en Zélande, voir l'ordonnance du cinquantième, art. 23. Cette peine n'a pas été introduite pour l'utilité du vendeur, mais pour qu'il soit donné un secours au tiers qui souffre un dommage à partir d'une telle vente, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, nb 42, où il indique l'édit publié sur cette matière le 10 mai 1529 par Charles Quint, voir vol. I, p. 374, l'ordonnance de Hollande sur le quarantième du prix, art. 13, voir vol. I, p. 1957, et du 16 avril 1671, art. 32, voir vol. III, p.1011.]

[***Theses selectæ*** **de Dionsus Godefried van der Keessel**

CCII. L'aliénation des biens meubles, selon le droit le plus ancien (*Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 32) et l'édit de Charles Quint du 10 mai 1529, ne peut être faite sans une cession solennelle en justice en présence du juge du lieu et en outre, à partir des différentes lois des États, dont la dernière est du 9 mai 1744, sans faire le paiement du quarantième du prix au trésor public. La cession ayant été faite, la propriété passe, bien que l'instrument d'où il est établi quant à la cession, n'ait pas encore été délivré, un conseiller étant en vain en désaccord, voir Tobias Boel sur Loen, *Decisiones*, cas. 17, p. 157 et suivante.

Cependant, pour une hypothèque légale et les aliénations au titre d'une dot, d'une communauté conjugale, d'un pacte prénuptial, d'un testament et d'un partage de succession, pourvu que le prix n'excède pas la part héréditaire, de celle-ci, il n'y a pas besoin pour la cession en justice. Les deux choses ont été approuvées dans le droit de Zélande, voir la *Keur* de Zélande, chap. 2, art. 11 ; les coutumes de Middelburg, rubr. 8, art. 2.]

§ 14. Cependant, pour ce qui regarde la livraison qui suit un vente d'un bien meuble, il y a à remarquer qu'avec cela, la propriété ne passe pas, à moins que le vendeur n'ait payé de prix d'achat ou que le vendeur ne lui en ait fait crédit [169].

[169] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 41 et là, les docteurs ; D. 14, 4, 5 § 18 ; D. 18, 1, 19 et là, Buys, nb 6-7 ; dans ce cas, que la vente soit faite à terme ou à un prix comptant, l'acheteur peut encore toutefois poursuivre le bien vendu, l'acquérir et en être le propriétaire dans le cas où le vendeur peu après rompt, s'enfuit ou se cache sans payer d'une telle façon que le juge puisse en observer la mauvaise foi et la fraude du vendeur ; voir coutume d'Anvers, tit. 58, art. 7 ; Papon, *Arrêts*, liv. XVIII, tit. 5, art. 46 ; Gail, *Observationes*, II, obs. 15, nb 8 avec le suivant ; Nicolaas Evraerts, avis 209, nb 9 ; Hartman, *Observationes*, tit. 27, obs. 16, nb 9 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden,* chap. I, avis 127. Cela est aussi jugé par la Cour de Hollande, voir Nieuwstad, *Supremæ Curiæ decisiones*, décis. 5 et à l'égard des biens vendus à prix comptant à Amsterdam, la *keur* du 6 février 1530 imprimée en 1624 dans les privilèges d'Amsterdam, p. 108 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. I, avis 245, 253, 285 et 286. Mais lorsque quelqu'un vend à Amsterdam une certaine marchandise à une personne qui vient à faillir ou à rompre dans la journée, dans les deux ou trois jours après, le vendeur peut ainsi ne pas reprendre les ci-devant dites marchandises après lui, bien que celles-ci soient encore dans le patrimoine de l'acheteur ; mais il doit là-dessus, semblablement aussi sur les autres biens de l'acheteur et du failli, concourir avec les autres créanciers personnels seulement livre pour livre. Voir *coutumes d'Amsterdam* confirmées par plusieurs témoins devant le tribunal le 15 avril 1617 et imprimées avec les privilèges d'Amsterdam en 1624, p. 98.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCIII. La vente et la tradition du bien vendu, le prix n'ayant pas été payé, ni la foi quant au prix n'ayant été tenue, ne transfère pas la propriété à l'acheteur, bien qu'il n'ait pas été dit que le bien était vendu à la faveur d'un argent préparé (voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 33 ; les privilèges d'Amsterdam, p. 502 et p. 520, et la nouvelle loi du 27 janvier 1741 ici même) ; toutefois, une autre chose a agréé aux gens de Middelburg, voir les coutumes de Middelburg, rubr. 8, art. 3. À Amsterdam, l'acheteur doit être empêché dans les six semaines et appelé en justice le sixième jour qui suit pour payer le prix ou le bien lui-même vendu doit être interdit avec un arrêt dans les six semaines, voir dans les statuts du 31 janvier 1658, du 10 février 1682, du 18 septembre 1697 et du 27 janvier 1741, les privilèges, p. 503, 504 et 520 ; et à Leyde, le prix doit être réclamé dans les quatorze jours, l'action doit être intentée dans le jour qui suit et être poursuivie sans interruption, voir la loi du 31 septembre 1659 ; Mieris, *Privilèges de Leyde*, p. 251.

CCIV. Celui qui, sachant qu'il n'est pas solvable, achète avec un dol le bien à un autre et l'a cédé peu après devant le tribunal, bien que la foi quant au prix ne lui ait pas été tenue, doit le rendre à celui qui réclame le bien ; ce qui semble avoir été reçu, le statut éclairant devant à Anvers (voir les coutumes d'Anvers, tit. 5 8, art. 7 ; voyez aussi les coutumes de Flessingue, chap. 7, art. 6, p. 70), à l'encontre de la coutume d'Amsterdam (sur laquelle voyez le témoignage du 15 avril 1617, *Privilèges*, p. 505) et contre la raison du droit sur laquelle s'appuie Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 15, p. 499 et suivante, et dans les décisions des deux Cours, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, n° 118 ; Nieuwstadt, *Decisiones Supremæ Curiæ*, decis. 8.]

[84] § 15. La livraison peut être faite par le propriétaire lui-même ou par son agent [170].

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 14 et 15, notes 169 et 170 de Groenewegen van der Made**

L'acheteur n'acquiert pas la propriété autrement que si le prix a été payé au vendeur et cela est vrai, bien que le bien ait déjà été livré à l'acheteur. De là , il s'ensuit que, contre un quelconque possesseur, la revendication du bien se présente, comme l'a longuement prouvé van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 19, nb 20. Cela a été ainsi répondu dans les *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 47, p. 111, aux mots *ten derden* – "en troisième lieu", à moins que l'acheteur, comme [le dit] ici l'auteur, n'ait tenu la foi du prix à l'acheteur, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, cap. 8, nb 1. Ce qui trompe cependant de nouveau, si le vendeur n'a pas encore livré les marchandises vendues, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 28, defin. 7, nb 6.]

§ 16. Un capitaine peut aussi par nécessité vendre et livrer aussi bien les cordages du navire que le bien des marchands, étant obligé de faire une compensation aux propriétaires [171].

« § 41. Mais, si, certes, à partir d'une cause de donation, de dot ou de n'importe quelle autre cause, ils sont livrés, sans aucun doute, ils sont transférés ; mais le biens vendus et livrés ne sont pas autrement acquis à l'acheteur que si celui-ci, au vendeur, en a payé le prix et, d'une autre façon, lui en a fait satisfaction, comme en donnant garantie ou en donnant un gage. Cela est certes disposé aussi dans la Loi des XII Tables ; cependant, à bon droit, il est dit que, selon le droit des gens, c'est-à-dire selon le droit naturel cela est fait. Mais, si celui qui a vendu a suivi la foi de l'acheteur, il doit être dit qu'immédiatement, le bien devient celui de l'acheteur ».

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 18 - Mais, si j'ai donné ma marchandise à vendre et qu'elle existe [encore], voyons s'il n'est pas injuste que je sois appelé dans la répartition. Si certes, j'ai changé de nature envers lui dans le prêt, le partage aura lieu ; le fait est que, si je n'ai pas changé de nature, parce que les biens vendus ne cessent autrement pas d'être mes biens, bien que je les aie vendus, si ce n'est une fois l'argent payé, un garant donné ou ayant autrement fait satisfaction, il faudra dire que je peux les revendiquer ».*

Extrait du livre XXXI *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Ce que j'ai vendu ne devient pas [propriété] de celui qui le reçoit autrement que si le prix nous en a été payé, s'il a été fait à ce titre satisfaction ou aussi, si nous avons eu confiance en l'acheteur sans aucun paiement ».*

[170] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 42.

« § 42. Il n'importe en rien [de savoir] si le propriétaire lui-même livrera à quelqu'un le bien ou, avec son consentement, un autre ».

[171] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 69 et 70 ; le placard du roi Philippe II du 31 octobre 1563, tit. 2 Des patrons, art. 12.

Lois de Wisby, art. 69 : *« Quand le maistre est contraint de vendre aucunes marchandises, il est tenu de les payer au prix que les autres marchandises seront venduës estant arrivé au port de salut, et sera aussi le maistre payé de son fret pour lesdites marchandises vendues ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 171 de Groenewegen van der Made**

Ce qui dit ici l'auteur des lois de Wisby, doit être entendu si les armateurs sont absents ; en effet, les présents doivent procurer l'argent au préfet du navire ; si celui-ci ou celui-là l'a refusé, lorsque la plus grand nombre y avait déjà consenti, alors, le patron recevoir un prêt et mettre en gage la part de celui qui refuse à la faveur du paiement, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 52, nb 7.]

§ 16a. Selon la coutume, un marchand reçoit la propriété des biens par l'intermédiaire de son représentant qui a acheté ces biens par un mandat et les moyens de son principal, bien qu'au nom du représentant, dans le cas où ceux-ci ne sont pas vendus] [172].

§ 17. En outre, puisque le droit civil peut non seulement limiter le pouvoir de quelqu'un sur l'emploi de sa propriété, mais aussi pour raisonnablement prendre la propriété [173] et la donner à un autre, il y a ainsi que parfois aussi, la propriété passe par le commandement de la loi comme à raison du propriétaire.

§ 18. Aussi, le tribunal fait livraison au créancier du bien du débiteur ou de l'argent qui en vient [174].

Art. 70 : *« Un Navire estant à la voile fait dommage à un autre ; si le maistre et les matelots jurent qu'ils ne l'ont pas fait exprez, et qu'ils ne l'ont peu esviter, le dommage sera payé par moitié, et s'ils refusent à jurer, il sera payé par le navire qui aura chassé et couru sus ».* Voir Cleirac, *Les us et coustumes de la mer*, *op. cit.*, p. 168.

Ord. de 1563, tit. 2, art. 12 : (notre traduction du néerlandais) *« Dan le cas où un patron qui est le maître d'un navire appartenant à différents armateurs qui setrouvent endehors du pays, était en nécessité d'argent, il ne pourra pas vendre le navire sans le consentement de ceux-ci, mais il pourra prendre une bomerie sur lui ou vendre des biens chargés dedans suivant cette ordonnance. Et, s'il n'a pas pu trouver une bomerie ou aussi n'a pas pu charger quelque bien, ou n'a pas pu les vendre, il pourra dans ce cas mettre en gage ou vendre les cordages avec le conseil de ses matelots ».* Voir pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, t. IV, p. 69.

[172] (Note du traducteur) Ce paragraphe a été rajouté dans le maunuscrit de Lund.

[173] (Note de Groenewegen) Voir les docteurs sur D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 11, et à la fin du Sexte, la règle 23 et là, Dino de Mugello.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qui est nôtre, sans notre fait, ne peut être transféré à autrui ».*

Règle 23 du Sexte : *« Sans une faute, à moins que la cause ne subsiste, personne ne doit être puni ».*

[174] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 8, 22 *(Si, dans la cause d'une chose jugée, un gage a été pris)* ; D. 42, 1, 15 § 3 ; C. 7, 53, 3 et C. 8, 33, 3.

Le titre en question du Code comporte en tout 3 constitutions.

Extrait du livre III *De l'office de consul* d'Ulpien : *« 3 - Si les gages qui ont été pris ne trouvent pas un acheteur, il a été dit dans un rescrit par notre empereur et son divin père que ceux-ci mêmes sont ajoutés à ce à quoi quelqu'un a été condamné, mais ils sont ajoutés en tout cas dans ce montant qui est dû. Car, si le créancier a préféré posséder des gages sur le crédit et que celui-ci s'en est contenté, il a été dit dans le rescrit que celui-ci ne pouvait pas réclamer plus que ce qui lui était dû, parce que, comme avec un pacte, est considéré avoir transigé quant au crédit celui qui s'était contenté de posséder les gages et qu'il ne peut pas, sur un montant certain, détenir les gages et réclamer le surplus ».*

Constitution d'Antonin adressée à Agrippa et donnée en 214 : *« Le règlement de la chose administrée et le retard du paient qui est intervenu, de façon plus constante, souhaite u remède. C'est pourquoi, si tu es allé trouver le gouverneur de la province qui doit suivre la chose jugée et que tu as allégué que les biens du sol qui, en gage, ont été donnés, vendus à l'encan à partir d'un pacte ou par l'ambition d'une partie différente, ne trouvaient pas d'acheteur, en possession de ceux-ci, il te mettra afin que, même avec ce remède, une affaire aussi longtemps traînée soit conduite à un effet ».*

Constitution de Justinien adressée au préfet du prétoire Démosthène et donnée en 530 : *« Nous avons estimé qu'il fallait totalement retrancher le très ancien respect qui s'illustrait dans enseignements mêmes des choses, mieux qu'il fallait le corriger par des remèdes plus clairs. En conséquence, relativement aux gages que quelqu'un désire posséder par de droit du propriétaire, l'affichage public et l'année de paiement ont été anciennement introduits. Mais nous n'avons vu ni entendu que le gage ait été publiquement affiché (si ce n'est seulement dans la lecture des ouvrages). 1 - C'est pourquoi, nous consacrons que, si quelqu'un a gagé son bien à son créancier, si du moins il y a veillé dans l'accord, de même que le gage doit être vendu au détail, soit en temps opportun, soit en d'autres convenus, ceux-ci, au sujet desquels on s'est accordé entre créancier et débiteur, soient observés. Mais si aucun accord n'était intervenu, il sera donné autorisation au prêteur, sur le fondement d'une notification ou d'une sentence judiciaire, après les deux années à partir desquelles la notification a été envoyée ou la sentence a été portée, en faisant le compte, de vendre le bien. 2 - Mais s'il n'est personne qui veuille l'acheter et qu'il est nécessaire au créancier du moins de le posséder par le droit du propriétaire, pour les cas de cette espèce, nous jugeons que cette cause doit être observée, de sorte que, soit que le débiteur soit présent, et la notification lui sera envoyée après les deux ans, soit qu'il soit absent, et le créancier réclamera au tribunal provincial et pressera le juge d'informer combien*

§ 19. Ainsi font aussi l'intendant des digues et les inspecteurs des digues pour la délivrance de la garde de la terre qui est redevable pour les digues et celle-ci ne pouvant pas le faire de toute terre appartenant au même propriétaire à l'intérieur de la garde, cela est appelé le droit de *Spa[a]steeking* [175] ; et, lorsque cela n'est pas encore suffisant, tout le bien du dernier propriétaire voisin situé à l'intérieur de la même garde et ainsi de suite, du propriétaire qui en a été le plus près et encore, au reste, jusqu'à l'accomplissement ; cela est appelé le droit de *Boezeming* [176].

*

[85] Chapitre VI
De l'acquisition des fruits

§ 1. SANS LE CONSENTEMENT DU PRÉCÉDENT PROPRIÉTAIRE, on acquiert PAR LE BIAIS D'UNE POSSESSION LES FRUITS SEULEMENT ou UN BIEN DE TOUTE SORTE [177].

---

de temps celui-ci le recherchera, après avoir statué d'un temps certain pour cela, de sorte que devienne manifeste pour le débiteur, par l'intermédiaire de l'office du juge, ce qui a été réclamé par le créancier ; et un délai certain sera établi durant lequel, si le débiteur a été trouvé, celui qui a reçu l'argent dû doit présenter la dette et recouvrer le gage. 3 - Si au contraire, il n'avait en aucune manière été trouvé, le juge délimitera un délai certain durant lequel la possibilité lui sera donnée de se manifester, d'offrir l'argent et de libérer le gage de la mise en gage. 3a - Si au contraire, dans le délai fixé, il n'a pas été trouvé ou n'a pas voulu offrir tout l'argent prêté, alors, le créancier ira trouver le faîte impérial et, en présentant ses prières, avec un droit de propriété, demandera d'avoir ce même bien et l'obtiendra à partir de l'oracle impérial en sa propriété. 3b - Et, après que cela a suivi, en considération de la piété, le débiteur aura dans le délai de deux ans, sur son bien, un retour humain à compter à partir du jour de l'oracle impérial et il lui sera permis, au créancier qui en a déjà été fait propriétaire, d'offrir la dette avec les intérêts, des dommages ayant été portés au créancier avec son défaut, dont le créancier doit indiquer le montant sous son serment, de recouvrer son gage. 3c. - Si au contraire, les deux ans sont écoulés, très pleinement, le créancier, de même, propriétaire aura le bien devenu irrévocable. 4 - Mais, si, certes, moins est trouvé dans le gage et plus dans la dette, en ce qu'il est connu être riche, pour le créancier, tout le compte sera entier. 4a - Si au contraire, des deux côtés, le montant est trouvé égal, sans aucun doute, il conservera tout le bien donné en gage. 4b - Si au contraire, il est fait moins dans la dette et plus dans le gage, alors, en ce que la dette excède pour le débiteur tous les droits, comme entiers, avec notre loi, seront conservés, envers les créanciers, certes, elle n'est pas mise à la place de l'intérêt, mais envers les autres créanciers du débiteur ou envers le débiteur lui-même, elle est conservée. 4c - Et, afin qu'à partir d'une mise en commun, quelque difficulté ne soit pas faite, la permission sera accordée au créancier ou au propriétaire d'offrir l'évaluation du superflu au débiteur ou au créancier avec la garantie appropriée présentée pou lui. 5 - Si au contraire, au vrai, le créancier, après qu'il le possède avec un droit de propriété a préféré le vendre, il lui sera certes permis de le faire, si quelque chose vient en plus, pour le débiteur, de le conserver. 5a - Si au contraire, un doute était né à la faveur de la vente, vu que faite à un vil prix, le créancier sera contraint de prêter le respect du serment, [disant] que, d'aucune machination ou d'une duperie, il n'a fait usage, mais qu'il a vendu le bien à un aussi grand prix qu'il a pu le vendre et qu'il a seulement rendu ce qui avait été considéré, à partir du serment, comme superflu. Si au contraire, à partir du serment, le créancier est trouvé avoir eu moins, sur le reliquat, il aura une action entière. 6 - Nous voulons que soit du ressort de la dispute judiciaire l'évaluation du gage, tant que, chez le créancier et le propriétaire lui-même, il reste, que le montant pour la dette soit plus élevé ou moindre, afin que ce que le juge aura sur cela établi se présente dans l'évaluation du gage ».

[175] (Note du traducteur) Dans une note faite à ce sujet, le traducteur anglais vient préciser le sens de cette expression qu'il a repris au commentaire de van der Keessel ici, qui explique le mot comme signifiant "le droit de quitter les terres à raison des charges des digues en plaçant ici une houe en signal". Effectivement, le mot néerlandais *Spaa* ou *Spade* signifie "bêche" ou "houe", un instrument utilisé par un laboureur, et *Steeking* signifiant "action de ficher, de piquer".

[176] (Note du traducteur) Le mot *Boezem* signifie "gorge, sein", mais aussi "origine, source, golfe". Il semble que *Boezeming* signifie ici supporter la responsabilité de l'entretien des digues en revenant à sa source, déterminant ainsi à la terre à laquelle se rattache proprement cette responsabilité. Cf. S. J. Fockema Andreæ, *Inleiding* …, Aanteekeningen, vol. II, p. 117-118.

(Note de Groenewegen) Voir le privilège de la Hollande du Sud, p. 88.

[177] (Note de Groenewegen) Pour ce qui est compris sous cela dans les lois, voyez D. 24, 3, 7 §§ 12-13 ; D. 22, 1 19, 28 et 36 ; D. 6, 1, 62 ; D. 7, 5, 3 et 4 ; D. 50, 16, 131 et là, Gœddeus.

Extrait du livre XXXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 12 - Si la femme a donné le bien-fonds à son mari en dot et que celui-ci, de là, a abattu des arbres, si ceux-ci, comme fruits, sont entendus, à la faveur de la partie de l'année, ils doivent être rendus (mais je pense que, si les arbres ont été abattus ou mis en fagots, il doit être dit qu'en fruit, ils échoient), sinon, comme s'il avait rendu le bien-fonds plus mauvais, le mari en sera tenu. Mais, si, avec la violence d'une tempête, ils sont tombés, il doit être dit que leur prix doit être rendu à la femme et qu'en fruit, il n'échoit pas, pas plus que si un trésor avait été trouvé ; dans le fruit, en effet, il ne sera pas*

§ 2. Les FRUITS SEULEMENT sont acquis par une possession quand la possession est de bonne foi [178]. Et les fruits sont actuellement consommés, d'une façon telle que le possédant de bonne foi est en cela assimilé à un usufruitier [179].

---

compté, mais la moitié de celui-ci sera rendue comme ayant été trouvé sur le terrain d'autrui. 13 - Si le mari, sur le bien-fonds dotal de sa femme, a trouvé des carrières de marbre et que le marbre a rendu le bien-fonds de plus de fruit, quant à ce qui en a été abattu et non exporté, la dépense du mari ne doit pas lui être payée, parce que, dans le fruit, le marbre ne se trouve pas, à moins qu'il ne soit tel que la pierre, ici, renaisse, comme elles le sont en Gaule et en Asie ».

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit de l'édile curule* d'Ulpien : *« Il faut cependant savoir certaines choses et, si [un vendeur] a dit qu'il ne devait pas garantir, à savoir ce qui regarde la simple louange d'un esclave, comme s'il avait dit [qu'il était] frugal, honnête et obéissant envers ce qui a été dit. En effet, comme l'écrit Pedius, il est d'un grand intérêt que, pour recommander l'esclave, il ait dit quelque chose. 1 - Clairement, s'il a dit qu'il n'était pas un joueur de dés, qu'il n'était pas un voleur ou qu'auprès d'une statue, il ne s'était jamais réfugié, il faut qu'il le garantisse. 2 - Ce qui a été dit, d'une promesse, se distingue ainsi : [c'est] ce qui, en un mot seulement, a été déclaré et, avec un simple propos, se termine ; mais ce qui a été promis peut être renvoyé vers une simple promesse, une offre ou un engagement solennel. Selon ce que commencera celui qui, quant à une cause de cette sorte, au stipulant, à promis, sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu)*, il peut être cité en justice et aussi avec les actions en reprise* (actiones redhibitoriæ) *; ce n'est pas nouveau, car celui qui peut, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, être cité en justice, de même, peut aussi, avec les actions en reprise* (actiones redhibitoriæ)*, être cité en justice. 3 - Mais seuls les propos ou les promesses doivent être reçus, quoi qui soit dit, d'une façon telle qu'ils soient garantis, non pour être rejetés. 4 - Il faut savoir ceci : si quelqu'un a promis ou a dit que [l'esclave est] un artisan, il ne doit en tout cas pas le fournir comme parfait, mais, dans quelque mesure, expérimenté, afin que tu n'en reçoives pas [un] de la plus haute science ou, inversement, [un] qui est ignorant de sa profession ; en conséquence, il suffira qu'il soit tel que ceux qui sont communément appelés des artisans. 5 - Ensuite, les édiles disent : "à l'acheteur et à tous ceux auxquels ce bien appartient, nous accorderons l'action". Ils offrent à l'acheteur l'action, et aux héritiers de celui, à l'ensemble du droit duquel ils succèdent. Nous devons recevoir comme acheteur celui qui, pour un prix, achète. Mais, si quelqu'un a fait un échange, il faut dire que les deux sont tenus à la place de l'acheteur et du vendeur et que les deux peuvent, sur le fondement de cet Édit, faire valoir leurs droits en justice. 6 - Le délai de la reprise comporte six mois utiles ; mais, si l'esclave n'est pas repris, mais qu'en diminution de son prix, l'on agit en justice, il y a une année utile. Mais le délai de la reprise court à partir du jour de la vente ou, s'il a été dit ou promis quelque chose, à partir de celui dans lequel il a été dit ou promis quelque chose ».*

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* de Gaius : *« Si le vendeur, quant à ce qui, dans l'Édit des édiles, est compris, ne donne pas garantie, est offert contre lui l'action de reprise durant deux mois ou l'action en diminution de prix durant six mois ».*

Extrait du livre XXIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si plusieurs esclaves, à un seul prix, sont vendus et que, quant à un seul d'entre eux, nous usons de l'action édilicienne, ainsi seulement, à la faveur de sa qualité, l'évaluation sera faite, si, pêle-mêle envers l'ensemble des esclaves, le prix a été établi ; si, le prix de chacun des esclaves ayant été établi, l'ensemble est vendu pour autant qu'à partir de la somme de chacun, cela était fait, alors, nous devons rechercher le prix de chaque esclave, qu'il soit plus ou moins cher ».*

Extrait du livre VI des *Questions* de Papinien : *« Si un navire, d'un possesseur de mauvaise foi, est réclamé, les fruits doivent être évalués, comme dans une auberge ou sur une terre qui sont ordinairement louées. Cela n'est pas contraire au fait que, quant à l'argent mis en dépôt qu'un héritier n'a pas touché, il n'est pas contraint de payer les intérêts ; car, quoique surtout le prix d'un transport, comme l'intérêt, par nature, n'arrivent pas, mais que, légalement, [l'intérêt] soit perçu, cependant, le prix d'un transport peut être souhaité, parce que le possesseur du navire ne doit pas garantir au demandeur le risque, du fait que l'argent, au risque de celui qui le donne, est prêté à intérêt. 1 - Mais, de façon générale, quand, quant à l'évaluation des fruits, la question est posée, il est établi que l'on doit faire attention à ce que le possesseur de mauvaise foi n'ait pas les fruits, mais que le demandeur ait pu avoir les fruits, s'il lui était permis de posséder. Julianus approuve aussi cette opinion ».*

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« D'après cela, de tous biens, l'usufruit pourra-t-il être légué ou aussi celui des dettes ? Nerva le refuse ; mais est plus vrai ce que Cassius et Proculus pensent, [à savoir] qu'il peut être légué. De même, cependant, Nerva écrit aussi qu'au débiteur lui-même, peut en être légué l'usufruit et que devront lui être remis les intérêts ».*

Extrait du livre Ier *Sur Neratius* de Paul : *« En conséquence, une garantie aussi, de celui-ci, devra être réclamée ».*

Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La "fraude" est une chose, la "peine" une autre chose. En effet il peut y avoir une fraude sans peine ; il ne peut y avoir de peine sans fraude. La peine est la rétribution d'un délit ; la fraude est appelée le délit lui-même, comme si [elle était] la préparation à une certaine peine. 1 - Aussi, entre une "amende" et "une peine", y a-t-il une grande différence du fait que la pénalité est une dénomination générale, le châtiment de tous les délits, l'amende [est] spéciale pour une erreur, dont la punition est aujourd'hui pécuniaire ; aussi la peine n'est-elle pas seulement pécuniaire, mais est ordinairement infligée comme capitale et [concerne] la réputation ; et l'amende, certes, vient du jugement de celui qui énonce l'amende ; on n'inflige pas de peine, à moins qu'elle n'ait été imposée par chaque loi ou par quelque autre article spécialement pour ce délit ; mieux, on parle d'amende là où une peine spéciale n'a pas été imposée. De même, peut prononcer une amende celui à qui une juridiction a été donnée. Il a été permis par des instructions des empereurs* (mandata) *que seuls les magistrats et les gouverneurs des provinces peuvent prononcer une amende ; mais tous ceux auxquels appartient la poursuite de ce crime ou du délit, peuvent infliger une peine ».*

[178] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 35 ; D. 41, 1, 48 ; Sande, *Decisiones Frisicæ*, liv. III, tit. 15, defin. 1 ; Fachinæus, *Controversiarum opus in quatuor tomos sectum, primum complectitur libros I, II,III, secundus, IV, V, VI, tertius VII, VIII, IX, quartus, X, XI, XII, XIII*, liv. I, cap. 57 et 58 ; Nicolas de

[**Note de Willem Schorer sur la note 179 de Groenewegen van der Made**

Lorsque le possesseur de bonne foi, selon l'auteur, est le même pour la perception des fruits que l'usufruitier, personne ne doute qu'il fasse siens non seulement les fruits consommés, mais aussi ceux qui existaient avant le début du procès et qu'il ne rende les autres qu'après le début du procès, et cela triomphe ainsi dans le duché de Gueldre, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 43, nb 24, et cons. 50, nb 32, bien qu'ici, le cons. 39, nb 108, part. II, témoigne que toute distinction entre un possesseur de bonne et de mauvaise foi ait été rejetée. Cela est vrai partout pour la réclamation de succession, car ici, il n'y a aucune différence entre un possesseur de bonne foi et de mauvaise foi, à raison de la très juste règle du droit naturel [qui dit] que personne ne peut être rendu plus riche de façon juste au détriment d'autrui ; en conséquence, le possesseur de bonne foi est tenu dans la mesure où il est devenu plus riche, voir Brunemann sur D. 5, 3 *(De la réclamation de succession)*, 26. Aussi pour les profits malhonnêtes, comme le sont les fruits des lupanars, voir D. 5, 3, 27 § 1 ; en outre, ce qui a été acheté à raison de la succession et non seulement ce qui a enlevé des fruits, mais aussi les fruits des fruits, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 3, nb 13, et lib. 41, tit. 1, nb 29, à un point tel que dans ce jugement, le juge peut adjuger aussi les fruits non demandés. La raison en est, comme l'on dit, que les fruits n'augmentent pas selon de droit lui-même la succession et parce que le jugement est universel, voir Sichard sur C. 3, 31 *(De la réclamation de succession)*, nb 8 ; Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 26, defin. 8. Toutefois, le contraire a non seulement été répondu, mais aussi jugé par la Cour Suprême le 19 septembre 1662, voir *Responsa jurisconsultorum Belgorum*, part. III, cons. 280, p. 726, et part. I, cons. 108, p. 279. Quoi qu'il en soit, Fusarius, *De substitutionis quæstionibus*, quæst. 626, nb 46 et suivants, enseigne que les fruits sont dus pour tout effet sans interruption, si le fidéicommissaire a ignore le fidéicommis. Car, étant ignorant du cas, personne n'est présumé de droit avoir renoncé, voir Fredrik van Sande sur la coutume des fiefs, cap. 3, nb 12, p. 23. C'est là la sentence des docteurs sur la réclamation de succession.

Passeribus, *De conciliorum omnium legibus* sur D. 22, 1, 45 et sur D. 41, 1, 23, pour moi p. 303 ; voyez Bronckhorst, cent. 2, assert. 89.

« § 35. Si quelqu'un d'un non-propriétaire qu'il cru être le propriétaire, de bonne foi, a acheté ou, à partir d'une donation ou d'une autre juste cause, également de bonne foi, a reçu [quelque chose], à) la raison naturelle, il a agréé que les fruits qu'il a reçus lui appartiennent pour la culture et le soin. C'est pourquoi, si, par la suite, le propriétaire est survenu et réclame le bien-fonds, quant aux fruits consommés par celui-ci, il ne pourra pas agir en justice. Mais, à celui qui, le sachant, a possédé le bien d'autrui, la même chose n'a pas été accordée. C'est pourquoi, avec le bien-fonds, il est contrant de rendre les fruits, bien qu'ils aient été consommés ».

Extrait du livre VII *Sur Plautius* de Paul : *« L'acheteur de bonne foi, de façon non douteuse, en percevant les fruits aussi à partir du patrimoine d'autrui, dans l'intervalle, ne fait pas siens non seulement ceux qui, avec son soin et son travail, sont arrivés, mais tous, parce que, pour ce qui touche aux fruits, à la place du propriétaire, il se trouve presque. Enfin aussi, avant qu'il les reçoive, immédiatement, quand, du sol, ils ont été séparés, ils deviennent la propriété de l'acheteur de bonne foi. Et il n'importe pas que ce bien, que, de bonne foi, j'ai acheté, avec une longue possession, puisse être pris aussi, comme si, à un pupille, il appartenait, qu'avec une violence, il avait été possédé ou qu'à un gouverneur, à l'encontre de la loi des concussions, il avait été donné par celui-ci et avait été aliéné à un acheteur de bonne foi. 1 - En sens contraire, il est demandé si, quand, au moment où le bien m'est livré, je pense qu'il appartient au vendeur, qu'ensuite, j'ai appris qu'il appartenait à un autre, parce qu'il a duré pendant une longue période, je le prends ou si je ferai les fruits miens. Pomponius [a dit] qu'il fallait craindre que, de bonne foi, il n'en soit pas le possesseur, bien qu'il le prenne ; ceci, en effet, regarde le droit, c'est-à-dire la prise, cela, le fait que, de bonne ou de mauvaise foi, on le possède ; et n'est pas contraire le fait qu'une longue période coure, car, au contraire, celui qui ne peut pas le prendre à raison d'un défaut du bien fait siens les fruits. 2 - Les petits des brebis, dans les fruits, se trouvent et c'est pourquoi, à l'acheteur de bonne foi, ils appartiennent, même si, grosses, elles sont vendues ou ont été volées. Et assurément, on ne peut pas douter qu'il fasse sien leur lait, bien qu'avec des mamelles pleines, elles soient vendues ; de même, pour la laine, il en est du droit ».*

[179] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 1, 25 § 1.

Extrait du livre VII des *Digestes* de Julianus : *« 1 - Sur le bien-fonds d'autrui, que Titius, de bonne foi, a acheté, j'ai semé du blé ; Titius, l'acheteur de bonne foi, fera-t-il siens les fruits ? J'ai répondu que, quant aux fruits qui, du bien-fonds, sont perçus, on doit entendre que, de façon plus propre, ceux-ci s'ajoutent à ceux que les esclaves, avec leurs services, ont acquis, parce que, dans la perception des fruits, plus le droit de l'objet, à partir duquel ils sont perçus, que de la semence, à partir de laquelle ils sont nés, est examiné ; et c'est pourquoi personne, jamais, n'a douté que, si, sur mon bien-fonds, j'ai semé ton blé, les céréales sur pied et ce qui, à partir de la moisson, a été récolté, deviendra mien. En outre, le possesseur de bonne foi, dans la perception des fruits, a ce droit qui, aux propriétaires des biens-fonds, a été attribué. De plus, lorsqu'à l'usufruitier, appartiennent les fruits semés par n'importe qui, combien plus cela, pour les possesseurs de bonne foi, doit-il être reçu, [eux] qui ont plus de droit sur la perception des fruits ? Du fait qu'ils ne deviennent certes pas ceux de l'usufruitier avant que, par lui, ils soient perçus, mais qu'au possesseur de bonne foi, ils appartiennent, de n'importe quelle façon qu'ils ont été, du sol, séparés, de même que, ceux de celui qui a le bien-fonds loué pour de l'argent, les fruits le deviennent en même temps qu'ils ont été, du sol, séparés ».*

Il y a cependant des interprètes qui sont en désaccord avec l'auteur, qui distinguent à quel titre, s'il est profitable ou onéreux, le possesseur de bonne foi aura acquis quelque chose, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 6, nb 4. Toutefois, cette distinction est rejetée par Vinnen sur le § 35 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*, nb 6, et ainsi aussi, [le dit] simplement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 1, nb 38, bien que le possesseur de bonne foi soit devenu plus riche, cependant, d'une façon telle que que les fruits perçus échoient aussitôt au compte des dépenses ; cependant, cela a été autrement envisagé. Brunemann, sur D. 6, 1 *(De la revendication d'un bien)*, 48, [dit] : *"S'il l'a amélioré, il est tenu en équité de compenser, bien qu'il n'en soit pas devenu plus riche ; mais, quand, ayant été rendu plus riche, aussi les améliorations ayant cessé, il est tenu de le rendre"*. L'auteur, ayant consulté l'équité, répond aussi dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § XXIII : *"Il n'est pas naturel de même, que le possesseur de bonne foi,* dit-il, *fasse siens tous les fruits provenant du bien qu'il a perçus, mais seulement qu'il ait le droit d'imputer les dépenses faites sur le bien et la peine utile et, pour cela, de déduire les fruits, mieux, de retenir ceux qui existent, si, autrement, la restitution ne lui en est pas faite"*.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCV. Le possesseur de bonne foi qui possède le bien d'autrui avec un titre particulier, en en percevant les fruits, l'acquiert, comme dans le droit romain ; mieux, il ne les restitue pas à un propriétaire qui survient, ce qui a été disposé dans les *Keuren* de Voorn de 1559, art. 56, les *Keuren* de Zélande, chap. 2, art. 3, et communément reçu.]

§ 3. Je dis *de bonne foi* ; car celui qui possède quelque chose d'un autre de mauvaise foi ne devient pas le propriétaire des fruits ; mais les fruits qui sont à trouver peuvent lui être enlevés judiciairement en, pour les fruits consommés qui ne sont pas à trouver, il est tenu d'en faire la restitution [180]. Cependant, cet avantage de la bonne foi cesse après le commencement du débat judiciaire [181].

---

[180] (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 1, 22 ; C. 4, 9, 3, sur quoi voir Bronckhorst, cent. 2, assert. 87 ; voyez Mornac sur ledit texte de D. 6, 1, 22, à savoir les coûts ayant été auparavant soustraits ; D. 5, 3, 36 § 5 ; D. 22, 1, 46 ; Gracia dans son traité, *De expensibus*, cap. 5 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 54-55.

Extrait du livre XVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, avec le dol du possesseur, [l'esclave] s'est enfui, celui-ci doit être condamné comme s'il l'avait possédé ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Galatias et donnée en 294 : *« Possédant de mauvaise foi, quant à la propriété, ayant été vaincu dans la réclamation pour les fruits existants, mais pour ceux consommés, ayant été cité, il est contraint d'obéir à leur restitution ».*

Extrait du livre XX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Comme fruits, est entendu, une fois les dépenses déduites, ce qui, pour les rechercher, les rassembler et les conserver, est fait. Cela, non seulement, pour les possesseurs de bonne foi, la raison naturelle le demande, mais aussi pour les brigands, comme, à Sabinus, cela a aussi agréé ».*

Extrait du livre LXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Ce qui, pour ramener les fruits, a été dépensé, il n'est pas douteux que cela doive diminuer les fruits eux-mêmes ».*

[181] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 6, 1, 22 ; C. 7, 51, 2 ; *Institutes de Justinien*, IV, xvii *(De l'office du juge)*, § 2 ; Garcia dans son traité *De expensibus*, cap. 23, nb 13 avec le suivant ; voyez ici en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 32 *(De la réclamation des biens)*, 22.

Le premier texte a déjà été donné dans la note précédente.

Constitution de Valentinien et Valens adressée au Préfet du prétoire Olybrius et donnée en 369 : *« La partie au procès vaincue, qui, après la convention, s'applique au bien d'autrui, ne sera pas tenue à la seule reprise du bien et ne reconnaîtra pas seulement la prestation des fruits, que lui-même a perçus, mais aussi ceux qu'il pourrait recevoir, non ceux dont il est clair qu'il les a rendus, à partir du moment où, le bien ayant été mené en jugement, il reçoit la connaissance d'une possession de mauvaise foi. La condition doit être aussi tenue comme égale en défaut pour les héritiers de celui qui hérite ».*

« § 2. Et, si, sur le bien, on a agi en justice, si, contre le demandeur, [le juge] a jugé, il doit absoudre le possesseur, ou si, contre le possesseur, [il a jugé], il doit commander que celui-ci rende le bien lui-même avec les fruits. Mais, si, actuellement, le possesseur refuse de le rendre, sans duperie, il sera considéré demander un délai pour le rendre et il faut être bienveillant à ce que, cependant, quant à l'évaluation du procès, il donne garantie avec un garant, si, dans le délai qui lui a été donné, il ne l'a pas rendu. Et, si une succession a été demandée, la même chose intervient pour les fruits, dont nous avons dit qu'elle intervenait dans la réclamation des biens particuliers. Mais, de ces fruits que, par sa faute, le possesseur n'a pas reçus, dans les deux actions, la raison est presque la même, s'il était un brigand. Au vrai, si, de bonne foi, il était possesseur, compte n'est pas tenu des [fruits] consommés et des [fruits] non reçus ; mais après le commencement de la réclamation, aussi, compte est tenu de ceux qui , par la faute du possesseur, n'nt pas été reçus ou, reçus, ont été consommés ».

*

[86] Chapitre VII
De l'acquisition par prescription [182]

[**Note de Willem Schorer sur le titre**

L'auteur traité ici de la prescription ; déjà, il faut observer que chez nous, trente-trois ans et quatre mois sont requis, comme [le dit] ici l'auteur dans la note 221 et, sur cette prescription de trente ans, un juste titre capable de transférer la propriété ni la bonne foi ne sont souhaités, du fait qu'il y a seulement cette recherche, [savoir] si quelqu'un aura possédé durant un certain espace de temps de façon paisible et sans interruption de la possession ; cela est en effet présumé à partir d'un très long cours de temps, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit. 3, nb 9, voir l'auteur, note 205. Cela est en tout cas vrai pour la prescription d'un temps immémorial, voir Carpzov, *Responsa electa*, lib. I, tit. 4, resp. 39, nb 7 et 8, et celle-ci, bien que, selon la coutume, elle ne soit pas prescrite, est toujours admise, voir *Précis du droit Belgique*, § 3, p. 114, à moins que la cause de possession ne soit modifiée, comme ci-dessous dans le liv. II, chap. XLVI, § 5, note 1424.

Du reste, la prescription a lieu pour les meubles et les immeubles tantôt allodiaux, tantôt féodaux, comme [le dit] l'auteur dans la note 22, à cet effet que, dans les usages, elle enlève la propriété au premier propriétaire et l'adjuge au possesseur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit. 3, nb 9 ; Johan Deckher, *Dissertationes juris et decisiones posthumæ*, p. 212, nb 17. Mieux, de Réal, *La science du gouvernement*, t. V, p. 798, enseigne que, dans le droit de Justinien, la prescription est un mode légal d'acquisition de la propriété, de même Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 115, nb 1, à un point tel que cette exception, n'ayant pas été opposée par le défendeur, peut être suppléée par le juge à partir d'un office noble, voir Antonella, *De tempore legali*, lib. I, cap. 25, nb 8 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 58, nb 100 et, plus abondamment, Goswinckel von Esbach dans ses note sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, p. 80 et, de même, Carpzov, part. I, const. 25, defin. 1, surtout contre la sentence à cet effet que, si le juge n'a pas suppléé à cette exception non opposée par le défendeur à partir d'un office noble, la sentence ne prend jamais la force de chose jugée, voir Schomaker, part. IV, cons. 5, nb 26, p. 41. Il y en a cependant qui pensent qu'aucune exception n'est admise, à moins qu'elle ne soit proposée par le défendeur, voir *Précis du droit Belgique*, § 3, p. 113, et ainsi aussi, Surdus, lib. I, decis. 24, nb 12 et 4, p. 46. Toutefois, dans un lieu privilégié, celui qui succède à un privilégié ne peut pas user de son privilège après la succession, [dit] ce même auteur Surdus, decis. 4, nb dernier, p. 11. Si la question naît quant à la prescription des immeubles, selon l'auteur, dans les notes 217 et 218, pour la prescription des actions, la loi du domicile du débiteur, voir Paul Voet, *De statutis*, sect.10, nb 1 et 2. Nous aurons ci-dessous dans le liv. III, chap. XLVI, § 5, note 1424, les cas dans lesquels aussi la prescription de longue durée cessera.]

§ 1. Un BIEN DE TOUTE SORTE est acquis SANS CONSENTEMENT DU PRÉCÉDENT PROPRIÉTAIRE PAR UNE POSSESSION, quand la possession elle-même est ininterrompue et, par cela, vient *la prescription.*

§ 2. Selon les lois romaines écrites (que beaucoup pensent, sur ce point, être suivies par nous), la propriété des biens meubles est acquise en trois années, des biens immeubles, en dix années, les biens meubles dérobés ou volés [183] (à moins qu'ils ne soient de nouveau arrivés

---

[182] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre vi *(Des usucapions et des possessions de longue durés)* des *Institutes,* II, le titre de D. 41, 3 *(Des usurpations et des usucapions)* avec le titre suivant D. 41, 4 *(En faveur de l'acheteur)* et C. 7, 33 *(De la prescription de longue durée de dix ou vingt ans).*

Le titre des *Institutes* comporte 14 paragraphes, le titre 3 du Digeste renferme 49 extraits, le titre 4, 14 extraits et celui du Code, 12 constitutions.

[183] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)*, §§ 2, 3 et 8.

« § 2. Les biens volés aussi et ceux qui, avec une violence, sont possédés, non si, durant la longue période ci-dessus dite, de bonne foi, ils sont possédés, peuvent être usucapés ; car, des biens volés, la Loi des XII Tables et la Loi Atinia empêchent l'usucapion, de

dans la main du propriétaire) et les biens qui sont litigieux [184] ne peuvent pas prescrire ; semblablement aussi les choses consacrées [185], les tombes, les biens des pays [186] ou des villes, à savoir ceux qui étaient possédés par le pays ou la ville ou qui étaient déjà déclarés ; il était aussi demandé que le possédant eût un juste titre [187] ; sans cela, il ne pouvait pas s'excuser de l'ignorance du droit, mais bien de celle du fait [188], c'est-à-dire qu'il avait pensé qu'en était le propriétaire celui duquel il avait acquis le bien. La bonne foi du prédécesseur aidait l'héritier, quoiqu'il eût obtenu une meilleure connaissance [189]. La mauvaise foi du prédécesseur lui causait un préjudice, quoiqu'il ne le sût pas [190]. Les délais du vendeur et de l'acheteur étaient comptés ensuite [191], pourvu que les deux possédassent de bonne foi [192]. Cependant, contre cet écoulement du délai, les mineurs et les autres pupilles pouvaient demander des restitutions dans les quatre ans après **[87]** la sortie de la tutelle [193]. Les autres, non, si ce n'est pour de

---

ceux possédés avec une violence, la Loi Julia et Plautia. § 3. Ce qui a été dit que l'usucapion des biens volés et des biens, avec une violence, possédés, par la loi, a été interdite ne regarde pas que le voleur lui-même ou celui qui, avec une violence, possède ne puisse pas usucaper ; car, à ceux-ci, avec une autre raison, l'usucapion ne se présente pas, parce que, de mauvaise foi, ils possèdent ; mais qu'aucun autre, bien que, de ceux-ci, de bonne foi, il ait acheté ou qu'à partir d'une autre cause, il les ait reçus, n'a pas le droit d'usucaper. D'où, pour les biens meubles, il ne procède pas facilement qu'au possesseur de bonne foi, l'usucapion se présente. Car celui qui a vendu le bien d'autrui ou, à partir d'une autre cause, l'a livré, commet le vol de celui-ci. § 8. Parfois aussi, un bien volé ou, avec une violence, possédé peut être usucapé, comme si, au pouvoir du propriétaire, il était revenu. Alors, en effet, le défaut du bien étant purgé, l'usucapion de celui-ci procède ».

[184] (Note de Groenewegen) En argument, voir le titres D. 44, 6 et C. 8, 36 [*Des choses litigieuses*].

Ces deux titres qui sont les mêmes comportent dans le Digeste 3 extraits et dans le Code, 5 constitutions.

[185] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)*, § 1.

« § 1. Mais parfois, même si principalement, quelqu'un, de bonne foi, a possédé le bien, cependant, envers lui, avec aucune durée, l'usucapion ne procède pas, comme si quelqu'un possédait un homme libre, un bien consacré ou religieux, ou une esclave fugitif ».

[186] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)*, § 9.

« § 9. Le bien de notre fisc ne peut pas être usucapé. Mais Papinien écrit que, les biens vacants n'ayant pas encore été déclarés au fisc, de bonne foi, l'acheteur pouvait usucaper le bien à lui livré à partir de ces biens ; ainsi l'ont dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux et les divins Sévère et Antonin ».

[187] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, vi*(Des usucapions et des possessions de longue durée)*, § 10.

« § 10. Tout récemment, il faut savoir que le bien doit être tel qu'en lui, il n'ait pas de défaut pour que, par un acheteur de bonne foi, il puisse être usucapé ou qu'à partir d'un autre juste cause, il le possède ».

[188] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 6, 4.

Extrait du livre XIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Il est refusé que l'ignorance de droit, dans une usucapion, soit utile ; mais il est établi que l'ignorance de fait est utile ».*

[189] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)*, § 12.

« § 12. Une possession de longue durée qui a commencé à être utile au défunt, à l'héritier et au possesseur des biens est continuée, bien que lui-même sache que le bien-fonds est à autrui ; si celui-ci n'a pas eu un commencement juste, à l'héritier et au possesseur des biens, quoique l'ignorant, la possession n'est pas utile. C'est là ce que notre constitution (cf. C. 7, 31, 1)*, semblablement, dans les usucapions, a établi que soit observé que les délais soient continués ».*

[190] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 12 des *Institutes*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)* ; D. 44, 3, 11 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 66.

Extrait du livre II des *Définitions* de Papinien : *« Quand un héritier, à tout le droit du défunt, succède, par son ignorance, il n'exclut pas les défauts du défunt, comme quand, le sachant, ce dernier possède celui d'autrui ou en précaire ; bien qu'en effet, le précaire ne tienne pas un héritier qui l'ignore et qu'avec un interdit, à bon droit, il ne soit pas cité en justice, cependant, il ne pourra pas usucaper ce que le défunt n'a pas pu [usucaper]. La règle est la même, quand, quant à une longue possession, la question est posée ; en effet, à bon droit, il ne sera pas défendu, du fait que, pour lui, la raison de sa bonne foi ne protège pas le commencement [de sa possession] ».*

[191] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 12 des *Institutes*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)*.

[192] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 4, 2 § 17.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 17 - Je n'usucaperai pas, si, tu m'as vendu ce bien qu'à la faveur d'un acheteur, tu usucapais, à moi qui savait qu'il était celui d'autrui ».*

[193] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 52, 7.

Constitution de Justinien adressée à Johannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Distinguant la vaine différence d'une année utile de la remise en l'état initial de notre bien public, nous consacrons que, dans l'ancienne Rome, dans cette ville mère, en Italie et dans les autres provinces, quatre années continues seront seulement comptées à partir du jour à partir duquel l'année utile courait et que c'est là le délai commun de tout endroit ; en effet, à partir de la différence des lieux, il a été considéré par*

justes causes [194], comme pour une absence nécessaire, en particulier l'absence pur la République, un emprisonnement, un défaut de tribunal ou une ignorance fondée sur certaines raisons vraisemblables [195]. Le délai de prescription s'écoulant, le possédant n'avait aucun droit contre le propriétaire [196], mais bien contre un tiers [197], comme s'il avait déjà acquis la propriété

---

nous assez absurde que quelque distinction soit introduite. 1 - Cela non seulement pour les remises en l'état initial des mineurs, pour lesquels l'année utile commence à courir à partir du moment où la date de leurs vingt-six ans s'est faite jour, mais aussi, pour celles des majeurs, nous consacrons que la même chose est employée pour qu'ici, à la faveur de l'année utile rappelée, la continuation du temps sera observée pour l'intervention de l'ouverture du débat judiciaire et pour terminer le procès. 2 - Et, de même que tout âge mineur est reçu pour les remises en l'état initial des mineurs, de même, pour le délai des majeurs dans lequel, à raison de la République, ils étaient absents, ou dans les autres raisons légales qui, dans les anciennes lois, ont été énumérées, ont été occupées, tout sera recommandé et ne sera pas dissemblable, sur ce point, la remise en l'état initial des mineurs et des majeurs ».

[194] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 6, 1 et tout ce titre 6 *(À partir de quelles causes les majeurs de vingt-cinq ans sont remis dans leur état initial)*.

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Nul n'avouera que la cause de cet Édit soit très juste ; en effet, le droit lésé pendant ce temps durant lequel quelqu'un, à la République, donnait son service ou, par un accident contraire, était incommodé et aussi, contre cela, il est donné un secours, afin que ne lui porte pas préjudice ou que ne lui soit pas utile ce qui arrive. 1 - Mais les termes de l'Édit sont les suivants : "Si quelque chose des biens de quelqu'un [vient à être perdu par non-usage], alors qu'à raison d'une crainte ou sans dol envers la République, est absent ou se trouve dans les liens de la servitude et au pouvoir des ennemis, ou à raison l'action de celui de ceux pour qui le délai est réputé être épuisé ; de même, si quelqu'un, avec un usage, a fait sien quelque chose ou, en ne l'utilisant pas, l'a perdu, l'ayant obtenu ou avec une action, ayant été libéré à raison du fait que sa date a expiré, alors qu'étant absent, il n'est pas défendu, que, dans les fers, il se trouve, qu'il n'avait pas, contre lui, le pouvoir d'agir en justice, alors qu'il ne lui est pas permis d'être cité en justice contre son gré et qu'il n'est pas défendu, quand appel a été fait auprès d'un magistrat pour cette affaire, qu'à celui pour qui, par le biais du magistrat, sans le dol de celui-ci, l'action soit réputée avoir expiré, je remettrai dans son état initial l'action pour ces biens dans l'année durant laquelle, d'abord, quant à cette affaire, il y aura le pouvoir de faire valoir son droit en justice, de même, si, par quelque moyen, pour moi, une autre juste cause est considérée exister, ce qui sera permis par les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les édits et les décrets des empereurs" ».*

Notons que le titre en question rassemble en tout 46 extraits.

[195] (Note de l'éditeur) Voyez Covarruvias dans le chap. *Possessor malæ fidei*, part. III, § 3 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 19, nb 18-19 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 20, art. 1, nb 29 ; Balbus, *De præscriptionibus*, part. IV, princip. 4 ; Ayres Pinhel sur la Novelle XXII, cap. 23 sous C. 6, 60, 1, nb 58, 59 et 60 ; Oddus, *De restitutione in integrum*, quæst. 90, art. 4 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 69 ; *Codex Fabrianus*, liv. II, tit. 23, defin. 1 ; voyez ici le liv. II, chap. XLVI, § 11, note 1084.

[196] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 32, 28.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Sopatrus et donnée en 294 : *« Possédant les biens d'autrui, bien qu'il n'ait pas une juste cause de les tenir, tu n'es pas contraint, si ce n'est à celui qui accomplit sa prétention, de les rendre ».*

[197] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 17, 1.

Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Comme, ces bâtiments, dont il est traité, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire que, l'un, d'un autre, tu les possèdes, pour empêcher que tu les possèdes, j'interdis qu'une violence soit faite. Quant aux égouts, je n'accorderai pas cet interdit. Ni pour plus que ne vaudra la chose ; dans l'année où, d'abord, il y a la possibilité de faire valoir en justice son droit, je permettrai que l'on agisse en justice". 1 - Cet interdit, au sujet du possesseur du sol, a été écrit, [possesseur] que le préteur tiendra pour plus puissant dans la possession du sol, et il est prohibitoire pour garder la possession. 2 - Mais, la raison de proposer cet interdit est la suivante, [à savoir] que doit être séparée la possession de la propriété ; le fait est qu'il se fait que l'un est le possesseur, il n'est pas le propriétaire, l'autre est certes le propriétaire, mais n'est pas le possesseur ; il peut se faire que le possesseur soit de même le propriétaire. 3 - Entre les parties au procès, en conséquence, chaque fois qu'il y a une dispute de propriété ou qu'il est convenu entre les parties au procès que l'un sera le possesseur, l'autre, le demandeur ou que l'on n'en a pas convenu. Si l'on en a convenu, cela a été achevé ; l'un, de l'avantage du possesseur, dont on convient qu'il possède, s'acquitte, l'autre, [dont on ne convient pas qu'il possède]* [197]*, s'acquitte de la charge du demandeur. Mais, si, entre ceux-ci mêmes, il est disputé que l'un possédera, parce que l'un des deux affirme qu'il possède plus, alors, si le bien appartient au sol, sur la possession duquel on se dispute, à cet interdit, cela sera renvoyé. 4 - En conséquence, cet interdit est celui qui est communément appelé "comme tu possèdes"* (uti possidetis)*, pour conserver la possession (car la raison de cette chose est rendue, [à savoir] pour qu'une violence ne soit pas faite à celui qui possède) et, conséquemment, il est proposé après l'interdit "d'où, avec une violence"* (unde vi)*. Celui-ci, en effet, rétablit une possession perdue avec une violence, cet interdit-là veille à ce que ne soit pas perdue la possession, enfin, le préteur interdit qu'au possesseur, une violence soit faite ; cet interdit, certes, attaque le possesseur, celui-là le protège. Et, comme Pedius le dit, toute la dispute quant à la possession vise à ce que ce que nous ne possédons pas nous soit restitué ou, pour celui-là, à ce qu'il nous soit permis de garder ce que nous possédons. L'arrangement de la restitution de la possession est réglé avec l'interdit ou par le biais d'une action en justice ; c'est pourquoi la méthode pour garder la possession est double l'exception ou l'interdit. L'exception est accordée à partir de nombreuses causes à celui qui possède. 5 - Mais, dans cet interdit, se trouve ceci : "ce que, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, de lui, tu possèdes". 6 - Mais, de façon perpétuelle, l'interdit protège le possesseur d'un bien-fonds, qui est "comme tu possèdes"* (uti possidetis). *En effet, une action n'est jamais, en outre, au possesseur, accordée, mieux, il suffit à celui-ci qu'il possède.*

par le biais d'une prescription. Celui qui avait été capturé par les ennemis [198], avait été hors du pays pour la République [199] ou avait été occupé par d'autres affaires légales était secouru contre la prescription et aussi, les autres, contre lui [200]. Les empereurs romains avaient aussi trouvé bon de commander qu'ainsi, quel bien appartenant à l'empire, à l'empereur ou à l'impératrice en particulier était vendu par eux à d'autres, donnés en présents ou autrement livrés, devenait immédiatement la propriété de celui qui le recevait et ainsi, celui qui avait pensé réclamer le bien ou un droit d'hypothèque sur lui devait l'intenter devant le tribunal dans les quatre ans sous peine d'être privé de son droit [201]. Alors, au-dessus de ces prescriptions le propriété, il était aussi reconnu par les lois romaines une prescription de la plainte, que la plainte consistât en une réclamation sur un bien ou en la réclamation sur un certain homme prescription qui était fondée sur la possession de trente ans [202] pour la plupart de toutes les choses, et sur

---

7 - Cet interdit a lieu, que quelqu'un dise qu'il possède tout le bien-fonds ou à la faveur d'une certaine partie, ou qu'à la faveur d'un indivis, il possède. 8 - Cet interdit, sur toutes les possessions aussi qui appartiennent au sol, sans aucun doute, aura lieu, pourvu qu'on puisse les posséder. 9 - Ce que dit le préteur dans l'interdit : "ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, l'un de l'autre, tu possèdes", cela vise à ce que, si quelqu'un possède avec une violence, clandestinement ou en précaire, si, certes, [c'est] d'un autre, la possession lui profitera, mais, si [c'est] de son adversaire, il ne devra pas le vaincre à raison de ce que, de lui, il possède ; il est en effet évident que ces possessions ne doivent pas être effectives ».

198 (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 6, 15.

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Mais, à ceux qui, par les ennemis, ont été capturés et, avec le droit de postliminie, sont rentrés, il est donné un secours, ou à ceux qui sont ici morts, parce qu'ils ne peuvent avoir un procurateur ; du fait qu'aux autres ci-dessus écrits, par l'intermédiaire d'un procurateur, il peut être donné un secours, en dehors de ceux qui, en servitude, sont retenus. Mais moi, aussi au nom de celui qui est au pouvoir des ennemis, si un curateur (comme de façon générale) avait été, pour les biens, établi, je pense qu'un secours se présente. 1 - Mais, non moins à celui qui, par des ennemis, a été capturé, ici, est né et qui a le droit de postliminie, un secours est envisagé. 2 - Si, avec une stipulation pour dommage non encore survenu* (damni infecti)*, [quelqu'un] a été mis en possession de la maison d'un soldat, si, certes, en sa présence, le préteur a ordonné qu'elle soit possédée, il n'est pas remis dans son état initial, mais si au contraire, [c'est] en son absence, il faut dire qu'il doit être secouru. 3 - Mais ce que, simplement, le préteur a édicté "ou par la suite" doit être reçu d'une façon telle que, si a été commencée la détention du possesseur de bonne foi avant son absence, mais, celle-ci ayant pris fin et lui étant rentré, le secours de la remise en l'état initial aura lieu, non un jour, mais ainsi seulement, si, durant la petite période [après] qu'il est rentré, cela arrive, c'est-à-dire, pendant que l'on prend à bail un logement, car Neratius écrit que celui qui diffère la remise en l'état initial ne doit pas être entendu ».*

199 (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 6, 26 § 8.

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Chaque fois que, par son absence, quelqu'un, durant toute la période, n'a pas exclu quelqu'un, comme, par exemple, j'ai possédé ton bien durant un jour de moins que le temps établi pour une usucapion, qu'ensuite, à raison de la République, je me suis absenté, la remise en l'état initial de cette seule journée doit être faite contre moi ».*

200 (Note de Groenewegen) En argument, voir D. 4, 4, 24 § 4.

Extrait du livre Ier des *Sentences* de Paul : *« 4 - Mais la remise en l'état initial doit être faite d'une façon telle que chacun reçoive son droit en entier. C'est pourquoi, si, un bien-fonds ayant été vendu, la personne circonvenue est remise dans son état initial, le préteur ordonnera que l'acheteur rende le bien-fonds avec ses fruits et en reçoive le prix, si ce n'est s'il l'a alors remis, alors qu'il n'ignorait pas qu'il serait perdu, comme cela joue pour cet argent qui est prêté pour être consommé, mais plus rarement dans une vente, parce que la dette lui est payée, parce qu'il est nécessaire de le faire, mais que prêter n'est pas nécessaire pour qu'elle doive être annulée ; s'il était cependant nécessaire que le prix soit payé, de toute façon, l'acheteur ne doit pas, d'un préjudice, être affecté ».*

201 (Note de l'éditeur) Voir tout le titre de C. 7, 37 *(De la prescription quadriennale)* ; *Institutes de Justinien*, II, vi *(Des usucapions et des possessions de longue durée)*, § 14 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 14.

Le titre en question du Code contient 3 constitutions.

« § 14. Dans un Édit, le divin Marc a disposé que celui qui, du fisc, a acheté le bien d'autrui, si, après la vente, cinq s'étaient écoulés, pouvait repousser le propriétaire du bien par une exception. Mais la constitution de Zénon (cf. C. 7, 37, 2)*, de bienheureuse mémoire, de bonne façon, a pourvu à ceux qui, du fisc, par le biais d'une vente, d'une donation ou d'un autre titre, ont reçu quelque chose, afin qu'ils deviennent eux-mêmes immédiatement en sécurité et soient vainqueurs, qu'ils soient cités en justice ou qu'ils fassent valoir leur droit en justice ; mais, contre le très saint trésor, jusqu'à quatre ans, il sera permis de le soutenir à ceux qui, à la faveur d'une propriété ou d'une hypothèque de ces biens qui ont été aliénés, auraient pensé qu'à eux, certaines actions se présentaient. Mais notre divine constitution* (cf. C. 7, 37, 3)*, que nous avons promulguée sur cela, aussi quant à ceux qui, de notre maison ou de la maison de la vénérable impératrice, ont reçu quelque chose, a statué ce qui, sur les aliénations du fisc, dans la constitution ci-devant dite de Zénon, est contenu ».*

202 (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

Ce titre contient 9 constitutions.

certaines particulières, comme ce qui concerne les pays, les villes et les églises [203], ou aussi, dans le droit **[88]** d'hypothèque [204] sans considération du titre ou de la bonne foi, lorsque cela était suffisamment jugé à partir du délai, l'âge des pupilles étant seulement déduit du ci-devant dit délai. Par cette exception, le possédant tenait la possession sans cependant obtenir une propriété [205].

---

[203] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 4 ; tout le titre de C. 7, 38 *(Afin que, d'un bien impérial ou des temples, la réclamation, avec exception de temps, ne soit pas repoussée)* ; Novelle CXI, cap. 1 ; Novelle CXXXI, cap. 6 ; Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 1, 2 *(Des saintes églises, de leurs biens et de leurs privilèges)*, 23.

Constitution d'Anastase adressée à Metronianus, Préfet du Prétoire, et donnée en 491 : *« Enlevant à tous tous les artifices pour nuire par quelque moyen que ce soit, nous décidons que toutes les exceptions temporaires qui découlaient de l'ancien droit ou des constitutions impériales perdureront dans leur force, de même que si elles avaient été énumérées par le biais de cette loi, particulièrement et nommément, et d'accorder à jamais leur protection à tous ceux auxquels elles appartiennent, ou elles auraient trait à appartenir dans l'avenir. Aussi, quoi qui soit contenu des exceptions écoulées, ou bien dans les mots, ou bien dans la signification au moins, nous consacrons celles qui sont accomplies par cette loi qui vaudra à jamais, de sorte que, si quelqu'un qui est limité, s'il y a par quelque moyen une action en justice qui, alors qu'elle n'a pas été conçue expressément avec les exceptions temporaires ci-devant dites, dont il semble que l'on puisse venir à bout des chaînes, ou bien par chance, ou bien souvent par une interprétation réfléchie desdites exceptions, succombe à cette très salutaire constitution qu'est la nôtre et qui est sans aucun doute assoupie par un cours de quarante années, on n'écartera pas le droit privé ou le droit public dans quelque cause que ce soit, ou bien pour quelque personne que ce soit, parce que ce qui a été éteint par les ci-devant dites quarante années appartient à un silence perpétuel ; mais, quiconque, pour quelque droit qu'il possède par le biais du délai ferme rappelé et sans que l'affaire elle-même ait été portée en débat judiciaire, et au sujet de sa condition dont il s'est emparé par un délai de même, sans quelque décision judiciaire, avec un retranchement semblable, sera libre et sera secouru par la plus entière protection de la présente et très salutaire loi ».*

Le titre 38 du livre 7 du Code contient quant à lui 3 constitutions.

Novelle CXI : Constitution de Justinien adressée à Theodotos, Préfet du prétoire, et donnée en 541 : *« Chapitre I : D'où, parce qu'à notre générosité impériale des causes, cela n'arrive pas, en traitant avec raison et religion, nous avons écarté de conduire le ci-devant dit privilège jusqu'à la mesure possible avec expérience et nous ordonnons que, dans les affaires qu'avant trente ans, une exception repoussait, maintenant, aux vénérables églises, monastères et hôpitaux et aussi, aux orphelinats, aux hospices de nouveau-nés et aux hospices des pauvres, l'extension de quarante ans est apportée, à savoir, étant sauve la vertu pour les autres personnes et causes que, toujours, réclamait pour elles la prescription trentenaire, parce que nous accordons cet ajout de dix ans aux seuls lieux religieux, comme il a été dit, au droit ou aux contrats de ceux-ci, afin qu'endormies par ce délai de temps, tant les actions personnelles qu'hypothécaires s'apaisent perpétuellement, ne dérogeant absolument en rien aux autres exceptions, mais tenant tant la force et la vigueur annale que de trois ans. Car, seulement dans ces affaires, comme il a été dit, ayant rappelé que les contrats religieux jouissent du privilège de quarante ans, dans lesquels, notre constitution leur avait conféré la prérogative de cent ans. Si une sentence judiciaire ou une convention de transaction a entièrement terminé ces causes soulevées par les églises et les autres endroits consacrés, nous ne voulons pas qu'elle soit renouvelée, mais que pour le reste, soit opposée cette constitution à celles qu'avant, endormies jusqu'ici avec un silence de huit lustres, elles soient soulevées ou que, soulevées, il n'arrive pas qu'elle soient terminées ».*

Novelle CXXXI : Constitution de Justinien adressée à Petrus, Préfet du prétoire, et donnée en 545 : *« Chapitre VI : En faveur des prescriptions temporelles de dix, vingt et trente ans, aux sacrosaintes églises et tous les autres endroits vénérables, nous commandons que la seule prescription de quarante ans est opposée, en conservant cela même pour la réclamation des legs et des successions qui, à de pieuses cause, ont été laissées ».*

[204] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 7 § 1.

Constitution de Justin adressée à Archelaus, Préfet du prétoire, et donnée en 525 : *« 1 - Pour cette raison, nous ordonnons que la poursuite des hypothèques qui est soulevée pour les biens se trouvant chez les débiteurs ou chez les héritiers des débiteurs, non au-delà de quarante ans, à partir de quoi elle commence à se présenter, est prolongée, à moins qu'une convention ou l'âge, comme il a été dit, ne soit intervenue, afin que la différence de la poursuite du bien des deux qui, contre le débiteur ou ses héritiers et celle qui est soulevée contre des étrangers, soit dans ce seul nombre d'années, mais, pour toutes les autres, les deux sont semblables ; à savoir dans une action personnelle pour ceux qui gardent ce que la justice originelle des constitutions a consacré ».*

[205] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 8 pr et § 1.

Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Si quelqu'un, au titre d'un contrat d'achat, de donation ou d'une autre quelconque chose, a possédé pendant dix ou vingt ans quelque bien de bonne foi et que, contre les propriétaires de celui-ci ou ses créanciers qui prétendent une exception de longue durée, il l'a acquis pour lui et que, par la suite, par un accident fortuit, il a perdu la possession de ce bien, nous consacrons que celui-ci peut aussi avoir une action pour réclamer ce même bien. En effet, cela, les anciennes lois, si on les a examinées à bon droit, le consacraient. 1 - Si quelqu'un a cessé de posséder ce bien, dont le propriétaire ou celui qui l'avait remplacé, avec une exception de trente ou quarante ans, a été chassé, nous pensons qu'elle ne lui procure pas confusément le secours ci-devant dit avec un partage mesuré, de sorte que, si, certes, de bonne foi, depuis le commencement, il a tenu ce bien, d'une semblable protection, il pourra user ; mais, si, de mauvaise foi, il se l'ait fait enlever, il en sera considéré indigne, cependant, d'une façon telle que le nouveau possesseur, si, certes, il était lui-même propriétaire du bien dès les commencement ou l'avait remplacé et qu'il a été expulsé avec la nécessité de l'exception rappelée, il acquiert pour lui l'avantage de la détention. 1a - Mais si au contraire, il n'a eu aucun droit sur ce même bien durant un délai quelconque, alors, il y aura possibilité*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 203 et 204 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur signale quant au délai de quarante ans, a été expressément disposé dans la loi municipale de Gand, voir les *coutumes de Gand*, part. II, rubr. 10, art. 1, et aussi, quant à la loi de Zélande, contre le gouverneur, voir Martin Cæsar, *Jus hodiernum*, lib. II, tit. 6, p. 92. , Mais, p. 94, il signale qu'il n'y a pas lieu à la presciption contre le fisc qui l'ignore.]

§ 3. Mais de nombreux chrétiens trouvant avec le temps que de telles lois incitaient beaucoup de personnes à léser les autres comme en voyant que, par leur délit, c'est-à-dire, par leur possession injuste, ils pouvaient s'enrichir et pour cela, ont trouvé mieux de ne laisser aucune exception de cette sorte que celle qui était commencée de bonne foi et menée jusqu'à la fin [206]. Cela étant ainsi accepté par les coutumes, par les papes, cela est porté dans leurs lois ecclésiastiques, bien que cette affaire concernât proprement le bien temporel.

[**Note de Willem Schorer sur la note 206 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, il est très vrai, quant au droit canonique, que la bonne foi non interrompue du début à la fin est nécessaire à la prescription ; mais la raison [de savoir] pourquoi il a agréé aux papes, à savoir pour que l'on épargne les âmes des mortels, si elle procédera. Pourquoi en douteriez-vous ?Cela a semblé autrement à Barbeyrac dans ses notes sur Pufendorf, *le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 12, § 3, note 5, qui pense que pour cette raison, selon ce droit, la mauvaise foi qui survient interrompt la prescription, afin que, sous ce prétexte et cette couleur recherchés, l'Eglise romaine puisse toujours revendiquer les biens meubles aliénés de quelque façon aussi possédés pendant un temps immémorial. À partir de là, il conclut que le droit civil doit être préféré au droit pontifical ; en outre, il observe que cette constitution des canons sur la continuation de la bonne foi est contraire à la fin de la prescription, du fait qu'elle a été introduite pour qu'il y ait enfin un jour une fin aux litiges, qu'ils ne soient pas multipliés à l'infini et pour que l'on avise du repos du genre humain. En outre, dans la note 2 sur le dernier §, il déclare inutile la prescription si la possession continuée pendant une longue durée n'a pas purgé le vice du premier possédant ; et ainsi aussi, l'a pensé Thomasius, à partir des écrits duquel l'auteur, qui le loue, le rassemble seulement. Cependant, il y en a qui rejettent tout à fait la prescription en tant que contraire à l'équité naturelle, parce que, par le biais de celle-ci, le véritable propriétaire est privé de ses biens. À ceux-ci, il est répondu que les propriétés des biens ont été introduites à raison de la paix ; déjà, pour celle-ci, il peut être fait en sorte que nous atteignions cette fin si un procès peut à perpétuité être soulevé sur le droit de possession, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 12, et là, Barbeyrac dans ses notes. En outre, Vattel, dans *Le droit des gens ou les principes des loix naturelles*, liv. II, chap. 11, § 141, observe que la propriété des biens ne provient pas du droit préceptif de la nature, mais du droit permissif ; pour cette raison, ce droit n'ordonne pas le partage des biens, mais seulement l'approuve et le permet pour l'avantage et la commodité du genre humain. Déjà, il ne peut pas être fait en sorte que la loi naturelle assigne une telle propriété à un propriétaire, avec laquelle la paix et le repos serait troublés parmi la société humaine et ainsi aussi, [le disent] sur l'origine de la propriété Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 4, § 4, et l'auteur lui-même ci-dessus dans le liv. II, chap. III, § 2, dans les notes 89 et 94. Et de Réal le conclut ainsi dans *La science du gouvernement*, t. V, p. 812.

Si cela procède, il a été à bon droit répondu dans les *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 212, p. 664, art. 90 et suivant, que la mauvaise foi ne devait pas être tolérée en faveur de celui qui prescrit, mais en aversion de la personne négligente, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 236, nb 15, p. 440. Il a été répondu que, cependant, la bonne foi faisant tout à fait défaut à la prescription il n'y avait pas lieu à une possession de très longue durée et pas même à une prescription centenaire, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 51, nb 111 et 133 ; *Consilia Ultrajectina*, part. II, cons.

---

pour le premier propriétaire ou le créancier qui, au titre d'une hypothèque, a eu le bien obligé, et pour les héritiers de ces derniers, de le réclamer à l'injuste détenteur, ne s'opposant à lui le fait que le premier possesseur, avec une exception de trente ou quarante ans, l'ait repoussé, à moins que lui-même, injuste possesseur, l'exception de trente ou quarante années étant comptée à partir de cette période à partir de laquelle le premier possesseur qui a vaincu, est tombé de cette possession, avec cette exception, ne soit défendu ».

[206] (Note de Groenewegen) Voir la règle 2 à la fin du Sexte et là, Dino de Mugello.

Règle 2 : *« Le possesseur de mauvaise foi, avec aucun délai, ne prescrira ».*

155, p. 625, de même, *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, art. VI, cons. 47, p. 87, comme aussi dans les *Trentacinque variæ resolutiones*, lib. I, resol. 22, nb 3, p. 177. Et, pour qu'il y ait lieu à la prescription pour les fiefs, elle requiert en tout cas la bonne foi, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, chap. 5, tit. 6, nb 9, pour moi p. 216, et van Schelting, *Hollandsch Tiendrecht*, chap. 38, nb 1, a suivi cette sentence. De Réal, dans ledit endroit, p. 810, sait que cela vient ainsi des préceptes du droit canonique. Car, dit-il, une possession obtenue de mauvaise foi est une usurpation et, plus ancienne est est, plus elle est injuste. Carpzov, *Responsa electa*, lib. I, tit. 4, resp. 40, nb 17 et suivant, [dit] que la mauvaise foi est prouvée avec des conjectures et des présomptions.

Du reste, bien qu'il ait été reçu dans le for humain à raison de l'utilité publique que la bonne foi ne soit pas requise, ce avec quoi, enfin, les propriétés des biens seraient certaines et placées en dehors de tout risque de controverse, cependant, dans le for de la conscience, où le temps n'a aucune force effective, il faudra statuer le contraire, du fait que, jamais, un possesseur de mauvaise foi, bien qu'il ait joui pendant cent ans d'une possession paisible et ininterrompue, ne pourra pas devenir un possesseur de bonne foi, voir Barbeyrac, *Sur les bénéfices des loix*, p. 491 et suivantes, Vattel, *Le droit des gens*, liv. III, chap. 12, § 192, Martin César, *Jus hodiernum*, lib. II, tit. 6, p. 96 et Groenewegen, dans la note 209 de ce chapitre, indique qu'Amesius l'a aussi pensé ainsi, bien que cela ait semblé autrement à l'auteur ici et à d'autres qu'indique Groenewegen.]

§ 4. Les autres peuples ont ici en usage certains droits particuliers, ayant le plus souvent tout trouvé par expérience que, là, un certain moyen devait exister pour que chacun puisse prendre garde à agir sur son bien, à mettre la propriété en sécurité [207] et couper court à toutes les disputes [208] ; ces causes sont suffisantes pour faire passer, par l'intermédiaire de la loi (qui, comme il est dit, a un droit au-dessus des propriétaires), la propriété de l'un à l'autre, d'une façon aussi telle que quelqu'un qui a aussi obtenu une certaine propriété légale, puisse bien la tenir avec une bonne conscience [209].

§ 5. Que le droit hollandais concerne cela est mis en doute par beaucoup, puisque certains pensent que les **[89]** lois romaines sont ici toujours suivies, d'autres que [le sont] lesdites lois ecclésiastiques comme elles doivent être encore suivies, d'autres pensent que que l'on doit suivre les anciens privilèges et la coutume de notre pays [210].

§ 6 [211]. Suivant cette opinion, nous pensons qu'anciennement, dans ces pays une prescription de deux sortes est reconnue, une courte et une longue.

§ 7. Car, dans les privilèges d'Alkmaer de 1254, de Medemblik de 1288 et du Waterland de 1288, il est dit que les possessions rurales ne peuvent pas être rendues fermes si ce n'est par des échevins [212] ou par des jurés mais qu'ainsi, ceux qui ont acheté un héritage paternel ou l'héritage d'un certain homme et, avec la connaissance des échevins, sans clameur, l'ont occupé un an et un jour ou plus longtemps ces possédants de l'héritage paternel ou de l'héritage ne sont pas tenus de répondre après le ci-devant dit délai, bien qu'il leur soit fait

---

[207] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 3, 1.

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Pour le bien public, l'usucapion a été introduite, à savoir pour que, de certains biens, longtemps et presque toujours, les propriétés de certaines choses ne soient pas incertaines, alors qu'il aurait suffi aux propriétaires que, pour examiner leurs biens, soit établi un laps de temps ».*

[208] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 3, 49.

Extrait du livre V des *Choses vraisemblables de Labéon résumées par* Paul : *« Si quelque chose a été soustrait, cela ne peut être usucapé avant qu'au pouvoir du propriétaire, cela soit arrivé. Paul : mieux, peut-être, aussi le contraire ; car, si, ce qu'en gage, tu as remis, tu l'as dérobé, ce bien sera volé ; mais, dès qu'en mon pouvoir, il est arrivé, il pourra être usucapé ».*

[209] (Note de Groenewegen) Voir Covarruvias sur la Règle 2 à la fon du Sexte, part. III, § 2 ; Leonard Lessius, *de jusitia et jure*, liv. II, cap. 6, dubit. 17 ; Sylvester, *Summa* aux mots *præscriptio, primo in se*, nb 13 ; Fachinæus, liv. I, cap. 64. Mais Wilhelm Amesius, *De casibus conscientiæ*, liv. V, cap. 41, nb 19, est d'une autre opinion, aussi Mestertius, *De justitia legum Romanarum*, liv. I, cap. 11.

[210] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou de quarante ans).*

[211] (Note du traducteur) Dans notre volume, il n'existe pas de § 6, on passe ainsi directement du § 5 au § 7. Nous avons donc corrigé en suivant en cela la version du manuscrit de Lund révisé par Grotius éditée en 1952.

[212] (Note de Groenewegen) La même chose est dite dans le privilège accordé à la ville de Delft en 1246, art. 17.

contradiction [213]. Le privilège de Dordrecht de 1315 dit qu'ainsi, celui qui vient à un héritage ou une maison avec un achat, avec un mariage ou avec ce qui lui est donné, s'il vient avec une succession ou avec des gages et qu'il le prouve devant la cour de la ville et après ce temps, qu'il l'a prouvé une bonne fois [214] devant la cour de la ville une possession pendant un an et un jour sans demande en justice, après ce délai, une action d'aucune sorte ne lui fera du tort à raison de quelqu'un qui avait en avait auparavant été [le propriétaire], à moins que la chose que quelqu'un qui avait à dire sur un tel bien n'ait toujours été en dehors du pays et que cela était connu ; celui-ci pouvait dans les six premières semaines où il est revenu réclamer en justice un tel bien et réclamer le droit sur lui de ce qu'il **[90]** avait à dire sur lui ; étant exceptés les pupilles, leur droit [étant] d'après le droit qui avaient anciennement été, à savoir que l'on ne peut aliéner aucun bien des pupilles ni les priver d'un bien dont ils héritent et sont propriétaires, si ce n'est par leur tuteur choisi, par leur parenté commune et pour leur avantage devant les échevins [215] ; l'ancien usage des pays de la Hollande du Sud concernant le droit de prendre une possession s'accorde avec cela [216]. Car la prise de possession de certains biens s'étant faite devant la Cour de Hollande du Sud et étant soufferte sans opposition, suivant là-dessus une possession paisible d'un an et un jour, est tenue comme suffisante pour tuer toute demande en justice d'une façon telle que les comtes de Hollande ont de temps en temps trouvé nécessaire de prévoir dans cela que de telles prises de possession ne leur soient pas préjudiciables. Dans les privilèges de Rotterdam de 1340, on trouve semblablement que celui qui achète devant les échevins un héritage et le possède un an et un jour sans trouble, n'est pas tenu de répondre de cet héritage, à l'exception des enfants mineurs et des personnes qui sont en dehors de la juridiction sans ruse. De cela, il semble apparaître qu'anciennement, personne ne devenait propriétaire par le biais d'une possession à moins qu'il n'eût un bon titre, une bonne foi, la connaissance des échevins qui, sans aucun doute, publiaient les annonces à en faire [217] et après cela, la possession d'un an et un jour, les pupilles absents étant exceptés.

[**Note de Willem Schorer**
Et par la suite une possession d'un an et un jour. C'est une année utile à laquelle, outre les 365 jours, six semaines sont ajoutées, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit.3, nb 4.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCVI. Bien que l'ouvrage ait été édité avant cela par Grotius, les deux Cours ont souvent suivi les principes du droit civil dans la doctrine quant aux prescriptions (voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 3, nb 10, decis. 8, nb 2, decis. 13 et decis. 15 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 356) ; cependant, avec l'autorité de celui-ci, il a été reçu par la suite dans l'usage et en 1637, a été tenu par la Cour de Hollande à l'instar d'une règle que la prescription était remplie avec un tiers de siècle, à savoir, comme en témoigne le conseiller Loenius dans sa décision 76 qui participait à la délibération, [qui dit] que pour les biens immeubles et les revenus annuels, pour les

[213] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit privilège de Delft, art. 58.

[214] (Note de Groenewegen) À Delft, trois fois, voir le privilège ci-devant dit, art. 16.

[215] (Note de Groenewegen) Voyez D. 27, 9, 5 § 9. Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 71 *(De ne pas aliéner ou obliger les biens-fonds et les autres biens des mineurs sans un décret).*

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Indistinctement, aux tuteurs, sous le prétexte d'une dette, la vente a dû être permise ; car la voie de la vente ne leur a pas été attribuée. Et c'est pourquoi, au préteur, le Sénat a donné le jugement de cette affaire, à l'office duquel, en premier lieu, il convient d'examiner si, quelque part, l'argent pourra être envoyé pour éteindre la dette. En conséquence, il doit demander si le pupille aura l'argent en espèces ou en dettes qui peuvent être appelées, en fruits récoltés ou aussi, dans l'espoir de revenus et de rapports. De même, il demandera s'il y aura d'autres biens, en dehors des biens-fonds, qui peuvent être vendus, à partir desquels, au prix de la dette, il pourra être fait satisfaction. En conséquence, s'il a découvert qu'il ne pouvait pas être acquitté ailleurs qu'à partir de la vente des biens-fonds, alors, il permettra qu'ils soient vendus, si seulement, le créancier y presse ou persuade que l'on cède à la mesure des intérêts pour la dette ».*

[216] (Note de Groenewegen) Voir les privilèges de la Hollande du Sud, p. 173, 184, 187 et 196.

[217] (Note de Groenewegen) Cela est clairement à conclure du ci-devant dit privilège accordé à la ville de Delft par le comte Willem en 1246, art. 16 et 17.

actions personnelles, la prescription de trente ans est suffisante, voyez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 15 au début, [prescription] que reçoivent la plupart à juste titre pour les biens meubles. Mieux, pour l'action hypothécaire d'un bien immeuble, Grotius, dans le liv. II, chap. XLVIII, § 44, la reçoit contre un tiers possesseur. De même, il a adopté aussi à partir du droit civil certaines prescriptions plus courtes comme celle d'un an pour l'action d'injures, voir liv. III, chap. XXXV, §, de deux ans pour l'exception d'argent non payé, liv. III, chap. V, § 3 à la fin, de quatre ans pour la remise en l'état initial à partir d'une raison de minorité, liv. III, chap. XLVIII, § 13, etc. Voyez aussi les coutumes du Rijnland, art. 102.

CCVII. Du fait que pour cette prescription d'un tiers de siècle et de trente ans, ni la bonne foi ni un juste titre ne sont requis, voir Matthæus, *Parœmia*, 9, nb 2 et 3, et qu'elle est plus difficile chez nous que chez les Romains, la revendication d'un bien meuble contre celui qui possède avec un juste titre, est tenue communément et la raison du droit de Hollande ne rejette pas que l'usucapion d'un bien meuble doive être accomplie en trois ans, voir les coutumes du Rijnland dans ledit art. 102 ; Matthæus, *Parœmia*, 9, nb 6.]

§ 8. Toutefois, il y a eu aussi une autre façon d'acquérir un bien immeuble par prescription en dehors de la connaissance des échevins, dont le délai a été en Zélande de vingt ans à l'égard des indigènes et de trente ans à l'égard des étrangers [218] ; mais en Hollande, est employé pour cela le délai **[91]** d'un tiers de siècle [219], une loi qui est appliquée aussi dans les pays voisins situés plus haut ou par-delà de Rhin pour les rentes qui ont été aussi longtemps impayées. Pour cette raison, on trouve dans les privilèges de 1476 [220] (qui sont confirmés par la suite), "puisque les habitants avaient été dépossédés de leurs fiefs et de leurs biens successoraux par les inondations des terres, par la guerre des ennemis et autrement, qu'ils useraient des biens dont ils auraient été en possession durant un délai d'un tiers de siècle ou plus longtemps jusqu'au moment où ils en seraient expulsés judiciairement à l'endroit et ainsi qu'il convient". De ces termes, cela étant obscur, le sens paraît être que la prescription d'un tiers de siècle aurait lieu à moins que quelqu'un, par une guerre ou une inondation des terres, n'ait été empêché de parer sur le bien, d'une façon telle que ceux qui arguaient d'un tel empêchement , en prouvant pleinement leur propriété, aussi, après le ci)-devant dit délai, pouvait habiter leur bien. Après cette époque, on ne trouve rien qui ait été disposé par une loi générale sur ce point. Mais bien, que vers 1530, devant la cour féodale, il est introduit que, selon la coutume bien connue de Hollande, aucune prescription ne peut être un empêchement pour personne pour lui ôter son droit concernant une propriété immobilière ou des biens féodaux que l'écoulement d'une durée d'un tiers de siècle [221] et rien de moins. Cependant, pour ce qui concerne les terres de Voorn, cela y a anciennement été usé pour loi et, pour cette raison, aussi porté dans la *keure* de 1519 [222] qu'ainsi celui qui avait eu une possession paisible de certains biens immeubles durant trente ans, restera perpétuellement en possession des biens, mais **[92]** qu'une telle chose n'aurait aucun lieu à l'égard des biens des pupilles ni de ceux qui ont été absents du pays pendant longtemps pour une juste cause ou une cause nécessaire.

[**Note de Willem Schorer sur la note 218 de Groenewegen van der Made**

On peut demander si, dans le droit de Zélande, la bonne foi et un juste titre seront requis. Voet, lib. 44, tit. 3, nb 9, enseigne qu'ils ne sont pas requis. Cependant, la sentence contraire semble plus vraie, parce que cette loi provinciale que Groenewegen indique dans sa note, a été promulguée alors que les ancêtres suivaient encore les lois sacrées pontificales et que, quant au droit canonique, il est plus que clair que, pour la prescription, la bonne foi était nécessaire, comme le dit l'auteur lui-même dans ce chapitre, note 206. Et ainsi la loi municipale accordée par le duc Alban aux habitants de Flessingue, [le

[218] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* de Zélande de 1495, chap. 2, art. 2.

[219] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

[220] (Note de l'éditeur) Accordés par Marie de Bourgogne le 14 mars, art. 47.

[221] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Observationes feudales*, 1.

[222] (Note de Groenewegen) Voir art. 56.

dit-elle], voir coutumes de Flessingue, chap. 21, § 1, p. 123, à moins que nous ne posions que, les lois sacrées ayant changé, avec cela-même, le droit aussi a été modifié.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 219 de Groenewegen van der Made**
Voyez ce que nous noterons ci-dessous, liv. III, chap. XLVI, § 3, sur la note 1421, et l'auteur dans ce livre, chap. XL, § 18, note 918.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 222 de Groenewegen van der Made**
Quant au droit, est très vrai [le fait] que *la prescription ne court pas envers celui qui ne peut pas agir en justice*, C. 7, 40, 1 § 2, D. 27, 1, 30 ; ce qui a été expressément disposé dans la loi de Voorn, indique ici l'auteur. Cependant, il a été autrement répondu contre cette prescription de trente ans, la fragilité su sexe n'était pas valide, ni l'absence, mais que seul l'âge pupillaire était dispensé de cette sanction (parce que la règle est que, durant l'âge pupillaire, la prescription est en sommeil, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 4, nb 1, p. 8), voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 212, p. 665, art. 93 et suivant ; Brunemann sur C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans)*, 3 ; Schrassert, *Consultatien en adivijsen*, part. III, p. 66 ; Martin Cæsar, *Jus hodiernum*, lib. II, tit. 6, p. 93, à un point tel qu'il n'est pas même donné un secours à l'ignorant par le biais de la remise en son état initial, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 115, nb 3 et 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCVIII. L'ancienne prescription annale que requérait la bonne foi, un juste titre et la connaissance des échevins confirmait la propriété ou la possession, quant auxquelles voyez van de Wall, *Privilèges de Dordrecht*, p. 141 et suivante, bien qu'au milieu du XVII^e^ siècle, elle était encore en usage (van de Wall dans lesdits privilèges et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 *[De la prescription de trente ou quarante ans]*, nb 10 et 11) ; elle semble être tombée en désuétude par un usage plus fréquents des interdits pour conserver la possession.

CCIX. En Zélande, pour les biens immeubles, la prescription de vingt ans a été reçue entre personnes présentes, de trente ans entre personnes absentes (voir *Keuren* de Zélande, chap. 2, art. 2 ; coutumes de Flessingue, chap. 21, art. 2) ; cette prescription requiert la seule possession ;non un juste titre ni la bonne foi. La raison du droit de Zélande *a fortiori* ne souffre pas que nous disions qu'une plus longue prescription, c'est-à-dire celle qui est accomplie avec trente années, est ici nécessaire pour les biens meubles ; mais cependant, pour ceux-ci, une usucapion de trois ans est considérée devoir être ici admise à partir de l'usage du droit romain.

CCX. Envers les pupilles non seulement impubères, comme dans le droit romain, mais aussi plus âgés que la puberté, dans notre droit, la prescription ne court pas, même celle d'une très longue durée ; voir les *Keuren* des pupilles d'Alkmaar, tit. 6, art. 8 ; de Graft, Purmerendam, Monikendam, ici même ; d'Enkhuyzen, tit. 6, art.7 ; de Briel, art. 93 ; de Medemblik, art. 67 et de Grootebroek, art.11.]

*

Chapitre VIII
De l'acquisition par le fait de donner une forme et par confusion

§ 1. SANS CONSIDÉRATION D'UNE POSSESSION, la propriété est acquise PAR LE BIAIS D'UN ACTE DES HOMMES ou PAR LE BIAIS D'UNE CONSÉQUENCE DE LA CHOSE ; PAR LE BIAIS D'UN ACTE DES HOMMES, ainsi de l'ACQUÉREUR comme de QUELQU'UN D'AUTRE.

[**Note de Willem Schorer**
L'auteur traite dans ce chapitre de la séparation et, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § XXI, il signale qu'une matière du droit a à peine été controversée et qu'elle a été exposée à tant d'erreurs des jurisconsultes. Nous apprenons à partir du § 25 des *Institutes*, II, i, comment les Proculiens et les Sabiniens étaient en désaccord entre eux.]

§ 2. PAR LE BIAIS D'UN ACTE DES HOMMES, la propriété est obtenue ainsi quand quelqu'un agissant de bonne foi donne une forme nouvelle à la matière d'un autre [223] ; elle en provient, parce que la forme fait plus pour l'essence d'une chose que la matière, d'une façon telle que la forme étant modifiée, la chose devient quelque chose d'autre que ce qu'elle était antérieurement [224] ; par exemple quelqu'un a brassé de la bière à partir de l'orge et du blé d'un autre ou a fait du vin doux à partir du vin et du miel d'un autre, ou aussi en partie à partir du sien et en partie à partir de celui d'un autre, le produit devient le sien, dans le cas où il pensait que tout ce qu'il en a fait lui appartenait. Car s'il savait que la matière était en totalité ou en partie celle d'un autre, ainsi, le propriétaire de la matière ne tiendrait pas son droit et celui qui a donné la forme perdrait son travail et la matière [225].

[**Note de Willem Schorer sur la note 223 de Groenewegen van der Made**

Pour la spécification, l'auteur souhaite ici la bonne foi ; cependant, Wolf, dans ses *Institutes du droit de la nature et des gens*, part. II, liv. 2, § 341 signale aussi que, même si le fabriquant de la nouvelle espèce a su que la matière appartenait à autrui, non obstant cela, elle restait commune entre l'auteur de l'espèce et le propriétaire de la matière à proportion de ce qu'est chacune des choses ; toutefois, il est à juste titre repoussé par Vattel dans ses *Questions de droit naturel*, p. 77 et suivante, car ce qui est mien, dit-il, contre mon gré, ne peut pas devenir la chose d'autrui. De là, il conclut à bon droit qu'il

---

[223] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 25.

« § 25. Lorsqu'à partir du matériau d'autrui, quelque objet a été fait par quelqu'un, on demande ordinairement lequel de ceux-ci, selon la raison naturelle, en sera le propriétaire, celui qui l'a fait ou plutôt celui qui était le propriétaire du matériau ; comme par exemple si quelqu'un, à partir des raisons, des olives ou des épis d'autrui, a fait du vin, de l'huile ou du blé, ou à partir de l'or, de l'argent ou du bronze d'autrui, a fait un vase, ou à partir du vin et du miel d'autrui, a mélangé du vin doux, ou à partir des médicaments d'autrui, a composé un emplâtre ou un collyre, ou à partir de la laine d'autrui, a fait un vêtement, ou à partir des planches d'autrui, a fabriqué un navire, une armoire ou une banquette. Après les nombreux doutes des Sabiniens et des Proculiens, a agréé l'opinion intermédiaire de ceux qui pensent que, si cet objet peut être ramené au matériau, est considéré en être le propriétaire celui qui était propriétaire du matériau, s'il ne pouvait pas y être ramené, était plutôt entendu en être le propriétaire celui qui l'avait fait, comme par exemple un vase fondu peut être ramené en une masse brute de bronze, d'argent ou d'or, mais le vin, l'huile ou le blé ne peuvent pas retourner en raisins, en olives ou en épis, ni le vin doux, certes, être démêlé en vin et en miel. Si, en partie à partir de son matériau, en partie à partir de celui d'autrui, il a fait quelque objet et que quelqu'un, comme à partir de son vin et du miel d'autrui, a fait du vin doux, ou qu'à partir de ses médicaments et de ceux d'autrui, il a fait un emplâtre ou un collyre, ou qu'à partir de sa laine et de celle d'autrui, il a fait un vêtement, il ne faut pas douter que, dans ce cas, en soit le propriétaire celui qui l'a fait, du fait qu'il y a donné non seulement sa peine, mais aussi a procuré une partie du matériau ».

[224] Voir D. 50, 16, 13 § 1 ; D. 34, 2, 6 § 1 ; D. 10, 4, 9 § 3.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Les choses qui sont considérées comme étant absentes (comme le dit Sabinus et l'approuve Pedius) sont celles dont le corps demeure et la forme a été changée ; et c'est pourquoi, si elles ont été rendues détruites ou transformées, elles sont considérées être absentes, parce qu'en général, il y a en prix plus dans la main que dans la chose ».*

Extrait du livre unique des *Réponses* de Marcellus : *« 1 - De même, je demande, quand il peut être prouvé que Seia avait converti les grosses perles et certaines hyacinthes en une autre espèce d'ornement qu'elle a rendu, par la suite, précieux, si [le légataire] pourra réclamer ces grosses perles ou ces hyacinthes et si l'héritier sera contraint de les retirer de l'ornement postérieur et de les procurer. Marcellus a répondu que [le légataire] ne pouvait pas les réclamer ; car ce qui peut être fait pour que le legs ou le fidéicommis soit pensé durer, du fait que ce qui, dans le testament, était dû, dans sa propre espèce, n'est pas resté, [mieux], d'une certaine façon, n'a-t-il pas disparu, de sorte que, dans l'intervalle, je laisse de côté le fait qu'aussi, avec une telle dissolution et un tel changement, la volonté sera considérée avoir été modifiée ? »*

Extrait du livre XXIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais, si quelqu'un produit une chose détériorée, Sabinus dit justement que celui-ci est tenu de la produire. Mais cela est ici en tout cas vrai, si, avec un dol, la chose a été transférée dans un autre corps, comme si, à partir d'une coupe à boire, une masse [de métal] en avait été faite ; en effet, bien qu'il produise une masse, il sera tenu de la produire, car, ayant changé la forme, il a presque détruit la substance de la chose ».*

[225] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 30.

« § 30. En sens inverse, si quelqu'un, sur le sol d'autrui, avec son matériau, a construit une maison, en devient le propriétaire celui auquel appartient le sol. Mais dans ce cas, le propriétaire du matériau perd la propriété de celui-ci, parce qu'avec sa volonté, il est entendu avoir été aliéné, en tout cas, s'il n'ignorait pas que, sur le sol d'autrui, il construisait ; et c'est pourquoi, bien que la maison était été détruite, il ne pourra pas réclamer le matériau. De façon certaine, il est établi que, si, le constructeur ayant été mis en possession, le propriétaire du sol réclame que la maison soit la sienne et ne paie ni le prix du matériau ni les loyers des ouvriers, celui-ci peut être repoussé par une exception de dol, en tout cas, si était possesseur de bonne foi celui qui avait construit ; car, à celui qui sait que le sol est celui d'autrui, une faute peut être opposée, parce qu'à la légère, il aura construit sur ce sol qu'il entendait être celui d'autrui ».

y a une grande différence entre une spécification de bonne et de mauvaise foi ; pour cela, le propriétaire de la matière doit tout à fait être préféré. En outre, il signale qu'il fait distinguer avec quelle erreur le spécificateur a été trompé, si [c'est] avec une raison plausible ou moins plausible ; il faut examiner en plus si le propriétaire lui-même sera privé de la matière ou non. Posons que quelqu'un a fait à partir de mon métal une statue et que j'avais destiné le métal à un même ouvrage et que je n'étais pas riche d'un métal semblable ; de nouveau, dans ce cas, l'équité est favorable au propriétaire de la matière, bien que le prix de la forme dépasse la matière. Si, cependant, la différence entre leur prix est trop grande, comme [le dit] Barbeyrac, le propriétaire du matériau doit être satisfait, s'il est conservé sans dommage. L'auteur enseigne en outre, dans la note 225, que le spécificateur de mauvaise foi perd l'huile et le service, comme aussi, il requiert la bonne foi, chap. X, § 6, dans la note 264. Toutefois, il observe autre part que cela est pénal et pour cette raison, non naturel, voir *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § II. Mais Pufendorf signale qu'il n'y a pas de peine, qu'il a dépensé à titre gratuit son astuce et qu'il serait très injuste de payer une rémunération à la faveur d'une injure intentée envers soi. L'auteur explique plus abondamment cette matière dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § XIX et suivant ; voir Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 12, § 7 et tout à fait ici Barbeyrac dans sa note 9, et *Du droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 7, note 10.]

§ 3. Cependant, là-dessus, tombe une exception pour les choses de cette sorte qui aussi, après avoir reçu leur forme, peuvent être facilement ramenées à leur forme originelle, comme une **[93]** coupe en or ou un plat d'argent peuvent être ramenés à de l'or ou de l'argent brut. Car, dans de tels cas, la propriété ne [226] change pas [227] ; cependant, en l'honneur de l'artiste de la peinture, il est entendu que celui qui a peint quelque chose de bonne foi sur une toile ou une planche d'un autre en acquiert la propriété [228] ; cela, avec une semblable raison, est entendu de quelqu'un qui écrit quelque chose sur les feuilles d'un autre, bien que les lois romaines en parlent autrement [229].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 228 et 229 de Groenewegen van der Made**

La raison de la différence entre une peinture et un écrit est posée en ce que, par le biais d'un peinture, il est fait de quelque façon une spécification qui est une nouvelle fiction de l'espèce ; déjà, la forme donne qu'elle appartient à l'espèce, comme le dit dans ce chapitre l'auteur dans le § 2. Cependant, il observe que cette différence a agréé aux jurisconsultes romains contre le gré de l'équité, et avec l'auteur, [le dit aussi] Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 7, § 7. De même, Wolff, dans ses *Institutes du droit de la nature et des gens*, part. II, chap. 2, § 418 qu'il en est de même du droit de l'écrit et de la peinture et il répond ici à la faveur d'une communauté en équité. Cependant, la sentence de Barbeyrac agrée plus à Pufendorf dans ledit endroit, § 8, note 2 vers la fin, qui signale que le propriétaire d'un tableau et d'un papier doit être ordinairement conservé sans dommage.]

---

[226] (Note du traducteur) Le texte de l'édition de 1738 qui sert de base à cette traduction doit être ici corrigé. Il donne à penser que la phrase devrait être ainsi entendue : *Car, dans de tels cas, la propriété change avec.* Or, il semble que ce mot "avec", *met*, ait été imprimé pour *niet*, "ne …pas", comme le confirme l'édition corrigée à partir du manuscrit de Lund donnée en 1952.

[227] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 25 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*.

Ce § a été donné un peu plus haut, note 219.

[228] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 34 ; voyez Automne, *Consuetudines gallicæ* sur D. 6, 1 [*De la réclamation d'un bien*], 23 §§ 2 et 5, et du même, *Conférence du droict françois* sur ledit texte de D. 6, 1, 23 § 2.

« § 34. Si quelqu'un, sur le tableau d'autrui, a peint, certains pensent que le tableau échoit à la peinture ; à d'autres, il semble que la peinture, quelle qu'elle soit, au tableau, échoit. Mais il nous semble meilleur que le tableau échoie à la peinture ; en effet, il est ridicule qu'une peinture d'Apelles ou de Parrhasius, en accession, à un tableau très vil, échoie ».

[229] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 33.

« § 33. Les écritures aussi, bien qu'elles soient en or, aux papyrus ou aux parchemins, échoient de la même manière qu'au sol, échoit ordinairement ce qui y est édifié ou placé ; c'est pourquoi, si, sur tes papyrus ou tes parchemins, Titius a écrit un poème, une histoire ou un discours, de ce support, tu jugeras que non Titius, mais toi, tu en es le propriétaire. Mais, si, à Titius, tu réclames tes livres ou tes parchemins et que tu ne t'es pas préparé à payer la dépense de l'écriture, Titius pourra se défendre par le biais de l'exception de dol, en tout cas, si, de bonne foi, il a obtenu la possession de ces papyrus ou de ces parchemins ».

§ 4. Celui qui, par le fait de donner une forme, devient propriétaire doit faire satisfaction au précédent propriétaire de la matière selon la raison.

§ 5. PAR LE BIAIS D'UN ACTE D'AUTRUI, la propriété est acquise PAR LE BIAIS D'UN LEGS DE DERNIÈRE VOLONTÉ.

§ 6. Car ce que quelqu'un a aussi fait par une dernière volonté lui appartient immédiatement après la mort du testateur [230], aussi avant la livraison, de telle façon qu'il a une action judiciaire pour la chose [231] ; en cela, la dernière volonté se distingue des contrats [232].

---

[230] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 65.

Extrait du livre Ier des *Parchemins* de Neratius : *« Envers l'héritier Titius, un esclave légué à Seius, avant l'acceptation de la succession, envers Titius, a commis un vol. Si, la succession ayant été acceptée, Seius a voulu que le legs lui revienne, Titius, avec l'action de vol, au titre de cet esclave, agira en justice contre lui, parce qu'alors, alors qu'il commettait le vol, il ne lui appartenait pas et (surtout, comme on pense que, si l'esclave a commencé à appartenir à celui envers qui il a commis un vol, l'action de vol est ôtée, comme s'il n'a pas été aliéné. On pourra agir en justice à ce titre), après l'acceptation de la succession, il n'est pas devenu [la propriété] de Titius, parce que ce qui est légué, directement, de celui qui a légué à celui auquel cela a été légué, passe ».*

[231] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx *(Des legs)*, § 2 ; C. 6, 43, 1 et 2.

« § 2. Mais autrefois, certes, il y avait quatre sortes de legs : par revendication (per vindicationem)*, par imposition d'une charge* (per damnationem)*, de manière permissive* (sinendi modo) *et par préciput* (par præceptionem)*, des termes certains étaient assignés à chaque type de legs, par lesquels chaque genre de legs était signifié. Mais, à partir des constitutions des divins empereurs* (cf. C. 6, 37, 21)*, la solennité de termes de cette sorte a été totalement supprimée. Notre constitution* (cf. C. 6, 43, 1) *que nous avons faite lors d'un travail de nuit, désirant que les volontés des défunts soient plus fortes et favorisant non leurs termes, mais leurs volontés, a disposé que, pour tous les legs, la nature est unique et que ce qui, en termes quelconques, a été laissé, il sera permis aux légataires de le poursuivre non seulement par le biais d'actions personnelles, mais aussi par le biais d'une action sur le bien et par le biais d'une action hypothécaire ; il est très complètement possible de recevoir la mesure attentivement pesée de cette constitution à partir de la teneur de celle-ci ».*

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Du fait que ceux qui, avec des legs et des fidéicommis, sont honorés, sont connus avoir une action en général personnelle, qui, avec la mesure de la réclamation ou de l'autorisation, recevra la subtilité des autres legs avec une intention bien disposée dont la descendance, avec les meilleures raisons, n'a pas facilement usé et n'a pas loué les détours inextricables ? 1 - En conséquence, de façon plus juste, nous pensons que l'envoi [en possession] sur le bien est tout à fait aboli au vrai pour tous, que tant aux légataires qu'aux fidéicommissaires, il impose une unique nature et qu'il procure non seulement une action personnelle, mais aussi une action sur le bien* (in rem)*, dans la mesure où il sera permis que ces mêmes biens, soit par n'importe quel genre de legs, soit par le biais d'un fidéicommis, avaient été laissés, de réclamer en intentant une action sur le bien et en outre, procurer l'action utile Servienne (c'est-à-dire hypothécaire) sur ce qui avait été laissé dans les biens du mort. 2 - En effet, du fait que cela, déjà, dans notre droit, s'est répandu de permettre au testateur l'action hypothécaire de ses biens à ceux auxquels il a voulu donner et que, de nouveau, de nouvelles constitutions ont introduit dans de nombreux cas des hypothèques tacites, il n'est pas sans intérêt aussi que nous, dans le présent cas, donnions une action hypothécaire qui, nul mot ne précédant, pourra être introduite par cette loi. 3 - En effet, si le testateur a laissé des legs et des fidéicommis pour que, par tous les moyens, les personnes honorées par lui les reçoivent, il apparaît à partir de sa volonté aussi que les actions ci-devant dites doivent être intentées contre les biens du testateur, afin que, par tout moyen, à la volonté du testateur, il soit fait satisfaction et particulièrement, lorsque les legs et les fidéicommis sont tels qu'à des actes pieux, ils sont assignés. 4 - Et nous disposons cela non seulement si, par l'héritier, le legs ou le fidéicommis a été laissé, mais aussi si, par le légataire, le fidéicommissaire ou une autre personne que nous pouvons alourdir avec le fidéicommis, le fidéicommis est laissé à quelqu'un. En effet, du fait qu'il n'est pas autrement valide, à moins qu'il n'offre quelque profit à celui par qui il a été laissé, il n'est en rien pénible, aussi contre lui, non seulement d'étendre l'action personnelle, mais aussi sur le bien* (in rem) *et hypothécaire sur les biens que, du testateur, il a obtenus. 5 - Mais, dans tous les cas de cette sorte, nous voulons que chacun soit cité à comparaître avec l'action hypothécaire pour autant que l'action personne, contre lui, se présente et que l'action hypothécaire n'appartienne pas à l'héritier lui-même ou à une autre personne qui a été alourdie avec le fidéicommis des biens, mais seulement de ceux qui, du testeur, à lui, sont arrivés ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Tout mot du testateur signifiant le sens légal de léguer ou confier en fidéicommis est utile et valide soit avec des termes directs, comme est "je commande" peut-être ou que de prières, le testateur use, comme "je demande", "je veux", "je donne mandat", "je confie en fidéicommis" ou qu'il ait posé un serment, quand cela, à nous qui l'avons entendu, a été communiqué, le testateur disant certes* ενορκω - je confirme par serment -*, les parties déchirant çà et là un mot de cette sorte. 1 - En conséquence, selon ce que nous avons dit, à partir de toute partie des termes, la volonté ne sera pas sans effet selon les termes de celui qui lègue ou de celui qui fait le fidéicommis et tout ce qui, naturellement, est présent dans les legs et les fidéicommis est entendu tenir et, en sens contraire, tout ce qui est confié en fidéicommis est entendu être un legs ; et s'il y a quelque chose de tel qui n'a pas la nature des legs, cela lui sera adapté à partir des fidéicommis et pour tout, l'issue sera parfaite, à partir de tout, naîtront des actions sur le bien* (in rem)*, à partir de tout, des actions hypothécaires, à partir de tout, des actions personnelles. 2 - Mais, quand quelque chose arrive de contraire dans les legs et les fidéicommis, cela, à un fidéicommis plus humain, sera associé et selon la nature de celui-ci, supprimé. 3 - Et personne qui meurt ne pensera que sa volonté*

Mais, puisque le principal de la dernière volonté est l'institution, ce qui ne convient pas à l'acquisition de simples biens (dont nous parlons ici), mais à l'acquisition de quelque chose de total, ainsi, nous différerons le traitement de tels legs à cela, principalement puisque, par le biais du legs, le droit de succession est amoindri.

§ 7. PAR LE BIAIS D'UNE CONSÉQUENCE DE LA CHOSE, la propriété est acquise PARE LE BIAIS D'UN MÉLANGE ou D'UNE CONFUSION.

§ 8. Il y a un MÉLANGE *quand deux matières de propriétaires différents deviennent indistinctes* ; par exemple **[94]** l'argent de deux propriétaires est fondu ensemble par la volonté des deux ou celui qui, par accident, devient une masse commune ; mais chacun en tirera autant qu'il a eu en matière [233].

§ 9. Mais quand les matières sont séparables, comme si l'or de l'un et le cuivre d'un autre avait été mélangés ou le froment de l'un avec le seigle de l'autre, ainsi, la propriété n'est pas changée à moins que la confusion ne se soit produite avec la volonté des propriétaires [234].

[**Note de Willem Schorer**

Mais quand etc. Dans le droit romain, si quelqu'un, à partir de la matière d'autrui, a fait une nouvelle espèce , cette espèce, si elle peut être réduite à la première matière, est acquise au propriétaire de la matière, si non, elle est acquise à celui qui l'a faite, voir Janus a Costa sur le § 25, *Institutes*, II, i. L'auteur observe dans le *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, §b XXI, que les jurisconsultes romains enseignent que, si du bronze et de l'or avaient été mélangés, l'un ne pouvait pas être déduit de l'autre, ce qui est tout à fait faux.]

*

Chapitre IX
De l'acquisition par ensablement, de l'inondation et de l'alluvion

§ 1. Il y a ACCESSION *quand de deux choses ajoutées ensemble, la plus valeureuse attire à elle celle de moins de valeur.*

---

légitime est critiquée, mais il usera toujours de notre secours ; de même qu'aux vivants, nous avons pourvu, de même, aux morts, on sera attentifs ; et, si, spécialement, d'un legs, le testateur fait mention, cela est entendu comme un legs et un fidéicommis ; si, à la foi de l'héritier ou du légataire, quelque chose est confié, cela sera considéré être un fidéicommis. En effet, nous, non aux termes, mais aux biens eux-mêmes, nous imposons les lois ».

[232] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 20.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Martialis et donnée en 293 : *« Avec des traditions et des usucapions, les propriétés des biens sont transférées, non avec des pactes nus ».*

[233] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 27.

« § 27. Si les matières de deux personnes, à partir de la volonté des propriétaires, ont été confondues, tout ce corps qui, à partir de la confusion, est fait, est commun aux deux, comme si ceux qui avaient confondu leurs vins, qui avaient fondu leurs masses d'argent ou d'or. Mais, si les matières sont différentes et qu'à raison de cela, une espèce propre est faite, peut-être à partir du vin et le miel du vin doux ou à partir de l'or et de l'argent, de l'électrum, il en est de même du droit ; car, dans ce cas, on ne doute pas que l'espèce soit commune. Si, fortuitement, et non avec la volonté des propriétaires, ont été confondues les différentes matières ou celles qui sont de la même espèce, on a décidé que le droit est le même ».

[234] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 28.

« § 28. Si le blé de Titius a été mélangé à ton blé, si, certes, à partir de votre volonté, il sera commun, parce que chaque corps, c'est-à-dire chaque grain qui était le propre de chacun, à partir de votre consentement, a été mis en commun. Si, par accident, il a été mélangé ou que Titius l'a mélangé sans ta volonté, il n'est pas considéré être commun, parce que chaque corps, dans sa substance, dure et, dans ces cas, le blé n'est pas plus commun qu'un troupeau est entendu être commun, si les animaux de Titius, à tes animaux, avaient été mélangés ; mais, si, par l'un ou l'autre de vous, tout ce blé est retenu, certes, une action sur le bien (in rem)*, à la faveur de la mesure du blé de chacun, se présente, mais, dans le jugement du juge, il est compris que celui-ci évalue quel était le blé de chacun ».*

[**Note de Willem Schorer**

Dans ce chapitre, l'auteur traité de l'alluvion, dont parlent abondamment Bort, *Tractaet van de domeinen van Holland*, chap. 5, nb 43, Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § 9, Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 7, § 11, Lambert Goris, *Adversariæ Miscellaneæ*, tract. 4, § 23, Regnerus Sixtinus, *De regalibus*, lib. II, cap. 3, nb 29, Lauterbach sur D. 41, 1 *(De l'acquisition de la propriété des biens)*, nb 78, et les docteurs indistinctement sur ce titre.]

§ 2. Cela arrive par ACCIDENT ou DE FAIT.

§ 3. Un ACCIDENT est relatif à UNE CHOSE INANIMÉE ou UNE CHOSE ANIMÉE.

§ 4. Un ACCIDENT [RELATIF] À DES CHOSES INANIMÉES se produit par une INONDATION ou une ACCUMULATION.

§ 5. Il y a un RECOUVREMENT DE SABLE ou D'EAU.

§ 6. PAR UN RECOUVREMENT DE SABLE, dans ces pays, le seigneur de certaines dunes ou des régions vides acquiert la terre voisine, ainsi quand celle-ci reste non-enclose de la terre sans culture pendant le délai de dix ans et est recouverte de sable d'une manière telle qu'elle est semblable à la terre vide.

§ 7. PAR UNE INONDATION D'EAU, échoit au comté la terre qui, étant inondée par la mer ou des rivières, reste commune avec celle-ci **[95]** durant un délai de dix ans [235] et revient par la suite à la terre [236].

§ 8. Car une inondation d'eau l'accroît ou la diminue et et permet aux gens, parfois, de voir à leur terres ; elle n'ôte aucune propriété [237].

§ 9. Il n'est pas étonnant qu'une terre de cette sorte échoie au comté, puisqu'aussi, les côtes maritimes et les lits des rivières, ainsi, quand ils viennent à s'assécher, échoient au comté ; semblablement, il est entendu qu'au regard des lits asséchés de la Meuse, avec les rivages ou les lits, les terres inondées deviennent communes, d'une façon telle qu'il n'y a plus de terres, mais des rivages ou des lits de rivière [238], et par le biais d'un glissement, en revenant de nouveau à la terre, les anciennes terres ne sont pas entendues être celles qui ont disparu, mais nouvelles et, pour cette raison, non possédées [239], lesquelles, sous le nom de biens non

---

[235] (Note de Groenewegen) En argument, voir *Institutes de Justinien*, II, i, § 28 ; II, vi sur les mots *longi temporis* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*, §§ 23 et 24.

[236] (Note de Groenewegen) Cela est différent des lois romaines, voir § 23 *Institutes*, II, i*(De la division des biens)* .

« § 23. Si, un lit ayant été délaissé en totalité, dans une autre partie, [la rivière] a commencé à couler, certes, le premier lit appartient à ceux qui, près de sa rive, possèdent des biens-fonds, à savoir à la faveur de la mesure de chaque terre dont la largeur est le long de la rive, mais le nouveau lit commence à relever du droit de celui auquel appartient la rivière elle-même, c'est-à-dire [qu'elle est] publique. Si, après quelque temps, à son premier lit, est revenue la rivière, de nouveau, le nouveau lit commence à appartenir à ceux qui, le long de sa rive, possèdent les biens-fonds ».

[237] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 24.

« § 24. Assurément, la cause est différente si toute la terre de celui-ci a été inondée. En effet, l'inondation ne change pas l'espèce du bien-fonds et, à raison de cela, si s'est retirée l'eau, il est clair que ce bien-fonds reste celui de celui auquel il appartenait ».

[238] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 7 § 5 à la fin ; D. 7, 4, 24 § 2.

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 5 - Si, abandonnant tout son lit naturel, une rivière a commencé à couler autrement, certes, le premier lit appartient à ceux qui possèdent des biens-fonds le long de la rive à la mesure de la taille de chaque fonds qui se trouvera le long de la rive ; aussi, le nouveau lit commence-t-il à appartenir au droit qui est celui de la rivière elle-même, c'est-à-dire [qu'il est] public dans le droit des gens. Si, après quelque temps, la rivière est revenue à son premier lit, de nouveau, le nouveau lit commence à appartenir à ceux qui possèdent des biens-fonds le long de sa rive. Cependant, celui dont le nouveau lit a occupé toute la terre, bien que la rivière soit revenue à son premier lit, cependant, celui auquel appartenait cette terre ne peut pas avoir quelque chose, pour parler strictement, sur ce lit, parce que cette terre qui existait a cessé d'exister, une fois perdue sa forme propre, il ne peut pas avoir une partie sur ce lit à raison du voisinage ; mais c'est à peine si cela réussira ».*

Extrait du livre III des *Œuvres posthumes de Labéon* [résumées] par Javolenus : *« 2 - Labéon : Si, la terre la plus haute a été enlevée de mon bien-fonds et que l'autre a été emportée, pour cette raison, elle ne cesse pas d'être mon terrain, pas plus que la terre une fois vidée ».*

[239] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 4.

« § 4. L'usage public des rivages aussi relève du droit des gens, comme celui d'un fleuve ; c'est pourquoi il est libre à n'importe qui d'aborder un navire à ceux-ci, d'attacher, à partir d'arbres nés ici, des cordages, de déposer quelque chargement, de même que de

possédés sont depuis longtemps échus au comté [240]. Pour cette raison, on voit qu'anciennement, dans beaucoup de territoires endigués, il est dit que les travailleurs des digues ne perdraient pas la terre par inondation.

§ 10. En outre, si déjà l'inondation n'avait pas duré dix ans ou aussi, que les terres n'étaient pas entièrement disparues, comme c'est arrivé sur la Zijp, ainsi, le magistrat suprême du pays peut charger les habitants de refaire les digues pour l'avantage du pays ; si ceux-ci ne veulent pas le faire, les rentiers ; si ceux-ci font défaut, les seigneurs du fief et enfin les suzerains ; la personne de cette sorte faisant défaut pour la réfection des digues, elle perd sa propriété ou son autre droit par le piquage d'une houe (*Spa-steeking*) ; et ladite terre échoit ordinairement au comte qui **[96]** doit la faire endiguer à ses frais ou la céder à d'autres pour être endiguée [241].

§ 11. Bien que la pêche semble n'être pas une preuve de possession des terres [242], ainsi, il est néanmoins entendu, concernant les terres noyées de la Hollande du Sud que les personnes qui avaient été les propriétaires des terres de l'inondation d'Élisabeth qui se produisit en 1421 et leurs descendants, ont pu détenir la propriété des terres noyées par la pêche constante [243]. Et, pour cette raison, le propriété des terres de cette sorte survenant de nouveau est absente, ne s'y opposant pas aussi le fait que, par différentes proclamations, une telle pêche et d'autres actes de possession étaient interdits et déclarés de nulle valeur.

§ 12. Une ACCUMULATION, d'après les lois romaines, est IMMÉDIAT ou MÉDIAT.

§ 13. Une ALLUVION est celle DE BOUE ou DES LITS DE RIVIÈRE ASSÉCHÉS.

§ 14. L'ACCUMULATION DE BOUE ou alluvion était entendue se produire quand la rivière ou la mer apportait insensiblement quelque chose à la terre et appartenait aux propriétaires de la terre sur laquelle l'accumulation se produisait [244], chacun d'après sa largeur de terre à l'endroit de l'accumulation ; mais le morceau de la terre, étant retiré en quelque endroit avec la violence d'une rivière et mis sur un autre endroit, restait à l'ancien propriétaire à moins que celui-ci ayant été négligé un certain temps par lui, il ne se soit attaché ferme à la terre d'un autre [245].

---

naviguer à travers le fleuve lui-même. Mais la propriété en appartient à ceux aux biens-fonds desquels ils sont attachés ; pour cette raison, les arbres aussi nés sur ceux-ci leur appartiennent ».

[240] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur ledit § 22 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*. Ceci est différent des lois écrites, voir ledit § 22.

[241] (Note de Groenewegen) Voir les privilèges de la Hollande du Sud, p. 155 et 157 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. VIII et X. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 59 *(De toute terre déserte et quand des terres stériles sont imposées à des terres fertiles)*, 1.

Il ne peut être question de reprendre ici les deux chapitres cités de Grotius, à raison de leur longueur. On se contentera d'en donner les références dans l'édition de la traduction de P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 284-298 et 309-316.

[242] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 4, 23.

Extrait du livre XXVI *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si une terre, dont l'usufruit est le nôtre, par une rivière ou par la mer, a été inondée, l'usufruit en est perdu, du fait qu'aussi, la [nue] propriété elle-même, dans ce cas, est perdue et, pour pêcher, nous ne pourrons certes pas en conserver l'usufruit. Mais, de même que, si, avec un même mouvement, l'eau s'est retirée d'où elle vient, la [nue] propriété est rétablie, de même, on doit dire que l'usufruit doit être rétabli ».*

[243] (Note de Groenewegen) Voir Grotius dans lesdits endroits [précités] ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 24 des *Institutes*, II, i.

[244] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i*(De la division des biens)* , § 20.

« § 20. En outre, ce que, par le biais d'une alluvion, à ta terre, un fleuve a ajouté, selon le droit des gens, t'est acquis. Une alluvion est un accroissement caché. Par le biais d'une alluvion, est considéré être ajouté ce qui, peu à peu, est ajouté, de sorte que tu ne puisses pas entendre combien et à quel moment cela est ajouté ».

[245] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 21.

« § 21. Si la force d'un fleuve a retiré quelque partie de ton bien-fonds et, vers le bien-fonds voisin, l'a dirigé, il est clair qu'elle reste la tienne. Si, durant une période plus longue, au bien-fonds voisin, il est attaché et que les arbres qu'il a entraînés avec lui, sur ce bien-fonds, ont fait des racines, à partir de ce moment, elles sont considérées, au bien-fonds voisin, avoir été acquises ».

§ 15. Les LITS ASSÉCHÉS DE RIVIÈRE venaient selon les ci-devant dites lois romaines, de la même manière, aux terres voisines, aussi bien lorsque, les terres étant modifiées, **[97]** ces lits de rivière étaient perdus par les propriétaires et rendus communs au peuple [246].

§ 16 [247]. Il y avait ACCUMULATION MÉDIATE des bancs de sable ou des îles de rivière que l'on appelle dans certaines places des "gardes" [248]. Car celles-ci étaient entendue appartenir au plus proche propriétaire ou, s'il y en avait deux également près, l'endroit était commun entre les deux et était partagé d'après la largeur de chaque terre le long de la rivière ; mais la terre propre de quelqu'un, par la séparation du cours de la rivière, étant faite en une île restait au propriétaire et les îles naissant sue la mer étaient entendus appartenir au premier possédant [249].

§ 17. Une route publique n'empêchaient aucune alluvion d'après les ci-devant dites lois romaines.

§ 18. Dans certains pays voisins, il est fait une distinction concernant les îles ; car une île appartient au seigneur de la terre, à moins le plus proche [propriétaire] n'en ait pris possession avant le seigneur, pourvu que ladite île puisse être atteinte avec une charrette [250].

§ 19. En Hollande et en Frise occidentale, il est dit qu'à raison du comté, les alluvions appartiennent au comté comme une conséquence des eaux [251]. D'autres ne connaissent pas une telle chose et concernant ce qui doit être tenu pour loi, cela est très incertain avec la différence des coutumes et des anciennes décisions.

§ 20. À l'avantage des habitants sur le côté de la Meuse et de l'Ijssel, il est anciennement entendu qu'ils pouvaient tenir les alluvions jetées en dehors des digues pour leurs terres.

---

[246] (Note de l'éditeur) Voir D. 43, 12, 1 § 7 ; *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 23.

Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - De la même façon, si une rivière a abandonné son lit et a commencé, dans un autre, à couler, tout ce qui, dans l'ancien lit, a été fait ne regarde pas cet interdit ; en effet, sur une rivière publique, n'a pas été fait ce qui appartient aux deux voisins ou, si le terrain a été borné, le lit deviendra celui de celui qui l'occupe ; de façon certaine, il cesse d'être public. Ce lit aussi, que la rivière s'est faite, même si, auparavant, il était privé, commence cependant à être public, parce qu'il est impossible que le lit d'une rivière publique ne soit pas public ».*

« § 23. Si, un lit ayant été délaissé en totalité, dans une autre partie, [la rivière] a commencé à couler, certes, le premier lit appartient à ceux qui, près de sa rive, possèdent des biens-fonds, à savoir à la faveur de la mesure de chaque terre dont la largeur est le long de la rive, mais le nouveau lit commence à relever du droit de celui auquel appartient la rivière elle-même, c'est-à-dire [qu'elle est] publique. Si, après quelque temps, à son premier lit, est revenue la rivière, de nouveau, le nouveau lit commence à appartenir à ceux qui, le long de sa rive, possèdent les biens-fonds ».

[247] (Note du traducteur) Dans notre édition, la numérotation des paragraphes est ici erronée, car le § 15 est repris deux fois. Il y a donc un décalage et nous avons donc corrigé à partir de ce § 16, numéroté 15 dans notre édition, ce défaut.

[248] (Note du traducteur) Ce mot de *Waard* désigne un polder situé entre deux rivières, formant en quelque sorte une île. On a ainsi le *Bommeler waard* ou île de Bommel ou le *Dortscher waard*, désignant le pays situé entre la Merwe et la Leck, s'étendant de Culenburg à Dordrecht.

[249] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 22.

« § 22. L'île qui, dans la mer, est née, ce qui, rarement, arrive, devient celle de celui qui en prend possession ; en effet, elle est crue n'appartenir à personne. Mais celle née dans une rivière, ce qui, fréquemment, arrive, si, certes, elle tient la partie au milieu de la rivière, est commune à ceux qui, des deux côtés de la rivière, près de la rive, possèdent des biens-fonds à la faveur de la mesure de la largeur de chaque bien-fonds, largeur qui est le long de la rive. Si elle est plus proche d'un côté, elle appartient seulement à ceux qui, de ce côté, le long de la rive, possèdent les biens-fonds. Si, de quelque côté, la rivière a été partagée, qu'ensuite, en-dessous de la terre unifiée de quelqu'un, en forme d'île, il est revenu, cette terre reste celle de celui auquel elle appartenait ».

[250] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. VIII, § XIV.

« XIV. Nous avons dit qu'autre est le droit sur une île, autre le droit sur l'alluvion. De là naissent de fréquentes contestations, pour savoir de quel nom on doit appeler certains terrains qui paraissent un peu hors de l'eau, et qui adhèrent aux fonds voisins, de façon cependant à ce que l'espace entre deux soit couvert par les eaux. Nous voyons arriver cela partout chez nous, à cause de l'inégalité des lieux. Les coutumes varient sur ce point. Dans la Gueldre, le terrain vers lequel on peut aller avec un chariot chargé échoit aux fonds attenants, s'il y a eu prise de possession. Dans le pays de Putte, c'est le terrain qu'un homme à pied peut atteindre en tenant une épée nue. Rien n'est plus conforme au droit naturel que de regarder comme séparé des fonds voisins le terrain sur lequel on peut arriver la plupart du temps en bateau ». Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 293.

[251] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 12 mai 1559 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 23 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*.

§ 21. En Frise occidentale, cela semble être ferme, parce que tel est l'ancienne loi des Frisons et, le comte de Hollande, en traitant avec les Frisons occidentaux, a **[98]** très soigneusement stipulé de nombreux points de justice sans faire mention des alluvions.

§ 22. Néanmoins, il est entendu, en considération de certains lacs qui y sont situés et appartenant aux seigneurs d'Egmont, qui avaient acquis leur droit du comté, que lesdits seigneurs pouvaient séparer par des bornes tout ce qui était couvert avec l'eau la plupart du temps des l'année, comme aussi les îles ne tenant pas ferme à la terre.

§ 23. Aux habitants d'Aachtendijk, l'alluvion est bien tenue [252] pour leur terre, ainsi, ils les avaient comme celles qu'ils pourraient encore acquérir, mais en réservant au comté le droit de pouvoir séparer par des bornes les îles non appropriées et les terres comme encore couvertes.

§ 24. Ceux qui ont un droit d'alluvion peuvent secourir ladite alluvion avec la pose de levées de terre, avec une plantation de haies et avec d'autres ouvrages pour autant que la passage commun, la pêcherie de quelqu'un ou les terres situées à l'opposé n'en soient pas endommagés [253].

[**Note de Willem Schorer sur la note 253 de Groenewegen van der Made**

Alors qu'un procès est né en 1504 sur la juridiction de l'Escaut entre les gens de Middelburg et d'Anvers et que le fisc qui postule la cause des gens de Middelburg a publiquement défendu dans ses actes que, pour le comte de Flandre la juridiction n'allait pas plus loin que ce qu'avec le strict glaive et la marque de justice (communément *roede van Justitie* - "verge de justice"), il pourrait atteindre ; En faveur des gens de Middelburg, cela a été jugé à Malines dans un jugement solennel. Le grand Beaufort, dans une dissertation particulière dans laquelle il s'est efforcé de prouver que la souveraineté était aux États de Zélande sur l'île née sur le fleuve de l'Escaut, communément le *banc principal* et la *haut banc*. Et ainsi, cela a-t-il été reçu dans la terre de Putten dans l'usage, voir l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § XIV. Van Leeuwen, dans *Het Rooms-Hollands recht*, liv. II, part. 4, nb 2 aux mots *van ouds* - "anciennement", signale que cette coutume aussi ava été prouvée avec une turbe de témoins en 1568 dans un jugement contradictoire et Barbeyrac, dans ses notes sur Grotius, enseigne que cela triomphe seulement dans l'ancienne coutume germanique.

En Hollande, l'île née dans un fleuve échoit au prince pourvu qu'avec un barque, on puisse naviguer entre l'alluvion et la rive et que l'île ne puisse pas être abordée avec le courant, voir Bort, *Tractaet van de domeinen van Holland*, nb 44, p. 277. De même le disent Lambert Goris dans ses *Adversariæ Miscellaneæ*, tract. 4, § 23 et Regnerus Sixtinus, *De regalibus*, lib. II, cap. 3, nb 29. Toutefois, dans le duché de Gueldre, ce qui peut être abordé avec un chariot chargé s'ajoute aux biens-fonds, voir Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § XIV. À partir de là, Paul Voet signale à bon droit que la rive et son accroissement sont du ressort du droit privé, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 21, nb 59, et que la pêche dans les fleuve y est restée dans son état naturel originel et que, pour cette raison, elle a été accordée à n'importe qui, à moins qu'elle n'ait été interdite par une loi spéciale, voir de même Schomaker, part. V, cons. 7, nb 9 et 10. Mais en Zélande, les alluvions échoient aux gouverneurs de la région, même n'exerçant pas aussi la juridiction criminelle ; ce que concède l'auteur dans ledit endroit, § XV, nb 1 et 2., pourvu que ce droit ait été compris dans l'investiture ; autrement, la cause de ceux-ci contre le prince est mauvaise. Mieux, bien qu'aucune mention de l'alluvion n'ait été faite, parce que le prince leur a cédé tout ce droit, Bort, dans son *Tractaet van de domeinen van Holland*, chap. 5, nb 34 et 35, signale que les gouverneurs des régions jouissent cependant de ce droit ; et ainsi aussi [le dit] van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 4, § 18. Et, pour la même raison, dans l'édit du roi Philippe II du 6 juillet 1556, cela est aussi étendu à la chasse et aux dîmes, comme ci-dessous dans le liv. II, chap. XLV, § 3. Mieux, il a été décidé deux fois (à savoir en 1557 et en 1560) par la chambre des comptes que le droit d'alluvion se présentait aux gouverneurs de région, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*,

[252] (Note de Groenewegen) Voir la sentence de la Cour de Hollande confirmé par la Cour suprême le 22 décembre 1594 entre le procureur général, demandeur en réforme de la requête civile contre les possesseurs des terres extérieures assignées à Saint Aachtendijk.

[253] (Note de Groenewegen) En argument, voir tout le titre de D. 43, 12 *(Des rivières, afin que quelque chose ne soit pas fait sur une rivière publique ou sa rive, avec quoi, on naviguerait plus mal)*.

Ce titre comporte en tout 4 extraits.

liv. II, chap. 4, nb 3. Toutefois Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 57, nb 48, est en désaccord et signale que tout ce qui n'a pas été concédé au miment de l'investiture expressément restait dans les mains du propriétaire direct. Mais, pour les coutumes féodales de la Gueldre, Fredrik van Sande, *De consuetudinibus feodalibus*, p. 98, nb 2, concède au vassal de façon illimitée le droit d'alluvion.]

§ 25. Concernant les îles, il y a dans les pays de Putten un ancien usage [qui dit] que celui qui a le droit d'alluvion a aussi le droit à un banc de sable qui est si près de la terre qu'il peut l'atteindre de sa terre en allant à pied avec son épée [254].

§ 26. Il est sûr que, dans les pays qui sont concédés par le comté sur des mesures définies l'alluvion en dehors desdites mesures appartient au comté [255].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXI. La Cour de Hollande a jugé le 23 octobre 1647, chez Bort, *Het Hollandsch leenrecht*, part. V, tit. 3, chap. 10, quest. 3, nb 10, p. 178, que, pour un bien-fonds fidéicommissaire accru par le biais d'une alluvion, l'accroissement de l'alluvion fortifié avec une digue n'était pas soumis au fidéicommis.]

§ 27. En Hollande du Sud, on ne trouve pas que quelqu'un, anciennement, ait témérairement osé avoir pour lui une droit d'alluvion, à l'exception de ceux qui voulaient dire de telles choses être leurs par une concession [faite] par le comté ; pour cette raison, les anciens propriétaires des terres noyées **[99]** ont aussi toujours dit n'avoir pas eu de volonté de posséder plus que leurs anciennes limites [256].

---

[254] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. VIII, § XIV ; en argument, D. 41, 1, 65 § 2.

Le § XIV de Grotius a été donné ci-dessus, note 246.

Extrait du livre VI des *Choses vraisemblables de Labéon résumées par* Paul : *« 2 - Si, par quelque moyen, une île, sur une rivière publique, proche de ton bien-fonds, est née, elle est la tienne. Paul : voyons si cela ne sera pas faux quant à cette île qui, au lit lui-même de la rivière, n'est pas attachée, mais qui, avec des branchages ou n'importe quel autre matériau léger, est soutenue dans la rivière d'une façon telle qu'elle ne touche pas le sol de celle-ci et qu'elle-même est en mouvement ; cette île est presque publique et, à la rivière elle-même, appartient ».*

[255] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 16 ; en argument, D. 43, 12, 1 § 6.

Extrait du livre VI des *Institutes* de Florentinus : *« Il est établi que, sur les limites des terres, le droit d'alluvion n'a pas lieu ; et cela, de divin [Antonin] le Pieux l'a établi dans une constitution et Trebatius dit que la terre qui, à des ennemis vaincus, a été accordée sous la condition que, dans la cité, ils viennent, a un droit d'alluvion et n'a pas été délimitée ; mais la terre prise de force a été délimitée, pour que l'on sache ce qui, à chacun, aura été donné, ce qu'elle serait vendue et ce qui, au public, aura été laissé ».*

Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Si une île, sur une rivière publique, est née et que, sur celle-ci, quelque chose est fait, cela n'est pas considéré, sur une rivière publique, être fait. En effet, cette île appartient à celui qui l'occupe, si les terres ont été bornées, à celui dont elle touche la rive ou, si, au milieu du lit, elle est née, à ceux qui possèdent près des deux rives ».*

[256] (Note de Groenewegen) Lorsque la terre est transportée jusqu'à la rivière, ainsi, le propriétaire a dans un tel cas le droit d'alluvion ; voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. VIII, § XII.

« XII. 1. Mais comme le peuple peut céder ce droit [d'alluvion] à toutes autres personnes, il le peut aussi aux propriétaires des terres les plus voisines, et il paraît indubitablement en avoir fait la concession si ces terres n'ont de ce côté-là d'autres bornes que la limite naturelle, c'est-à-dite le cours d'eau lui-même. Aussi ne devons-nous point mépriser sur ce point les jurisconsultes romains, qui ont distingué entre les terres limitées et les autres ; pourvu que nous nous rappelions que les terres comprises dans une certaine mesure *ont, à cet égard, le même privilège que* les terres limitées. *Car ce que nous avons dit plus haut des États, lorsque nous avons traité de la manière de s'en emparer, a lieu aussi à l'égard des terres des particuliers ; mais avec cette différence que les États, dans le doute, doivent être censés* arcifinies (*i. e.* "délimitées par des citadelles"*), parce que c'est ce qui convient le mieux à la nature d'un territoire, au lieu que les terres des particuliers sont plutôt censées limitées, ou renfermées dans une certaine mesure, qu'*arcifinies*, parce que cela s'accorde mieux avec la nature des possessions particulières.*

2. Nous ne nions pas cependant qu'il ne puisse arriver qu'un peuple assigne une terre avec le même droit qu'il s'en est mis en possession lui-même, c'est-à-dire en la militant par un cours d'eau ; et si cela a lieu, le droit à l'alluvion existe. Cela fut ainsi décidé, il y a quelques siècles, en Hollande, au sujet des terres situées près de la Meuse et de l'Ijssel, ; parce que dans les actes de vente, et dans les papiers terriers, ces terres étaient toujours portées comme s'étendant jusqu'à la rivière. Quand on vend ces sortes de terres, quoique dans le contrat il soit fait mention de quelque mesure, pourvu toutefois qu'elles soient vendues non à la mesure mais sous un

*

Chapitre X
De l'acquisition par naissance, accession d'un bien meuble, construction de maison et une [mise en] culture [de la terre]

§ 1. PAR ACCIDENT [RELATIVEMENT] À UNE CHOSE ANIMÉE, chacun acquiert la propriété de ce qui est né de ses animaux femelles, comme des veaux, les poulains et autres semblables [257].

§ 2. L'ACCESSION AVEC UN ACTE a lieu POUR UN BIEN MEUBLE et POUR UN BIEN IMMEUBLE.

§ 3. POUR UN BIEN MEUBLE, ainsi quand quelqu'un, une certaine chose lui appartenant, y ajoute pour le service ou l'ornement, une chose d'un autre [258].

§ 4. Par exemple, ainsi quand quelqu'un tisse son or dans le vêtement d'un autre ou met un couvercle d'argent sur la cafetière d'un autre, puisque l'or et l'argent ici sert pour orner quelque chose d'autre, ainsi, le vêtement attire à lui la propriété de l'or ; étant bien entendu que le tisserand a fait de bonne foi une telle chose, il peut réclamer une compensation [259].

[**Note de Willem Schorer sur la note 259 de Groenewegn van der Made**
L'auteur a déjà traité de cette matière dans le chap. VIII.]

§ 5. POUR UN BIEN IMMEUBLE, l'accession a lieu par une CONSTRUCTION DE MAISON ou une [MISE EN] CULTURE DE LA TERRE.

§ 6. PAR UNE CONSTRUCTION DE MAISON : car tout ce qui est construit **[100]** sur le sol de quelqu'un appartient au propriétaire du sol [260].

§ 7. Pour cette raison, dans le cas où quelqu'un construit quelque chose sur son terrain à partir du bois ou de la pierre d'un autre, il en est tenu comme le propriétaire aussi longtemps que la construction tient debout [261], pourvu qu'il soit tenu à une compensation [262] ; mais la

---

nom qui comprenne leur totalité, elles conservent leur nature et le droit d'alluvion. Cela est aussi décidé par les lois romaines, et se pratique partout ». Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 292-293.

[257] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 19.

« § 19. De même, ce qui, d'animaux soumis à ta propriété, est né, avec le même droit, t'est acquis ».

[258] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 26.

« § 26. Si, cependant, quelqu'un a tissé la pourpre d'autrui à son vêtement, bien que la pourpre soit plus précieuse, à la place d'une accession, elle échoit au vêtement ; et celui qui était le propriétaire de la pourpre, contre celui qui l'a soustraite, a une action de vol et une condiction, que lui-même soit celui qui a fait le vêtement ou un autre. Car, bien que les biens disparus ne puissent pas être réclamés, cependant, ils peuvent être réclamés avec une condiction des voleurs et de certains autres possesseurs ».

[259] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 26 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*.

[260] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 18, 2 ; D. 41, 1, 60.

Extrait du livre XXV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Nous appelons constructions usufruitières celles qui, sur un sol pris à bail, ont été placées ; la propriété de celles-ci, selon le droit civil et le droit naturel, appartient à celui auquel le sol [appartient] ».*

Extrait du livre Ier des *Réponses* de Scævola : *« Titius a placé un nouveau grenier à blé fait de planches de bois, mobile, sur le bien-fonds de Seius ; il est demandé lequel des deux sera le propriétaire du grenier. [Scævola] a répondu que, selon ce qui est exposé, ce qui avait été fait n'appartenait pas à Seius ».*

[261] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 29.

« § 29. Lorsque, sur son sol, quelqu'un, avec le matériau d'autrui, a construit, lui-même est entendu comme propriétaire de la construction, parce que tout ce qui est construit, au sol, échoit. Cependant, pou cette raison celui qui était le propriétaire du matériau ne cesse pas d'en être le propriétaire ; mais, durant ce temps, il ne peut pas le réclamer ni agir pour une production quant à cette affaire à raison de la Loi des XII Tables, dans laquelle il est disposé que personne n'est contraint de retirer la solive d'autrui jointe à sa maison, mais paiera le double pour cela par le biais de l'action qui est appelée "quant à la solive jointe" (de tigno juncto) *(mais dans l'appellation de solive, tout matériau est signifié, à partir duquel les constructions sont faites) ; pour cela, il a été prévu qu'il n'est pas nécessaire que les construction soient détruites. Mais, si, pour quelque autre cause, la construction a été détruite, le propriétaire du matériau pourra, s'il n'a pas déjà poursuivi le double, alors, le réclamer et, pour sa production, agir en justice ».*

maison vient-elle à tomber [en ruine], ainsi, le propriétaire pourrait prendre sur lui ou obtenir ce qui lui revient de la matière ; cela est aussi ajouté parce que la République est disposée à ce que les maison faites ne soient pas défigurées [263].

[**Note de Willem Schorer sur la note 262 de Groenewegen van der Made**
Autrefois, était accordée l'action quant à la solive jointe (*de tigno juncto*) qui, dans les usages, est tombée en désuétude, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 29 des *Institutes*, II, i, dont il a déjà été parlé ci-dessus dans le liv. II, chap. III, § 6, dans la note 99.]

§ 8. De nouveau, dans le cas où quelqu'un, à partir de son bois ou de sa pierre, construit quelque chose sur le terrain d'autrui, celui-ci en perd la propriété qui tombe au maître du sol [264]. Le maître du sol est tenu de lui faire compensation, dans le cas où il a construit en pensant être propriétaire [265] ou aussi comme utilisateur du sol [266], à moins que la construction n'ait pas été faite pour une nécessité ou un profit, mais pour un plaisir [267], dans lequel cas le maître du sol a le choix de la détenir avec une compensation ou de laisser celui-ci enlever la construction

---

[262] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i*(De la division des biens)* , 32 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 29 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens).*

« § 32. Avec cette raison, les plantes qui, dans la terre, prennent racine, au sol, échoient, avec la même raison, les blés aussi qui ont été semés, au sol, sont entendus échoir. Du reste, de même que celui qui, sur le sol d'autrui, a construit, si, de lui, le propriétaire réclame la construction, peut être défendu par l'exception de dol suivant ce que nous avons dit, de même, avec le secours de la même exception, peut être protégé celui qui a semé le bien-fonds d'autrui à ses frais de bonne foi ».

[263] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 10, 2.

Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Diogène et donnée en 223 : *« Il a été interdit dans un Édit du divin Vespasien et dans un sénatus-consulte que des constructions soient démolies et d'en enlever les marbres pour faire du commerce. Du reste, il a été disposé par une clause spéciale qu'il était permis de transférer d'une maison dans une autre certaines choses. Mais il n'est pas permis aux propriétaires de les transférer d'une façon telle que, une fois toutes les constructions mises à terre, l'apparence publique en soit déformée ».*

[264] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 30 ; C. 3, 32, 2.

« § 30. En sens inverse, si quelqu'un, sur le sol d'autrui, avec son matériau, a construit une maison, en devient le propriétaire celui auquel appartient le sol. Mais dans ce cas, le propriétaire du matériau perd la propriété de celui-ci, parce qu'avec sa volonté, il est entendu avoir été aliéné, en tout cas, s'il n'ignorait pas que, sur le sol d'autrui, il construisait ; et c'est pourquoi, bien que la maison était été détruite, il ne pourra pas réclamer le matériau. De façon certaine, il est établi que, si, le constructeur ayant été mis en possession, le propriétaire du sol réclame que la maison soit la sienne et ne paie ni le prix du matériau ni les loyers des ouvriers, celui-ci peut être repoussé par une exception de dol, en tout cas, si était possesseur de bonne foi celui qui avait construit ; car, à celui qui sait que le sol est celui d'autrui, une faute peut être opposée, parce qu'à la légère, il aura construit sur ce sol qu'il entendait être celui d'autrui ».

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Aristaenetus et donnée en 213 : *« Si tu peux prouver que la partie inférieure de la construction qui touche le sol t'appartient, il n'est pas douteux que celle que le voisin a placée dessus s'est ajoutée. 1 - Mais ce qui, sur ton sol, a été construit, dans la mesure cela reste dans la même cause, légalement, t'appartient. Mais, si cela a été démoli, le matériau de cela revient au premier propriétaire, que, de bonne foi ou de mauvaise foi, la construction ait été démolie, si, non avec l'intention de les donner, les constructions, sur le sol d'autrui, ont été placées ».*

[265] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 30 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)* ; C. 3, 32, 16.

Pour ce § 30, voir la note précédente.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Januarius et donnée en 293 : *« Si, sur un terrain commun, quelqu'un a construit une maison, la raison rend celle-ci commune entre vous. Si tu veux réclamer la partie de celui qui, possédant de bonne foi, a construit, tu dois offrir les dépenses afin qu'avec l'exception de dol, tu ne puisses pas être repoussé »*

[266] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 33, 7 ; Garcia, *De expensibus*, cap. 14 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 30 des *Institutes*, II, i.

Constitution de Gordien adressée au soldat Ulpianus et donnée en 243 : *« Il est d'un droit réfléchi que celui auquel appartient un usufruit paie les frais d'entretien [d'une maison] à ses frais. Par conséquent, si tu peux montrer que quelque chose, au-delà de ce qui devra être dépensé, a été demandé, selon la coutume, tu le réclameras ».*

[267] (Note de Groenewegen) Voir D. 25, 1, 9.

Extrait du livre XXXVI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Pour les dépenses d'agrément, à moins que l'épouse ne se soit préparée à souffrir que le mari les enlève, elle souffre une réclamation. Car, si l'épouse veut les avoir, elle doit rendre ce qui a été dépensé à son mari ou bien, si elle ne le veut pas, elle doit souffrir qu'il les supprime, si seulement elles reçoivent une séparation ; du reste, si elles n'en reçoivent pas, elles doivent être abandonnées ; en effet, il a été ainsi permis au mari d'enlever l'ornement qu'il a posé, si va lui appartenir ce qu'il a enlevé ».*

[268] ; mais celui qui a fait une telle chose de mauvaise foi n'a aucun recours [autre] que celui des frais nécessaires [269].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXII. Celui qui a construit sur le sol d'autrui possédé de bonne foi, répète les dépenses utiles, une fois la possession perdue, par le biais d'une action dans le droit hollandais.

CCXIII. Mais le preneur d'un bail peut obtenir la seule évaluation de la matière de ce qu'il a fait avec le consentement du propriétaire, non cependant, retenir le bien-fonds à ce titre, bien qu'il lui ait été obligé selon le droit d'une hypothèque légale, jusqu'à ce qui ait reçu l'évaluation à partie de la loi hollandaise du 26 septembre 1658, art. 10, 11 et 12 ; si [c'est] sans le consentement du propriétaire, avant la fin de la location, il peut enlever ce qu'il a fait ; [il n'en est] pas de même en Zélande dans la loi du 26 janvier 1664, art. 5, voyez les art. 10 et 11.

CCXIV. Beaucoup enseignent que le possesseur de mauvaise foi peut déduire les dépenses utiles, quoiqu'à l'encontre de Grotius qui suit le droit civil ; cependant, leur sentence ne peut pas être reçue, voir en argument dans ladite loi de Hollande, art. 12.]

§ 9. PAR UNE [MISE EN] CULTURE DE LA TERRE : car tout ce qui est semé ou planté sur la terre de quelqu'un par le propriétaire du sol ou par un autre appartient au propriétaire du sol [270].

[**Note de Willem Schorer sur la note 270 de Groenewegen van der Made**

Dans nos usages, les dépenses nécessaires sont non seulement déduites, mais aussi les dépenses utiles, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 30 des *Institutes*, II, i. Tantôt, parce que personne ne devra devenir plus riche au détriment d'autrui, l'auteur observe ci-dessous dans le liv. III, chap. XXX, § 3, que cela, le partage des biens ayant été fait entre les mortels, répugne tout à fait à l'équité naturelle ; tantôt parce que les peines légales qui privent quelqu'un de son droit, sont

---

[268] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 25, 1, 9 et D. 6, 1, 38.

On ne reprendra ici que le second texte, le précédent étant donné dans la note 263.

Extrait du livre III des *Digestes* de Celsus : *« Sur le bien-fonds d'autrui, qu'imprudent, tu as acheté, tu as construit ou tu as semé [quelque chose], ensuite, il est évincé ; un bon juge, différemment, l'établira à partir des personnes et des causes. Imagine que le propriétaire allait faire cela même ; il rendra la dépense, afin de recevoir le bien-fonds, seulement jusqu'à ce qu'il en est devenu de plus de prix et, si plus, au prix du bien-fonds, s'est ajouté seulement ce qui a été dépensé. Imagine qu'un pauvre qui, s'il est contraint de le rendre, aura, de ses lares paternels et de ses tombes ancestrales, à être privé ; il est suffisant pour toi qu'il soit permis d'ôter de ces biens ce que tu pourras, pendant qu'ainsi, le bien-fonds ne se détériore pas plus que si, au commencement, il n'allait pas être construit. Mais nous établissons que, si le propriétaire s'est préparé à donner autant que le possesseur allait donner, ces choses ayant été enlevées, la possibilité lui en est faite ; à des malignités, il ne faut pas être favorable, par exemple, si tu veux enlever un enduit de stuc que tu as introduit, et des peintures, cela ne sera en rien apporté, si ce n'est pour que tu gênes. Imagine que cette personne soit celle du propriétaire qui allait vendre le bien-fonds reçu bientôt ; si elle ne le rend pas, nous avons dit combien, dans le premier cas, on devait rendre, ceci ayant été déduit, toi, tu dois être condamné ».*

[269] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 32, 5 ; Garcia, *De expensibus*, cap. 5. Mais voyez contre cela Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le dit texte de C. 3, 32, 5.

Constitution de Gordien adressée à Heresianus et donnée en 239 : *« La maison dont tu indiques qu'elle te revient par succession maternelle et qu'elle a été occupée injustement par la partie adverse, le gouverneur de la province ordonnera qu'on te la restitue avec les loyers qu'elle a perçus ou qu'elle a pu percevoir, et toute cause de dommage occasionné. On a donné rescrit (disant) que l'on ne pourra tenir le compte à juste titre de ce qu'elle a dépensé, du fait que les possesseurs de mauvaise foi n'ont pas droit de faire réclamation de ce qu'ils ont dépensé pour le bien d'autrui, ne s'occupant pas de leurs affaires auxquelles appartient le bien, à moins d'avoir entrepris des frais nécessaires. Si au contraire, elles n'étaient pas utiles, licence leur sera donnée de les supprimer sans lésion du premier état du bien ».*

[270] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 31.

« § 31. Si Titius a disposé la plante d'autrui sur son sol, elle lui appartiendra ; en sens inverse, si Titius a disposé sa plante sur le sol de Mævius, la plante appartiendra à Mævius, pourvus que, dans les deux cas, elle ait fait des racines. Mais, avant qu'elle ait fait des racines, elle restera à celui quelque elle appartenait. À plus forte raison, à partir du fait que la plante a fait des racines, sa propriété est modifiée, de sorte que, si [quelqu'un] a planté l'arbre d'un voisin sur la terre de Titius d'une façon telle que, sur le bien-fonds de ce dernier, il a fait des racines, nous disons l'arbre est fait celui de Titius, ; le fait est que la raison ne permet pas que l'arbre soit entendu appartenir à un autre que sur le bien-fonds duquel il avait fait des racines. Et c'est pourquoi, près de la limite [des terrains], l'arbre placé, si aussi, sur le bien-fonds du voisin, a fait des racines, devient commun ».

tombées en désuétude ; tantôt, enfin, parce qu'aujourd'hui, indistinctement, ceux qui ont le droit de retenir peuvent aussi le réclamer par un action en justice. Pour la restitution des dépenses, il faut cependant relever que, précisément, le propriétaire n'est pas tenu de payer ce que le possesseur a dépensé ; mais il faut faire une distinction : en effet, ou bien l'amélioration dépasse les dépenses comme il est ordinairement fait dans une plantation, alors le propriétaire est libéré de la restitution de ce qui est demandé ; ou bien dans le cas contraire, la dépense est plus importante que l'amélioration, comme il arrive généralement dans les constructions, alors, la dépense doit être évaluée et restituée dans la mesure où, de là, le bien a été vraiment amélioré, voir Abraham van Wezel, *De connubiali bonorum societate*, tract. II, cap. 2, nb 169 ; *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, p. 731. Cela est aussi vrai pour le paiement des dépenses avec lesquelles la valeur d'un ancien fief a crû, comme nous le verrons ci-dessous, liv. II, chap. XLI, § 20, sur la note 978.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 8 et 11.**

CCXV. Les arbres plantés sur un bien-fonds pris à bail échoient au sol et le propriétaire qui n'a pas commandé qu'ils soient plantés ne rend pas leur prix, voir ladite loi de Hollande, art. 13. À Middelburg, les plantes proprement dites peuvent être enlevées par le preneur, voir les coutumes de Middelburg, rubr. 9, art. 12 ; cela est cependant considéré ne pas devoir être entendu quant aux arbres ni être étendu aussi aux autres possesseurs de bonne foi.]

§ 10. Cela est entendu des plantes qui, dans le sol, sont **[101]** enracinées [271] ; car la racine est ici considérée aussi loin qu'un arbre d'un voisin qui fait racine sur mon sol devient le mien, comme tirant sa nourriture de mon sol ; et un arbre qui se tient à mi-chemin de deux terres voisines est commun entre les deux [272].

§ 11. Cependant, ce qui est dit ci-dessus de la compensation a ici lieu à l'avantage du précédent propriétaire de la semence ou de la plante, aussi en considération de son travail, dans le cas où il a fait la plantation ou l'ensemencement de bonne foi.

*

Chapitre XI
De la communauté de biens par mariage [273]

§ 1. Nous avons parlé de la propriété des simples choses. La suite demande que nous en venions à L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ QUI COMPREND BEAUCOUP DE CHOSES ; non des choses de genre, car celles-ci n'entrent dans aucune propriété, puisque personne ne peut avoir une propriété sur un animal ou un cheval en général, mais bien sur ce cheval-ci ; mais de QUELQUE CHOSE DE GÉNÉRAL, ou seulement pour autant que la propriété s'en distingue de la propriété des simples choses ; car autrement, il est suffisamment connu que, de la même façon qu'un mouton est obtenu, aussi, un troupeau de moutons peut être obtenu.

§ 2. La TOTALITÉ qui a une relation particulière à la propriété est UN HÉRITAGE que je décris ainsi :

§ 3. LES BIENS sont *la totalité qui comprend tout ce qui appartient à une seule personne ou plus ensemble en communauté avec les charges* [274].

---

[271] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 31 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*.

[272] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 31 des *Institute*s, II, i *(De la division des biens)* à la fin ; coutumes d'Anvers, cap. 62, art. 85 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 43, 27 *(De l'abattage des arbres)* et 28 *(Du ramassage des glands)*.

[273] (Note de Groenewegen) Voyez ici Lambert Goris, *Adversaria de societate conjugali* ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5.

[274] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 39 § 1.

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - "Les biens" sont entendus [appartenir] à chacun, qui subsistent, une fois enlevé l'argent dû à autrui ».*

[102] § 4. Lorsque nous disons *appartient*, ainsi, là-dessous, ne doit pas être seulement comprise la propriété, mais aussi les droits personnels.

§ 5. Une SUCCESSION est comprise sous le nom de biens ; car c'est l'héritage d'un mort [275].

§ 6. Nous traiterons d'abord de l'acquisition d'un héritage en général ; ensuite, de la succession en particulier.

§ 7. POUR UN HÉRITAGE, alors, la propriété est acquise par une COMMUNAUTÉ DE BIENS [276], qui se produit PAR UN MARIAGE ou EN DEHORS D'UN MARIAGE.

[**Note de Willem Schorer sur la note 276 de Groenewegen van der Made**

La communauté des biens produit cette effet que les biens soient communs entre les époux, à un point tel que rien ne peut être dit le propre de chacun. Mais il est demandé : depuis quel moment cette communauté des biens entre les époux commence-t-elle, depuis le moment du contrat de mariage ou depuis l'entrée dans le lit conjugal ?

En Hollande, la première opinion est préférée à la seconde, comme [l'a dit] ci-dessus l'auteur, liv. I, chap. V, § 17, note 89, du fait que le consentement, non l'accouplement, fait les noces, voir D. 50, 17, 30 et D. 35, 1, 15. Et cela triomphe dans les usages de Gueldre et de l'Over-Ijssel, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 229. Nieuwstadt, *De pacto dotali*, obs. 15,16 et 17, a plusieurs choses qui regardent cela. Cela est vrai, à moins que, dans les statuts de certains endroits, il n'ai été autrement disposé, comme en témoignent Lambert Goris, *Adversariæ miscellaneæ*, tract. I, cap. 2, Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 11, nb 65, et Wezel, *De connubiali bonorum societate*, tract. I, nb 30, quant à la loi municipale d'Utrecht, quant aux usages de Frise, Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. II, tit. 5, defin. 1, quant aux gens de Groningue et aussi ceux de l'Ommeland, van der Marck, p. 227.

Mais il est bellement demandé si l'acte charnel des gens qui s'accouplent sera précisément requis dans ces endroits ou si seule, la pénétration dans le lit suffira. La seconde chose, affirme Brunemann, *De jure ecclesiastico*, cap. 17, § dernier, comme aussi Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 19, defin. 4, après la montée dans la couche nuptiale. Par le biais de celle-ci, il signale, dans sa *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis,* lib. III, tit. 5, defin. 67, nb 9, que la plus entière consommation du mariage est faite, et ainsi nous l'indique le catalogue des sentences, voir Abraham van Wezel dans ledit tract., tit. 1, nb 44 ; il embrasse cette sentence [en disant] qu'il n'est pas examiné trop curieusement ce qui avait été fait entre un seul homme et une seule femme et il explique ainsi le statut d'Utrecht, mais de façon tout à fait vicieuse, comme il me semble, à l'encontre de la rubr. 22, art. 1, que lui-même indique, nb 30, et à l'encontre des qualités natives de la langue vernaculaire, comme cela est clair à partir des termes de celle-ci ; car, nb 44, notre statut dit et exige qu'*ils aient couché ensemble* et, bientôt, dit-il, *couché* désigne communément l'acte sexuel, et dans les nb suivants, il tient de même le très ancien propos préalable : *car ils viennent à une table et à un lit, ainsi, est-ce commun, car ils seront un seul corps.* Lui-même dit que le mélange requiert un seul corps et la seule chair de la femme et non obstant cela, il n'entend pas le verbe *coucher* quant à l'acte sexuel, mais quant l'union de l'homme et de la femme, nb 47. Assurément, si nous voulons conclure à partir d'une raison analogique, cette sentence ne peut pas être défendue, du fait que, quant au droit, il sera vrai que *ce qui est fait est plus que ce qui est conçu de façon simulée*, comme cela est clair à partir du titre de C. 4, 22 ; ainsi l'illustre van der Mack, *Institutiones juris civilis*, p. 230 et 232, le pense-t-il aussi. En effet, traitant ici de la bénédiction sacerdotale, il loue les législateurs qui n'ont pas reçu un commerce de l'homme et de la femme imaginaire de cette sorte, mais ils ont amené une union nécessaire. Et, de grâce, dites : qu'est d'autre l'entrée dans le lit conjugal, n'intervenant pas une union charnelle, qu'un commerce imaginaire ? De là, tandis que Titius a pris pour épouse Sempronia, seulement faible et malade, qui, peu de jours s'étant écoulés, le mariage n'ayant pas encore été accompli avec l'union charnelle, est morte, à bon droit, selon ce principe, il a été

[275] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 24.

Extrait du livre VI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« L'"hérédité" n'est rien d'autre que la succession à tout le droit que le défunt avait ».*

[276] (Note de Groenewegen) Sans qu'à cette fin, un certain transport soit nécessaire en considération des biens immeubles se trouvant dans l'héritage ; coutumes d'Anvers, tit. 41, art. 2, tit. 46, art. 10-11, tit. 60, art. 6 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 8 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 5 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, III, xxii *(Des obligations par consentement)*, nb 4.

répondu qu'il était permis au veuf d'épouser la sœur de son épouse prédécédée, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 155, p. 653. Et, alors qu'Henry VIII, le roi d'Angleterre, a épousé Catherine d'Aragon, la veuve de son frère Arthur et ensuite, brûlant d'amour pour Ann de Boleyn ou conduit par le regret, voulut la répudier, celle-ci, appelant en témoin la conscience de ce même roi, déclara de façon sincère qu'elle avait épousé vierge Henry, voir Burnet, *Histoire de la réformation*, t. I, p. 174. Cependant, une semblable question étant tombée, les États de Hollande, le 12 décembre 1612, ont jugé que de telles noces devaient être refusées, voir van Schelling sur van Zurck, *Codex Batavus* au mot *Huwelyk* - "mariage", § 21, nb 5, pour moi p. 558. Mais il ne signale pas si ici, l'union était vraie ou imaginaire et là, se trouve l'unique point capital de la question ; ce que vous aviez pensé pour des noces, bien que contractée de bonne foi, procède à raison des profits nuptiaux, comme le dit plus longuement Stockmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 62, nb 7. Cependant, il a été très équitablement jugé que la femme, après la bénédiction sacerdotale, jouissait d'une hypothèque tacite à raison de la dot, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 19, defin. 10.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXVI. La confusion des patrimoines qui naît du mariage entre les époux est faite selon le droit lui-même et met en commun non seulement le droit, mais aussi la possession sans tradition ou cession en justice ; elle affecte non seulement biens biens actuels, mais aussi les biens futurs, cf. coutumes de Middelburg, rubr. 12, art. 3.]

§ 8. PAR UN MARIAGE conclu en Hollande ou en Frise occidentale, se produit une COMMUNAUTÉ DE BIENS entre les époux par la loi du pays [277], étant excepté pour autant ce qui est trouvé être exclu ou amoindri par les conventions anténuptiales, étant excepté lorsqu'un jeune homme de près de vingt-cinq ans ou une jeune fille de près de vingt ans se marie avec quelqu'un sans le consentement des parents, amis ou du magistrat, de telle façon que cela est dit ci-dessus dans le traitement du mariage, puisqu'entre de telles personnes (le mariage ayant déjà eu son cours), la communauté n'a pas lieu [278].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXVII. On ne convient pas entre les savants [de savoir] quelle serait l'origine de cette communauté reçue en Hollande et en Zélande (voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 32, supplément, part. IV, p. 288 ; Statuts de Dordrecht, art. 49, chez van de Wall, p. 1348). Peut-être, les femmes germaniques qui apportaient leurs biens dans le mariage, non contentes de la part statutaire après la mort du mari, à la place de l'ancienne dot, celle-ci allant leur échoir, contractaient-elles ordinairement dans un pacte prénuptial une part égale des biens pour elles ; et ce qui était en premier lieu fait avec des pactes convenus à raison de leur fréquence, avec l'écoulement du temps, est tombé en coutume, cf. Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 9 dans la note, p. 33. Du reste,

---

[277] (Note de Groenewegen) Voir le privilège de la Hollande du Sud, p. 403, art. 5 ; coutumes d'Amsterdam sur les affaires civiles délivrée à la Cour de Hollande le 9 janvier 1570, art. 1, imprimée parmi les privilèges d'Amsterdam en 1624, p. 83 ; coutumes de la Hollande du Sud révisées à la Cour de Hollande en 1571, art. 6, imprimées avec les privilèges de la Hollande du Sud, p. 403. Cependant, il est digne de remarquer qu'une telle chose n'a pas lieu parmi les grands et les principaux nobles, comme les comtes, les barons ou les chevaliers et les gens semblables, comme cela a été ordonné par la Cour Suprême de Hollande le 31 juillet 1587 ; voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 9, dans les notes aux mots *sub specie dotis* à la fin ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* au début sur *Institutes*, II, viii [*De quelles façons il est permis ou non d'aliéner*].

[278] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus liv. I, chap. VIII, liv. II, chap. V, § 4, note 160, ci-après, chap. XII, § 7, note 297, chap. XVI, § 5, note 345, liv. III, chap. II, §§ 10 et 24-25, notes 111 et 112 et notes 157 et 158. Cependant il est aussi à entendre que la communauté n'a pas lieu à l'avantage de celui qui, mineur, sans le consentement de ses parents, amis ou du magistrat, s'est marié. En argument D. 30, 128 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 4 *(Des mariages)*, 8.

Extrait du livre II des *Institutes* de Marcianus : *« Si un tuteur, à l'encontre du sénatus-consulte, a pris sa pupille comme épouse, celle-ci, certes, à partir de son testament, peut prendre [quelque chose], mais lui-même ne le peut pas, et à juste titre ; en effet, sont en faute ceux qui contractent des noces interdites et, à juste titre, ils doivent être punis ; cela ne peut être imputé à la femme qui, par le tuteur, a été trompée ».*

pour que cette coutume ne gagne pas de proche en proche plus largement ou qu'entre les parents aussi et les enfants, elle ne soit pas reçue, un très ancien statut de Zélande de 1256, art. 82, et de 1290, art. 91, et le nouveau, chap. 2, art. 20, ont très expressément indiqué qu'elle devait être tolérée entre les seuls conjoints. Mais, si, non sans raison, cependant, elle a été observée entre les époux jusqu'à cette époque, du fait qu'en général, des égaux en condition que la loi présume égaux en richesses, sont unis en mariage.

CCXVIII. Cette communauté a lieu entre les conjoints quand le mariage a été bientôt célébré, si ce n'est que, dans la ville de Schoonhoven et de Vianen (voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 32) et à Middelburg, la montée dans le lit nuptial est requise, voir coutumes de Middelburg, rubr. 12, art. 1, sur laquelle, voyez Timmermans. Elle cessera cependant 1°. dans les noces contractées par un mineur contre le gré de ses parents ou de ses proches, voir l'édit de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 17, l'ordonnance de police, art. 13 ; ces lois sont considérées l'exclure des deux côtés ; 2°. dans le mariage auquel la solitude de l'un ou l'autre des époux, même s'il est consentant, mais contre le gré des parents, a donné la cause à l'encontre de la loi de Hollande du 25 février 1751, dont [il a été parlé] ci-dessus dans les thèse LXXI et LXXII.]

[103] § 9. Cette communauté n'a pas lieu non seulement lors du premier mariage, mais aussi dans les mariages suivants [279].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXIX. La communauté des biens entre les époux a lieu aussi dans un second mariage, bien qu'il y ait des enfants du premier lit, à partir des décisions de la Cour du 20 mars 1612 et du 8 octobre 1614, dans les *Decisien van den Hove van Holland,* n° 422, et de la Cour Suprême du 31 juillet 1620, n° 155 ici même. Et ne fait pas obstacle cet usage alors déjà reçu en Hollande dans cette loi édictale ; les arguments de Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 2 au début et de Barels, *Aanmerkinge over eenige onzer aloude gebruiken in de Rechts-oeffeninge (Remarques sur quelques-uns de nos très anciens usages dans la pratique du droit)*, chap. 1, ne prouvent pas que cela soit absurde ou doive être modifié.]

§ 10. Les biens féodaux [280] et les biens liés par une dernière volonté [281] n'entrent en communauté que pour autant que cela concerne les fruits [282].

[**Note de Willem Schorer sur la note 282 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que les fiefs, de même que les biens inaliénables, si ce n'est quant aux fruits, ont été retirés de la communauté des biens, ce que Groenewegen approuve dans sa note aussi avec l'autorité des jurisconsultes ; de même, Fredrik van Sande, *Consuetudines feudales*, p. 101, nb 4, et cela a été aussi simplement répondu à Amsterdam, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 9, p. 14 à la fin. De même aussi, pour les fiefs, cela a été disposé dans les lois provinciales de Gueldre, de même de l'Over-Ijssel, voir Schrassert, *Codex Gelriæ Zutpheniæ van gemeenschap van goederen*, § 1, et chez les gens de l'Ommeland, cela a été étendu aux biens ancestraux ou patrimoniaux, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 230 et suivante, et ainsi aussi, dans les

---

[279] (Note de Groenewegen) Voir en argument l'ordonnance de police, art. 29 sur les mots *'t welk* ; Cooren, *Supremæ Curiæ observationes*, obs. 30, nb 291.

[280] (Note de l'éditeur) En argument, voir *Libri feudorum*, II, tit. 26 sur les mots *in generali* et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur cela et sur le début du titre viii du livre II des *Institutes*, nb 2 ; *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, st. III, partie II, cons. 25, nb 1, et cons. 131 ; voyez avec Bort, *Van de Hollandsch leenrecht*, chap. 2, p. 11.

Voici le passage en question du *Livre des fiefs* : *« Dans l'aliénation générale du vassal, n'est pas compris le fief, à moins qu'il n'ait été nommément dit ».*

[281] (Note du traducteur) Il faut entendre par là les biens qui font l'objet d'un fidéicommis, c'est-à-dire dont la dévolution au destinataire, le fidéicommissaire, va peser sur l'héritier testamentaire. Le testateur s'en remet à la foi de l'héritier.

[282] (Note de Groenewegen) Voir Goris, *Adversaria de societate conjugali*, cap. 33 ; Cooren, *Consilia*, cons. 25, nb 27 avec les suivants ; Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 14 et *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 5 ; *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 130.

Responsa jurisconsultorum Batavorum, part. II, cons. 168, p. 447, aux mots *zoude verstaan* - "entendrait", et cons. 125, p. 343, aux mots *quartum argumentum* - "le quatrième argument". Ainsi Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 11, rapporte que cela triomphait aussi dans l'évêché d'Utrecht et le duché de Gueldre sans aucune distinction entre les fiefs directs et les fiefs héréditaires. Mais, en Hollande, il enseigne qu'il faut faire la distinction entre les fiefs directs et les fiefs héréditaires, du fait qu'ils entrent tout à fait dans la communauté des biens et l'auteur lui-même signale ci-dessous dans le liv. II, chap. XLI, § 3, dans la note 937 qu'il en va de même du droit partout où l'aliénation des fiefs a été accordée aux vassaux à partir de l'usage de la région, sans en obtenir la faveur du seigneur direct. Déjà, les fiefs héréditaires (communément, *onsterfelyke erfleenen* - "fiefs héréditaires immortels") qui ont été ramenés à l'instar d'un bien allodial, sont à bon droit aliénés par un acte entre vifs à l'insu du seigneur, et ainsi, *ex professo*, Bort, *Van het Hollandsch leenrecht*, part. V, tit. 2, cap. 3, quest. 5, nb 13 et 14, pour moi p. 106, et les *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 257, p. 592, aux mots *om redenen* - "pour raisonner", font ainsi la distinction, bien qu'il ait été cependant répondu que, pas même pour les fiefs héréditaires, qu'il y avait quelque lieu à une communauté des biens en Hollande, mais sans aucune autorité, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 276, nb 1. Cependant, Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 71, nb 3, enseigne cependant qu'en Gueldre, où les mauvais fiefs sont inconnus, comme ci-dessous sur le liv. III, chap. XLI, § 2, notes 931 et 932, que cela est d'un droit très certain. Il a été aussi simplement répondu que le fief acheté durant le mariage entrait dans la communauté, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 144, p. 245. Ce qui trompe de nouveau le devin, sui le mari a reçu l'investiture en son nom, ainsi toutefois, pour que la moitié entre dans la contribution des espèces monétaires, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 72, nb 1 ; Schomaker dans ledit cons. 71, nb 4. À un point tel que, tant que l'épouse reste en possession du fief, [c'est] jusqu'à ce qu'il lui ait été fait satisfaction par les successeurs du mari, voir de même, cons. 67, nb 4, 5 et 6, et le cons. 68. Ce droit se présente aussi aux frères et aux sœurs plus jeunes, voir de même, cons. 75, nb 4. Mieux, dans la loi de Gueldre, le successeur féodal est tenu à la restitution, bien qu'il repousse la succession des biens allodiaux, voir ledit cons., nb 72, 73 et 74. Mais nous verrons sur le liv. II, chap. XLI, § 20, sur la note 969, comment le rapport devra être fait.

L'auteur enlève aussi de la communauté des biens ceux qui ont été chargés d'un fidéicommis, et ainsi [le dit] plus longuement Abraham van Wezel, *De connubiali bonorum societate*, tract. I, nb 86, 87 et suivant, de même, les joyaux donné par le fiancé à la fiancée. Cependant, le contraire doit être statué, s'ils ont été préparés pour l'épouse dans le contrat des noces. Du reste, il est demandé si les aliments et les dépenses d'études faites au second conjoint entrent dans la communauté ou si l'enfant né adultérin portera préjudice au conjoint innocent sur ce point. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 81, affirme qu'à raison de la faveur des études, comme dans le nb suivant, aussi quant à la descendance, ils sont adultérins ; je pense cependant que cela doit être ainsi limité, si l'épouse a su et, vis-à-vis du mari, avait ignoré la faute, car à celui qui le veut, aucune injure n'est faite, bien qu'il ait été simplement répondu, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 39, p. 42, que cette charge incombait aussi à la veuve, mais moins à bon droit, et ne m'émeut pas ce que Voet ajoute en outre que les biens détruits par le biais du jeu de dés entrent aussi dans la communauté, du fait qu'aucun jeu de dés ne sera la cause d'une rupture du mariage et que le mari n'est pas présumé avoir joué à cette fin de dilapider les biens de son épouse, voir Gabrielo Alvaro de Velasco, *Praxis partita et collata*, cap. 23, nb 13 ; et si cette sentence est admise, en tout cas, l'épouse est astreinte à l'infortune du crime d'autrui, ce qui est expressément nié dans C. 5, 16 *(Des donations entre mari et épouse)*, 24, bien que cette loi a été abrogée pour ce qui regarde les donations interdites dans les usages entre mari et épouse, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, § 17, sur la note 311. À partir de là, il a été plus justement et mieux répondu à Zutphen, le 10 août 1752, que l'épouse n'était pas tenue de nourrir l'enfant adultérin du mari, voir Schomaker, *Consila et responsa juris*, part. V, cons. 62, nb 20, p. 738.

En outre, il est demandé et controversé avec le plus grand soin, quand les noces avaient été contractées en Hollande entre des Hollandais et que l'un de ceux-ci l'union charnelle n'ayant pas encore été accomplie, avant l'entrée dans le lit [conjugal], était mort, si aussi, sera faite la communauté des biens immeubles, ceux-ci étant situés dans les lieux où, à côté de la bénédiction sacerdotale, l'accouplement est requis. Voet affirme, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 85, et pense que, quand la question est soulevée sur les solennités, uniquement, la loi du lieu dans lequel l'acte est célébré, doit être examinée ; déjà, il a agréé aux Hollandais que les noces soient achevées

avec la seule intervention de la bénédiction sacerdotale. Il est en outre demandé : si le fiancé a usé prématurément du plaisir sexuel avec la fiancée et qu'après la célébration des noces, l'accouplement n'est pas encore intervenu, [que se passe-t-il] ?Alors, la communauté des biens cesse là où la loi du lieu le souhaite, voir Voet, lib. 23, tit. 2, nb 89. Qu'en est-il si, pendant ce temps-là, la mort de l'un ou l'autre des contractants est intervenue, les noces n'ayant pas encore été célébrées ? Assurément, il n'y aura pas lieu à la communauté ; cependant, une action sur ce qui est d'intérêt est accordée à celui qui n'était pas en retard, mais non au retardataire, voir Voet, lib. 23, tit. 2, nb 95.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXX. Sous la communauté des biens, ni les *fiefs directs* ni les *fiefs héréditaires* ne sont compris ; en vain, comme il semble à ceux qui sont en désaccord, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 71, et à d'autres, bien que l'époux qui les a apportés dans le mariage, doive conserver l'autre époux sans dommage au titre du fief héréditaire.

Voet, lib. 23, tit.2, nb 79, enseigne que l'argent ramené de la vente du fief devient commun.

CCXXI. Il est clair parmi tous que les biens chargés d'un fidéicommis ne deviennent pas communs ; mieux, ni la Trébellianique, si celui qui a été chargé ne l'a pas retirée, cf. Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ*, decis. 5, nb 12, et *De pactis antenuptialibus*, obs. 14, p. 46.]

§ 11. Là où, dans cet apport des biens quelque chose était caché ou mal donné à connaître, ne tombe aucune compensation, mais une telle chose est tuée par la communauté [283].

§ 12. De la communauté de biens, il s'ensuit que, le mariage durant, les biens de l'un des époux peuvent être tenus des dettes de l'autre, aussi celle qui est faite auparavant sans une certaine compensation [284].

[**Note de Willem Schorer sur la note 284 de Groenewegen van der Made**

L'auteur, liv. I, chap. V, § 22, note 100, a déjà traité de la communaiuté. En effet, les dettes ont été contractées avant ou après le mariage, ou bien sont réclamées durant le mariage ou celui-ci étant déjà dissous par la mort. L'auteur enseigne ici qu'à partir de la communauté des biens, toute dette aussi contractée avant le mariage est commune ; il y en aqui sont d'accord avec Grotius, et cela a été jugé ainsi les 27 octobre 1739 par la Cour de Frise, voir le grand Hamerster dans ses notes sur le liv. I, tit. 3n art. 1, aux mots *Hieruit onstaat* - "de cela, il survient", à un pint tel que les biens venant du côté de l'un des époux sont pris en gage pour les dettes contractées avant les noces et qu'ils peuvent être vendus pour poursuivre ce qui a été jugé ;et le contrat prénuptial avec lequl l'époux contracte le contraire, la communauté des biens n'ayant pas été exclue, n'est d'aucune valeur. Dans la loi de la Gueldre, l'épouse reste toujours obligée, bien que le contraire soit conlu dans le pacte prénuptial, à moins que ce contrat ne soit publié en son temps ou insinué dans les cates, et ainsi, cela a-t-il été jugé en 1652, voir Schrassert, *Codex Guelriæ Zutpheniæ*, aux mots *Huwelyke voorwarden* - "contrats nuptiaux", § 9. Mais si, durant le mariage, les créanciers n'ont pas réclamés les dettes plus anciennes que les noces, celles-ci étant dissputes, ils puevent seulement citer en justice pour la totalité celui avec lequel le contrat a été fait, ou ses héritiers, cependant, étant sauf de nouveau pour une telle dette le recours contre le condamné contre l'aurre époux ou ses héritiers ; ainsi [le disent] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 80 et l'auteur dans la note 290. Cependant, Voet indique ici que cela a agréé autrement aux gens d'Utrecht sur tout effet et que, sur ce point, les usages de Gueldre ne diffèrent pas beaucoup, à cet effet que la veuve d'un homme d'Utrecht est à bon droit citée en justice pour la totalité et à la faveur des dettes contractées durant le mariage t plus anciennes que les noices mêmes. Tobias Boel, dans ses notes sur Johan Loenius, cas. 99 et p. 627, aexaminé cette question plus abondamment, et il observe que ce droit controversé ne peut pas être déterminé en sécurité, mais que, pour le déterminer, il faut recourir aux lois muicipales et ainsi, a-t-il

[283] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu, aussi longtemps que dure le mariage ; voyez le § 14 du chapitre suivant.

[284] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu, lorsque, pour la conclusion du mariage, les biens ne sont pas augmentés ; cependant, dans le cas où les biens sont augmentés et sont cachés, ainsi ne tombe aucune compensation durant le mariage, mais le mariage étant décidé, doit ainsi se produire toutefois alors une compensation ; voyez ledit § 14 dans le chapitre suivant.

été répondu à La Haye le 12 novembre 1695. ; à Breda, ceux qui ont fait lit commun ne sont pas tenus pour les dettes plus anciennes que les noces, voir de Haas, *Nieuwe Hollandsche consilien*, p. 351. Cependant, il faut relever qu'il n'est pas permis à l'époux prédécédé de donner de façon immodérée en fraude de l'époux survivant, ni aux enfants ni aux parents consanguins qui vont lui succéder, du fait que, dans ce cas, ce qui a été ainsi donné entre dans la contribution, voir Voet, lib. 23, tit. 2, nb 54, et lib. 23, tit. 3, nb 15, et l'auteur, dans le chap. suivant.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCXXII. Par la communauté des biens entre les époux, tantôt la nature de la communauté, tantôt les termes clairs des statuts et des coutumes [rapportés] dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 37, les coutumes de Middelburg, rubr. 12, art. 1, les coutumes de Flessingue, chap. 6, art. 2, p. 66, montrent que les dettes aussi contractées avant le mariage sont communes. Le témoignage des échevins d'Amsterdam le confirme en 1677, [rapporté] chez Boel sur Loenius, *Decisiones*, cas. 99, p. 640, qui s'est écarté ici indistinctement de la sentence reçue presque par tous ici sans raisons appropriées.]

§ 13. Le lien du mariage étant dissout, le bien commun est semblablement partagé entre les époux ou leurs héritiers ; et s'il y a des enfants, le mariage durant, de leurs parents, ils ont reçu quelque chose pour la poursuite de leur mariage ou de leur nourriture et leur commerce, ceux-ci doivent le rapporter dans les biens communs avant tout partage ; ce rapport ne vient pas seulement à l'avantage des autres enfants (dont il sera traité ci-après), mais aussi à l'avantage du survivant des époux [285].

[**Note de Willem Schorer sur la note 285 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessous liv. II, chap. XXVIII, § 14, notes 699 et 700.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCXXIII. Le lien du mariage ayant été dissous, les biens communs sont partagés avec les dettes également entre les époux et leurs successeurs ; cependant, les enfants qui, à partir du patrimoine commun au titre d'une dot ou à un autre titre, ont reçu quelque chose, sont obligés non seulement envers la mère, mais parfois aussi envers la marâtre, voir de Haas, *Nieuwe Hollandsche consultatien*, cas. 28.]

[104] § 14. [Savoir] quels biens sont adjugés depuis la dissolution du mariage aux héritiers du mort ou de celui qui est survivant, ceux-ci sont évalués au prix qui en est donné dans une vente [286].

§ 15. Après cela, le bien de l'un tenu pour les dettes faites de l'autre, avant le lien du mariage, ne peut pas être tenu pour responsable [287].

---

[285] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 20 ; les privilèges de la Hollande du Sud, p. 403, art. 8 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 12 *(Du droit des dots)*, 14.

[286] Voir D. 35, 2, 63 ; Frederik Sande sur la coutume de Gueldre, traité 2, tit. 2, cap. 3, nb 10 et 11.
Extrait du livre II *Sur les Lois Julia et Papia* de Paul : *« Les prix des biens, ni à partir du sentiment, ni à partir de l'utilité des personnes privées, ne sont acquis, mais de façon commune. En effet, celui qui possède [comme esclave] un fils naturel n'en est pas d'autant plus riche, parce que, si un autre le possède, à un prix plus élevé, il va l'acheter. Mais celui qui possède [comme esclave] le fils d'autrui n'a pas seulement la valeur à laquelle, à son père, il peut le vendre et l'on ne doit pas en attendre, tandis qu'il le vend, mais, pour le moment, non ce que le fils de quelqu'un est évalué, mais ce que, par quelque moyen, un esclave est évalué. La cause est la même pour l'esclave qui a causé un dommage ; en effet, en commettant une infraction, il ne devient pas d'un plus grand prix. Mais il ne peut pas vendre un esclave institué héritier après la mort du testateur à un prix plus élevé qu'il peut être vendu, écrit Pedius ; il est, en effet, absurde que moi-même, comme héritier institué, je ne sois pas plus riche avant d'accepter [la succession] ; mais, si l'esclave a été institué héritier, immédiatement, j'en deviens plus riche, du fait qu'avec beaucoup de raisons, il peut arriver que, sur notre ordre, il ne l'accepte pas ; elle nous est acquise de façon certaine, lorsqu'il l'a acceptée, [ainsi, si rien n'en a subsisté], mais il est maladroit que l'on dise que nous étions plus riches avant que nous l'eussions acquise. 1 - Celui, dont le débiteur n'est pas solvable, a dans ses biens autant qu'il peut réclamer. 2 - Cependant, pour le prix, les lieux et les époques apportent quelque différence ; en effet, à autant à Rome et en Espagne, l'huile ne sera pas évaluée, ni à autant, pour des stérilités continues que pour des seconds fruits, pourvu qu'ici, non à partir des moments des périodes, ni à partir de ce qui arrive rarement, selon la cherté, les prix soient établis ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXXIV. Bien qu'à partir de la nature de la communauté statutaire, les deux époux, le mariage ayant été dissous, soient tenus pour la moitié des dettes contractées avant les noces, cependant, en Hollande, depuis 1597, avec l'autorité de la Cour Suprême, le contraire a été envisagé (voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 12 et 13), une sentence que la Cour a aussi approuvée, voir Loenius, *Decisiones*, cas. 99, et que les jurisconsultes hollandais ont suivie avec Grotius. Ceux-ci ajoutent cependant moins à bon droit que l'époux qui a payé la totalité de la dette contractée par lui-même avant le mariage, peut répéter la moitié aux héritiers de l'autre époux ; ce qui répugne totalement à la raison pour laquelle ce droit a été introduit et, pour cette raison, il semble avoir été laissé de côté à cet endroit par Grotius de propos délibéré.]

§ 16. Semblablement aussi, les dettes des funérailles et des autres choses suivant la mort sont seulement supportées par les héritiers de [l'époux] décédé [288].

§ 17. Mais, pour les dettes faites durant le mariage et, pour cette raison, durant la tutelle du mari, les créanciers peuvent poursuivre en justice le mari et ses héritiers pour la totalité, ou l'épouse et ses héritiers pour une moitié [289]. Les époux ou leurs héritiers sont tenus de s'en décharger l'un l'autre pour la moitié [290].

[**Note de Willem Schorer**

La tutelle du mari. Nous avons déjà traité, liv. I, chap. V, § 23, note 101 du mari tuteur perpétuel de son épouse [et nous en traiterons] ci-dessous, liv. II, chap. III, § 23, note 201. À bon droit cependant, avec le décret du juge, l'administration des biens est interdite au mari qui les dilapide et, dans ce cas, il ne peut en aucune façon aliéner les biens de l'épouse, beaucoup moins les mettre en gage à la faveur de ses dettes, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 118, l'auteur lui-même, ci-dessus liv. I, chap. V, § 4, et les coutumes de Middelburg, art. 10, p. 52. La Cour d'Utrecht a aussi jugé que toute la communauté des biens cessait entre les époux séparés de lit et des biens, voir Abraham van Wezel, *De connubiali bonorum societate*, tract. II, cap. 4, nb 38 et suivant. En conséquence, la tutelle maritale est alors terminée. Anciennement, en Zélande, il n'était pas permis au mari d'aliéner ni de mettre en gage les biens patrimoniaux de l'épouse, si ce n'est en cas de nécessité et avec le consentement de l'épouse elle-même, voir la *Keure* de Zélande, chap. 3, art. 46. Martin Cæsar, dans son *Hedendaags recht (Droit contemporain)*, liv. II, tit. 8, § 1, indique cependant que cela a été abrogé. Il a été répondu que l'aliénation des maris n'était pas valide, si ce n'est pour l'utilité du bien familial ou à partir d'une nécessité pressante, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 9, nb 11, et part. III, cons. 16, nb 1, et dans ce cas, l'épouse s'y opposant, le mari peut aller trouver le juge pour qu'il interpose son autorité et qu'il supplée le consentement de la femme qui résiste, voir de même, part. IV, cons. 16, p. 125. Mais le contraire est enseigné dans cette même partie, cons. 30, nb 14. Mais de nouveau, Stokmans, dans ses *Decisiones Brabantiæ*, decis. 57, nb 1, dit qu'il n'est pas permis au mari d'aliéner en fraude de l'épouse les biens de celle-ci. Voyez ce que nous relèverons sur le chap. XXI, § 2, sur la note 480. Cela a aussi été disposé ainsi dans le statut de

---

[287] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 12 et 13. Mais les héritiers de celui qui, avant la conclusion du mariage, n'avait pas augmenté ses biens en tenant compte de ses dettes faites avant le mariage, peuvent réclamer de nouveau la moitié du survivant ; voir obs. 14 dans les notes de Goris, *De societate conjugali*, cap. 4, nb 17 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 150.

[288] (Note de Groenewegen) Puisque, le mariage étant dissout par la mort, la communauté ne peut plus avoir lieu, voir coutumes du bailliage de la Hollande du Sud révisée par la Cour de Hollande en 1571, art. 40, imprimée avec les privilèges de la Hollande du Sud, p. 410 ; coutumes d'Anvers, tit. 47 *(Des dévolutions par héritage, des partages)*, art. 28 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 11, 7 *(Des choses religieuses, des dépenses funéraires et pour qu'il soit permis de conduire un enterrement)*, 23, 27 pr et §§ 1-2, avec D. 11, 7, 28 et C. 6, 30 *(Du droit de délibération, de l'acceptation ou de l'acquisition de la succession)*, 22.

[289] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 6 ; coutumes de Bourgogne, tit. 4, art. 11, et là, Chasseneuz.

[290] (Note de Groenewegen, Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, dans ladite obs. 6 ; voyez en outre Goris, *De societate conjugali*, cap. 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 12 *(Afin que l'épouse pour son mari, l'époux pour sa femme ou la mère pour son fils, ne soit pas citée à comparaître).*

Middeelburg, art. 3, p.50, et reçu à Utrecht, voir Christiaan Rodenburg, *De jure, quod oritur e statutorum diversitate*, tit. 2, cap. 5, nb 10, p. 78. Mais, si cette dette tombe dans la communauté, il signale que, dans ce cas, l'épouse est tenue d'une action personnelle à ce qui est d'intérêt.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXXV. le droit est différent pour les dettes contractées durant le martiage,non cependant, pour celles qui sont nées d'un délit, voyez aussi la réponse des échevins d'Amsterdam, dont [il a été parlé] ci-dessus dans la thèse CCXXII.]

§ 18. Mais une épouse cédant la totalité du bien commun et se rendant devant la tombe, seulement avec ses **[105]** vêtements de tous les jours est libérée des dettes qui sont faites durant le mariage [291].

[**Note de Willem Schorer sur la note 291 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici que cela est ainsi observé presque partout peut être réuni à partir des nombreux statuts qu'indiquent, à côté de Groenewegen dans sa note, Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 65, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 13, et l'auteur ci-dessous, liv. III, chap. LI, note 1498. Mieux, déjà, depuis la premiers temps, nous avons signalé un digne exemple dans l'histoire de la patrie que les veuves, aussi les plus nobles et nées d'un sang excellent, avaient usé de ce privilège. Car, lorsque qu'Albert, comte batave de Hollande, est mort à La Haye le 12 décembre 1404, sa veuve, Marguerite de Clèves repoussait sa succession ; ce qui avait été fait avec cette solennité que, par la sentence du juge, elle fut condamnée à marcher devant le cortège légal des funérailles, non seulement privée de tous ses ornements, mais aussi revêtue de vêtements empruntés, tenant dans la main qu'elle abaissait, la plume avec laquelle elle indiquait qu'elle repoussait de la même façon la succession du défunt et se tenait à l'écart de la communauté des biens, voir *Vaderlands historie*, chap. 3, liv. XI, p. 354 et suivante. Boel indique aussi cet illustre exemple d'exhérédation sur ledit cas. 65 aux mots *zie verder* - "voyez plus loin". L'effet de cette répudiation solennellement faite est ici que la veuve est libérée des créanciers du mari à cet effet que, bientôt revenue à une meilleure fortune, elle ne soit en rien tenue de payer quelque chose aux créanciers communs ; et, pour pleinement faire attention à elle, il est requis qu'elle se tienne à l'écart de toute la succession pour l'avantage des créanciers, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 12. Et cela a été reçu dans l'usage aussi dans la Flandre autrichienne, voir *Précis du droit Belgique*, p. 133. Mais, dans les usages de Bruxellles, l'épouse est l'héritière nécessaire du mari sur les meubles et ainsi, réciproquement, à un point tel que l'un des époux survivant est chargé de toutes les dettes et charges, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 58, nb 1 ; ce qui a été aussi solidement indistinctement tenu à Gand, voir les coutumes de Gand, rubr. 26, art. 20 et là, de Haan dans ses notes.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 18 et 19**

CCXXVI. Le droit d'abandonner le patrimoine commun avec un rite solennel devant la tombe du mari a été accordé à la veuve dans de nombreux statuts (voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 34, le supplément, part. IV, p. 240, et Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 65, p. 434 et suivante), et il ne regarde pas ces dettes qu'elle-même a contractées avec l'autorisation du mari durant le mariage, comme cela a été décidé par la Cour le 6 juillet 1633 chez Loenius, decis. 65 ; beaucoup moins celles qui sont nées à raison d'un commerce exercé par la femme.]

[291] (Note de Groenewegen) Voir Pierre Goudelin, *De jure novissimo*, liv. I, cap. 7 à la fin ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 9, art. 8, nb 23 et les suivants et vol. 1 decis. 209 ; d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 415 ; Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. IV, chap. 2, nb 3 avec les suivants ; Job Bouvot, *Arrests*, t. 2, aux mots *droicts appertenans*, quest. 6 ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 4, art. 20 sur les mots *par son mary et elle*. De cela, il y a dans certaines villes des *keuren* particulières, comme à Delft, Leyde, Oudewater, Utrecht et ailleurs.

§ 19. Cela n'a pas lieu pour les femmes marchandes qui, en présence ou en l'absence de leurs maris, se sont engagées publiquement dans des achats et des ventes avec des marchandises, lorsque celles-ci sont tenues de répondre des dettes de leurs maris [292].

[**Note de Willem Schorer sur la note 292 de Groenewegen van der Made**
L'auteur a déjà traité de la femme marchande dans le liv. I, chap. V, § 23, note 102, et il ajoute la raison pour laquelle elle n'use pas de cet avantage, parce qu'elle est citée en justice non à partir de l'acte d'autrui, mais du sien propre, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 13. Il faut le dire de même si l'épouse s'est constituée codébitrice avec son mari, comme [le dit] Loenius dans ledit cas. 65 et dans le cas. 78, aux mots *de voornaamde cost* - "le ci-devant dit coût". Il s'ensuit de là que les hommes ne jouissent pas de ce remède de l'exhérédation, parce qu'ils sont obligés à partir de leurs contrats, de même que cet avantage des femmes est refusé aux héritiers, du fait qu'ils pourront aviser à eux avec le bénéfice d'inventaire ou le refus [de la succession].

*

Chapitre XII
Des pactes prénuptiaux [293]

§ 1. Nous avons dit *étant excepté pour autant ce qui est trouvé être exclu ou amoindri par les conventions matrimoniales*.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCXXVII. Il est raisonnable que la communauté des biens entre les époux puisse être exclue non seulement expressément, mais aussi tacitement, dans un pacte prénuptial, voir D. 2, 14 *(Des pactes)*, 2, et cela est confirmé avec la réponse de Grotiusn, voir *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st., cons. 182, part. II, cons. 198, et part. IV, cons. 354 et 362.]

§ 2. Ainsi, il est utile de savoir alors ce que sont les conventions prénuptiales, avec leur force et leur conséquence.

§ 3. Une CONVENTION PRÉNUPTIALE est *une convention entre des futurs époux concernant leurs biens*.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCXXVIII. Du fait que les pactes prénuptiaux sont très largement accessibles, ils semblent à peine pouvoir être déterminés autrement, si ce n'est pour qu'ils soient *des conevt,ions entre des futurs époux ou d'autres dont c'est l'intérêt quant aux lois ou conditions avec lesquelles le mariage devra être régi*. D'où, il est clair que, contre le gré des fiancés même minu-eurs, ceux-ci ne sont pas à bon droit conclu, que le consentement des parents consanguins dans les pactes dess majeurs n'est pas requis, que les ^parents consanguins, mieux les étrangers qui veulent exercer une certaine libéralité se voient interdire d'y consentir et qu'enfin, il est illégal de choisir dans la diversité des statuts ceci ou cela qui a été statué, ou aussi n'importe quelles lois spécialement ou généralement avec lesquelles le mariage serait régi. Cependantles pactes contraires à un e loi interdictive, aux bonnes mœurs ou à la nature du mariage ne sont pas valides ; cependant, dans ce nombre, il n'y a pas que le mari, contre le gré de son épouse, ne change pas le domicile, bien que celui-ci soit en désaccord, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 101.]

§ 4. Cette convention peut être faite aussi bien oralement que par écrit et, la chose étant douteuse, il est permis qu'un écrit soit demandé pour preuve, non comme une nécessité, d'une

[292] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 7 octobre 1532 et les docteurs dans les endroits cités.
[293] (Note de Groenewegen) Voir ici Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*.

façon telle qu'aussi, l'écrit n'étant pas accompli, la convention peut être prouvée par des témoins [294].

[**Note de Willem Schorer sur la note 294 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que, pour la preuve des pactes dotaux, un écrit n'est pas précisément requis et ainsi a-t-il été répondu dans les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 90, p. 155. La raison en est qu'ils dépendent uniquement du consentement du fiancé ou de la fiancée, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 19, nb 1. La souscription des parents consanguins n'est pas nécessaire, nb 9. Cependant, cette sentence doit être limite d'une façon telle que qu'une telle déclaration faite en présence d'un notaire et de témoins soit valide dans ces endroits où la libéralité a été réciproquement permise entres les époux, comme en Hollande, où celle-ci est admise, pourvu qu'il soit seulement faite à raison des époux eux-mêmes et que rien ne soit fait par le biais de celle-ci au préjudice d'un tiers. Si, cependant, la femme se pense lésée avec cette déclaration, elle peut s'en tenir à la communauté statutaire, pourvu qu'avec l'interposition d'un serment, s'il est réclamé, elle ait voulu assurer que les noces avaient été contractées sans pactes dotaux ; je doute que cela convienne à l'équité. Mais, à Utrecht, où toute libéralité entre époux a été interdite soit par un testament soit par une donation entre vifs, cette preuve des pactes dotaux par le biais de témoins doit être rejetée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 3. Ce qui a été dit de la loi d'Utrecht a été aussi fermement tenu dans la loi de Gueldre, l'usufruit ayant été excepté, voir Schrassert, *Codex Guelriæ Zutpheniæ*, au mot *testamenten* - "testaments", art. 15.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXXIX. Les pactes prénuptiaux sont contractés à bon droit sans un écrit depuis le commencement ; cependant, il doit être fait attention à ce que rien ne soit fait en fraude du tribut imposé au document marqué du sceau public ou il faut se préoccuper que la faute ici commise soit rachetée, voir dans la loi de Hollande du 30 septembre 1744 et de 1794, art. 49, de Haas dans ses notes sur Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. 1, cap. 12, nb 9, et les jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 35, étant en vain en désaccord. Pour que ce pactes nuptiaux, aussi écrits, aient un effet contre les créanciers, ils doivent être réalisés publiquement, en présence d'un notaire et de témoins, en présence des parents consanguins des deux fiancés ou en présence de témoins appropriés.

CCXXX. Si, dans les pactes prénuptiaux, , la relation a été faite à la réalisation d'un inventaire quant aux biens séparément apportés dans le mariage, celui-ci sera valide, puisqu'il a été fait régulièrement ; s'il ne l'a pas été, ce qui est convenu quant aux biens ne sera pas vicié, mais la quantité de ceux-ci devra cependant être prouvée d'un autre endroit, voir les *Hollandsche consultatien*, part. II, cons. 164.]

[106] § 5. Nous disons *les futurs époux*. Car dès que le mariage est accompli, le droit du pays a lieu et par la suite, aucune changement ne peut y survenir de la part d'une partie vivante [295].

---

[294] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 18 et 19.

[295] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur C. 4, 129 *(Sur le sénatus-consulte Velléien)*, 11, sur D. 5, 1 *(Des actions et quand quelqu'un devra agir en justice ou être cité à comparaître)*, 65 et sur C. 5, 14 *(Des pactes convenus tant sur la dot que sur la donation avant les noces et des biens paraphernaux)*, 5. Cela est différent des loi romaines, voir D. 23, 4 *(Des pactes dotaux)*, 1, 12 § 1, et D. 23, 4, 29.

Extrait du livre IV *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Il est permis de faire un pacte après les noces, même si rien, auparavant, est convenu. 1 - Les pactes qui, quant au retour de la dot, sont faits doivent être faits entre tous ceux qui peuvent réclamer la dot et ceux par qui elle peut être réclamée, de sorte qu'à celui dont ce n'était pas l'intérêt, devant l'arbitre qui en a la connaissance, le pacte ne soit pas utile ».*

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - À partir des pactes convenus qui, avant les noces ou après les noces, sont ordinairement intervenus, les uns regardent la volonté, afin que la femme, avec la dot promise, se nourrisse et que, jusqu'à ce qu'elle ait été mariée, la dot, par elle, ne soit pas réclamée ou qu'elle paie une certaine somme à son mari et que, par lui, elle soit nourrie et ce qui, à cela, est semblable, les autres regardent le droit, comme quand la dot est réclamée et comment elle est rendue, sur cela, la volonté des contractants n'est pas toujours respectée. Du reste, si l'on a convenu que la dot ne sera pas du tout réclamée, la femme sera non dotée ».*

Extrait du livre II des *Réponses* de Scævola : *« Quand le mari qui a reçu les biens-fonds évalués en dot, le mariage demeurant, a convenu, pour circonscrire sa femme, que les biens-fonds n'ont pas été évalués pour, sans risque pour lui, les rendre en*

[**Note de Willem Schorer sur la note 295 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici qu'une fois les noces accomplies, il y a lieu à la communauté des biens et qu'elle n'est pas exclue par la suite à bon droit, ce qui est d'un droit approprié, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 310, p. 707 aux mots *dunkt onder correctie* - "sous correction semble-t-il".

Les pactes dotaux sont publics ou clandestins. Les publics, comme dans les fiançailles dont [il a été parlé] ci-dessus, liv. I, chap. VIII, § 3, note 160, sont préférés aux clandestins, qu'ils soient les premiers ou les seconds, et il faut s'en tenir aux publics, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 6.

Mais il est demandé s'ils pourront être modifiés avec la volonté mutuelle des époux. Cela est admis en Hollande et a été jugé par le Conseil de Brabant en 1661, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 59, nb 3, cependant, d'un façon telle que, quand l'un des époux est mort, le survivant puisse choisir s'il veut s'en tenir aux pactes dotaux et rester attaché aux profit qui lui sont dus de là ou à la modification des actes dotaux faite avec un consentement mutuel, voir Cos, *Rechtsgeleerde verhandeling*, p. 163, *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 14, p. 36 aux mots *dunkt onder correctie*, part. III, cons. 21, p. 62 aux mots *Zynde by ons* - "étant chez nous". Van Leeuwen dut, dans sa *Censura forensis*, lib. I, cap. 12, nb 6, que les deux Cours l'ont aussi ainsi jugé et cela a été simplement reçu dans le duché de Brabant, voir *Précis du droit Belgique*, § 2, p. 52. Mais, à Utrecht où toute libéralité a été interdite entre époux, comme nous venons de le voir, cela n'est pas permis, voir Voet, lib. 23, tit. 4, nb 62 ; comme cela a été aussi interdit dans la loi de Groningue, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, § 110, p. 205, et aussi dans le duché de Gueldre, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 23, p. 46, part. III, cons. 88, p. 195.

En outre, il faut observer sur cette matière que l'épouse, à bon droit, stipule pour elle dans le contrat prénuptial la libre administration des biens et que, dans ce cas, elle a été interdite au mari, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 23, nb 26 et 27, p. 173. Certaines choses sont cependant critiquées, par exemple, que le mari soit sous la puissance de son épouse, voir Voet, lib. 23, tit. 4, nb 20, ou qu'il ne modifie pas le domicile, voir dans ledit cons., nb 13, 14 et 15. Dans le droit français, on critique le contrat [fait] pour que l'épouse ne soit pas soumise à la puissance maritale, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 71. Chez les Égyptiens cependant, il signale, p. 67, que le contraire triomphait non seulement entre le roi et la reine, mais aussi entre les personnes privées. Et en Europe, il indique différents exemples de rois du même lit et plus récemment, entre Marie-Thérèse, fille de l'empereur Charles VI, et François-Étienne, alors duc de Lorraine, récemment défunt.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXXXI. Le pacte dotal n'ayant pas été fait avant les noces, la communauté statutaire a lieu, qui ne peut pas être exclue ensuite entre vifs, à moins que la séparation non seulement du lit et de la table, mais aussi des biens, n'ait été faite avec le décret du juge, voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 7 et 8 et là, dans la note (a).]

§ 6. Il y a à remarquer qu'un homme ou une femme contractant un mariage avec un veuf ou une veuve qui a des enfants peut bien rester en communauté de biens en ne faisant aucune convention prénuptiale ; mais en en faisant une, elle ne peut pas stipuler plus du bien de son

---

plus mauvais état, il a été demandé si, selon les premiers comptes dotaux, les biens-fonds resteront évalués et si leur risque regardera le mari. J'ai répondu que le pacte dont il est question n'était pas empêché pour la raison que, durant le mariage, il avait été fait, si à une plus mauvaise place, la dot se trouvait ; ce pacte étant reçu, s'il avait détérioré les biens-fonds, aussi, au titre de la dot, celui-ci était tenu. 1 - Titius, au nom de sa femme, a remis une dot et a stipulé pour le cas de mort et de divorce ; le divorce s'étant ensuivi, la dot n'ayant pas été réclamée, Titius est mort ; la femme, à partir de la volonté de l'héritier de celui-ci, a renouvelé son mariage ; il a été demandé si, sur le fondement de la stipulation, il pourra réclamer la dot. J'ai répondu que l'héritier de Titius, s'il a consenti à ce que ce montant de la dot que, sur le fondement de la stipulation, il avait pu obtenir, le mariage étant renoué, soit fait, avec l'exception de pacte, il pouvait être repoussé. 2 - La femme, quant à la dot qu'elle a remise, a convenu que, si, durant le mariage, elle mourait, à son frère, elle serait retournée et celui-ci, pour ce cas, a stipulé ; la femme, étant morte, a légué certains biens dotaux à son mari et à d'autres, et elle a affranchi certains des esclaves de la dot. Il a été demandé si le mari, au titre de ces [biens] que la femme a légués et des esclaves qu'elle a affranchis, envers le frère, en sera tenu. J'ai répondu qu'il n'est en rien exposé pourquoi il n'en serait pas tenu, du fait que, déjà, les héritiers de la défunte, tant envers les légataires qu'envers les affranchis, sont liés ».

époux que la part d'un enfant [296], il sera dit ce qui est à entendre comme dans le traitement de la dernière volonté.

[**Note de Willem Schorer**

Il est à remarquer etc. Quant au droit, il est plus que clair qu'il n'est permis à personne de donner plus au second époux qu'à l'un des premiers enfants du mariage, il a donné et pas même si peu qu'il est honorable selon C. 5, 9 *Des secondes noces)*, 6 et tout ce qui aurait été laissé à un titre quelconque, que ce soit directement ou indirectement, aussi en donations avant les noces et du matin (communément *morgengaven*) est enlevé au second époux et donné aux enfants issus du premier mariage. Mais il est demandé : quand le veuf ou la veuve est passé à de secondes noces et qu'aucun pacte prénuptial n'a été fait, y aura-t-il lieu, en une fraude à cette loi, à la communauté statutaire ? L'auteur distingue, et de nombreux interprètes ont suivi presque en masse celui qui marchait en

---

[296] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 6 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis.*

Constitution de Léon et Anthemius adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donnée en 478 : *« Avec cette loi édictale qui vaudra à perpétuité, nous consacrons que, si, d'un premier mariage, des enfants ayant été procréés, le père ou la mère, vers de secondes ou troisièmes noces ou les vœux d'un mariage ultérieur répété, a migré, il ne leur sera pas licite de laisser à la marâtre ou au parâtre dans un testament sans un écrit ou dans un codicille, selon le droit de succession, au titre d'un legs ou d'un fidéicommis, plus ni d'apporter au titre de la dot ou d'une donation avant les noces ou une donation ayant été faite à cause de mort, ni d'inscrire des donations entre vifs (qui, bien que, le mariage durant, selon le droit civil, sont interdites, cependant, avec la mort du donateur, pour certaines causes, sont ordinairement confirmées) qu'à un fils ou une fille, si l'un ou l'une existe. 1 - S'il y avait plusieurs enfants, chacun n'ayant pas plus de parts égales que ce qui, à chacun d'eux, arrive, à leur parâtre ou à leur marâtre, il sera permis de le transférer. 2 - Mais, si, les parts n'étant pas égales, à ces mêmes enfants, les richesses rappelées sont passées, alors aussi, il ne sera pas permis qu'à leur parâtre ou leur marâtre, le testateur laisse, donne ou, au titre de la dot ou de la donation avant les noces, apporte plus que le fils ou la fille a, auquel une plus petite part, dans la dernière volonté, a été donnée ou laissée, d'une façon telle que le quart qui est dû à ces mêmes enfants à partir des lois, en aucune manière, ne soit diminué, si ce n'est pour ces causes qui, quant au testament contraire aux devoirs, excluent les plaintes. 3 - Nous pensons que cette observation aussi pour les personnes du grand-père ou de la grand-mère, des petits-fils ou des petites-filles, de même, des arrière-petits-fils et des arrière-petites-filles, qu'ils soient sous puissance ou qu'ils aient été émancipés, à ceux qui viennent de la ligne paternelle ou maternelle, est gardée. Mais si au contraire, quelque chose, plus qu'il a été statué a été laissé ou donné au parâtre ou à la marâtre, nous ordonnons que ce qui a été laissé ou donné en plus, en tant que non écrit, ni laissé ou donné, aux personnes des enfants, est déféré et partagé entre elles, cessant toute tromperie, si, par quelque moyen, par l'intervention d'une personne ou avec n'importe quel autre moyen, elle avait été réfléchie. 4 - A cela, nous ajoutons ceci, [à savoir] que l'épouse, dans les cas dans lesquels elle est contrainte de conserver les donations [faites] avant les noces, aussi les autres biens à elles dévolus par le mari, selon les statuts des premières lois pour les enfants communs, comme paternels, c'est-à-dire quand, le mariage ayant été dissous par la mort du mari, elle en vient à d'autres noces, elle sera maîtresse aussi de l'usufruit des aliments civils seulement durant les temps de sa vie, leur aliénation étant totalement interdite. 5 - Mais une fois tenue l'estimation des biens mobiliers à de justes prix par le biais de ceux que chacune des deux parties aura choisis comme arbitres pour en juger, avec l'intervention d'un serment, [l'épouse] aura de la même façon l'usufruit, si elle a fourni la garantie appropriée qu'elle restituera selon la façon des lois ces mêmes biens mobiliers, ou leur prix, aux fils et aux filles nés de ce même mariage, ou après leur mort, aux petits-fils et petites-filles nés de ces mêmes enfants, s'il arrivait qu'elle meure, tous, ou bien un ou une seule étant survivants ; 6 - et de façon certaine, si elle l'a différé ou n'a pas été capable de fournir les garanties appropriées, les biens mobiliers ci-devant dits, non encore remis par les enfants à leur mère, resteront chez eux. Mais les biens payés à cette même mère, ou détenus par elle-même seront rendus aux enfants, cependant, si une garantie appropriée a été offerte à la mère par eux, par laquelle il est veillé à ce que l'on ne diffère pas de payer à celle qui survit, à la faveur de l'usufruit de ces biens mobiliers, ou du prix auquel ils sont été évalués, 33 % chaque année au titre des intérêts, d'une façon telle, cependant, que dans cette même garantie, on ait aussi veillé à ce que, par les fils, ou les filles, et à partir des enfants nés d'eux, s'il arrivait qu'eux tous meurent avant cette même mère, tous les biens mobiliers ci-devant dits, soient rendus à la mère selon la modération des lois, pour que le profit redevienne douloureux pour celle-ci. 7 - C'est pourquoi il sera légal pour celle des deux parties qui a fourni la garantie, si elle avait envisagé qu'il lui était avantageux d'avoir l'usufruit de ces biens mobiliers et de les donner en prêt, de les obliger ou de les vendre, afin qu'à partir d'eux principalement, les enfants qui les acquièrent puissent se consacrer à l'affection maternelle sans leur désavantage. 8 - Mais, si les deux parties ont dissimulé la garantie ci-devant dite, ou peut-être, n'ont pas pu l'offrir, ces mêmes biens resteront auprès de l'épouse jusqu'au terme de sa vie. 9 - À savoir, pour toutes les richesse maritales, aussi, pour ce qu'elle a ou va avoir, en tant que, si, selon le droit du gage, les hypothèques ont été supposées, sur cette même donation avant les noces ou les autres biens dévolus à celle-ci à partir de la richesse du mari à partir du jour où ces mêmes biens lui sont arrivés, les enfant étant obligés à ce que, si quelqu'un, après la livraison ou la détention par celle-ci des biens (si cela arrive ainsi), il a passé un contrat avec cette même femme qui s'est unie en des noces répétées, dans la réclamation des biens supposés, le second sera tenu, les enfants qui ont été procréés de ce même mariage, les petits-fils ou les petites-filles qui, de ces enfants, sont nés, étant sans nul doute placés devant. 10 - Mais, si au contraire, l'affection de ses enfants étant observée, le père ou la mère, vers d'autres noves, n'a pas voulu migrer, ni le mari pour ce qui, des biens de son épouse, est passé à lui, ni la femme, pour les biens qui, à partir de la richesse du mari, lui sont arrivés, ne se voient interdire, à la faveur de leur jugement, d'en user, de les vendre ou de les obliger en gage ou selon le droit d'hypothèque comme étant leurs propriétaires. 11 - Les biens ci-devant dits existant, s'ils n'ont pas été aliénés, consommé ou supposés, il sera permis aux enfants de les réclamer aussi eux, n'ayant pas accepté la succession de leurs parents ».*

avant, et veut que la communauté contractée ne soit pas utile aux deux époux, mais que les noces contractées sans pactes dotaux ne portent pas préjudice aux enfants du premier mariage ; ceux qui ont suivi l'auteur raisonnent ainsi : celui qui stipule est considéré renoncer au droit coutumier et est revenu au droit romain, pour cette raison, à partir de ce droit, cette part que celui-ci permet arrive au second époux, ou ce qui revient au même, par le biais d'une précaution, cesse la précaution de la coutume. Cependant, la sentence que Défend Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 2, le semble plus vraie ; il dit en effet que le pacte tacite n'est pas valide et que celui qui a été exprimé quant à cette affaire ne sera pas valide, et ainsi aussi Carpzov, *Illustres decisiones*, part. II, decis. 161, nb 11, [dit] qu'on s'oppose à une fraude à cette loi faite à Utrecht et qu'il a été disposé en 1659 que la communauté statutaire, sans aucun pacte dotal, naissait au détriment des enfants du premier lit ; Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 113, indique cette loi. À cette occasion, il est demandé avec inquiétude si, d'abord, la légitime est retirée et, celle-ci ayant été seulement déduite, une égalité entre le parâtre ou la marâtre sera commencée. Baptista Hod, sur C. 5, 9, 6, quæst. 7, traite et affirme cette question *ex professo* et ainsi a-t-il semblé aussi à Brunemann sur C. 3, 30 *(Des dots contraires aux devoirs)*, 1, ce qui a aussi agréé au Conseil de Savoir chaque qu'un époux deux fois marié ou une épouse deux fois pariée a apporté plus au second époux qu') l'un des enfants du premier lit auquel il a laissé moins, voir Faber, *Codex Fabrianus*, lib. V, tit. 5, defin. 6. Cependant, les États d'Utrecht ont statué autrement, comme [le disent] Boel dans ledit endroit et Abraham van Wezel, sur la nouvelle coutume d'Utrecht, art. 10, nb 10 et suivant, et le suit Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 35, nb 46. Cos, *Rechtsgeleerde verhandelingen*, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 100 à la fin, et les docteurs indistinctement sur ce titre, ont beaucoup de choses qui regardent cela.

Du reste, dans l'édit perpétuel de 1611, art. 28, il a été expressément interdit qu'un veuf ou une veuve puisse apporter au second époux ce qu'il avait reçu en donation ou d'une autre façon du prédécédé ou de la prédécédée, mais que cela devait être mis en commun entre les enfants communs de la première union. Il est demandé si les enfants du premier lit pourront validement disposer des profits qui leur ont été dévolues pendant les secondes noces et dont le simple survivant est l'usufruitier. Stokmans le nie et le rapporte à une certaine espèce de fidéicommis, et ainsi a-t-il été jugé par le magistrat à Anvers et de nouveau, par le Conseil de Brabant, mais enfin, il indique dans ses *Decisiones Brabantiæ*, decis. 25 en entier, que le procès est interrompu avec une transaction.

Mais il est bellement débattu [de savoir], quand le parent marié deux fois, le fils étant mort dans l'intermédiaire, a institué les petits-enfants et qu'avec une bonne intention, à raison de la prodigalité du fils, il a rendu les mœurs dissipées, si le testateur entravera C. 5, 9, 6. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 133, l'affirme. Cependant, il semble que la sentence contraire doive être admise du fait qu'[il y a] clairement ici, cette même raison qu'il y a pour la légitime ; que déjà, l'exhérédation aussi faite par un parent avec une bonne intention, pour ce qui touche la légitime, est valide, comme nous [le dirons] sur le chap. XVIII, § 8, note 401 et ainsi a-t-il été conclu dans le Conseil d'Utrecht, mais, le procès entre les parties ayant fait l'objet d'une transaction, van Wezel, sur la nouvelle coutume d'Utrecht, art. 11, nb 84 et 86, rapporte que cela n'a pas été décidé. Une garantie de la mère mariée deux fois à la faveur de la propriété des biens se présentant aux enfants du premier lit, à savoir quant à la jouissance au jugement d'un homme de bien et, quant à la restitution des biens ou aux prix auxquels ils ont été estimés. Cependant, Abraham van Wezel, sur la nouvelle coutume d'Utrecht, art. 11, nb 58 à 65, enseigne que cette garantie ne subsiste pas entre un père deux fois marié et le fils, à moins qu'il n'ait été suspecté de dilapidations. Il a été non seulement pourvu aux enfants avec cette garantie, mais en outre, ils ont une hypothèque qui affecte non seulement les biens de la mère, mais aussi ceux du père et elle est attachée tantôt aux biens actuels, tantôt aux biens futurs comme il a été expressément consacré dans C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 8 § 4. En outre, van Wezel accorde dans ledit endroit, nb 67, aux enfants, contre les possesseurs quelconques, la revendication du bien selon la novelle XXII, cap. 24, ce qui est vrai en considération des immeubles, parce qu'ils passent avec leur charge aux acheteurs, comme [il est dit] plus longuement ci-dessous sur le liv. II, chap. XLVIII, § 36, note 1139, mais, dans les usages, elle n'échappe pas à raison des meubles, parce que presque partout, s'est affermi le proverbe [qui dit] que les biens meubles n'ont pas de suite, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 8 § 4, et Antoine Matthæus l'indique ainsi quant au droit d'Utrecht dans ses *Paræmia*, par. 7, § 13.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXXXII. Ce qui a été dit ci-dessus dans la thèse CCXIX que, non obstant C. 5, 9, 6, la communauté des biens a lieu dans le second mariage doit être aussi reçu pour cette communauté qui a été expressément introduite dans le pacte prénuptial et elle doit être reçue en faveur de la communauté statutaire et non pour une société universelle, comme l'a à bon droit enseigné Binjnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 2, d'où, dans ce cas, l'époux est tenu de la dette contractée avant les noces, bien que cela ait autrement semblé à la Cour, voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ*, decis. 5, et *De pactis antenuptialibus*, obs. 14.]

§ 7. Celui qui avec un jeune homme ou avec une jeune fille proche de leur âge et sans un consentement comme ci-devant, contracte un mariage ne peut pas stipuler sur les biens de son époux par une convention prénuptiale aucun avantage [297].

§ 8. Voyons maintenant la conséquence des conventions prénuptiales.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXXXIII. Pour trancher cette disposition qui pourra être faite dans les pactes prénuptiaux dans e droit hollandais, deux principes doivent être tenus : 1°. que la volonté des stipulants, soit des époux ou de ceux qui promettent quelque chose dans des pactes de cette sorte, est très libre ; 2°. Que la disposition est libre quant au biens sans le consentement des proches tant entre vifs qu'à cause de mort. Les trois objets des pactes dotaux sont principalement : 1°. les biens des époux eux-mêmes ; 2°. les biens des enfants ; 3°. les biens d'un certain tiers.

CCXXXIV. A. Quant aux biens des époux eux-mêmes, les conventions les plus fréquentes sont les suivantes et certes, entre vifs :

1°. que, dans la communauté pour soutenir les charges du mariage qui regardent dans notre droit l'épouse non moins que le mari, soient apportés les biens des époux ou toute la communauté dont le fruit sera universel, ou certains biens, tandis que le fruit des autres soit réservé à l'époux qui stipule cela, voyez un exemple dans le *Nerderlandsch advijs-boek*, part. I, cas. 169 et suivant.

2°. que les biens des époux deviennent communs purement et simplement, et immédiatement ou sous condition, cette condition étant rétroactive. Cette convention a ceci de particulier qu'elle est

---

[297] (Note de Groenewegen) Voir liv. I, chap. VIII, § 3, liv. II, chap. V, § 4, note 160, chap. XI, § 15, note 292 et ci-après, chap. XVI, § 5, note 345, liv. III, chap. II, § 10, notes 111 et 112, et §§ 24-25, notes 157 et 158. Semblablement une femme qui commet un adultère perd par cela au profit de son mari tous les avantages de cette sorte comme elle les aurait autrement eus suivant la loi du pays ou aussi les convention anténuptiales ; voir ordonnance de police, art. 18 aux mots *als andersins na rechten*. Joignez la Novelle CXVIII, chap. VIII, § 2 et chap. IX, § 4 ; coutumes d'Anvers, tit. 41 *(Des droits concernant les personnes tenues)*, art. 29, 30, 31 et 32 ; Damhouder, *Praxis criminalis*, cap. 89, nb 28 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. I, avis 334 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle CXVIII chap. 8.

Novelle CXVIII : Constitution de Justinien adressée à Theodotus, Préfet du prétoire, et donnée en 542 :

« Chapitre VIII : 2 - Si, quant à un adultère, le mari a pensé que son épouse pouvait être convaincue, il faut que le mari inscrive d'abord l'épouse ou aussi, l'adultère, et si une accusation de cette sorte est montrée vraie, alors, la répudiation ayant été envoyée, le mari a, outre la donation avant les noces, aussi la dot et pour cela, il est connu que, s'il n'a pas de fils, il reçoit de l'autre substance de l'épouse autant que le tiers de la dot, afin qu'à la propriété de celle-ci, la dot et la peine déterminée par nous soient appliquées. En effet, s'il a eu des fils de ce même mariage, nous ordonnons que la dot, selon les lois quant à cela, et l'autre richesse de la femme, aux fils soient conservées et ainsi, l'adultère légalement convaincu, avec la femme, est puni. Et si, certes, l'adultère à une épouse, celle-ci reçoit la dot en propriété et la donation à raison des noces, de sorte que, s'ils ont des fils, du seul usage, la femme jouisse, la propriété de la donation devant être conservée selon les lois aux fils ; mais nous donnons l'autre richesse du mari aux fils de celui-ci à partir de notre générosité. N'y ayant pas de fils, nous consacrons que, certes, la donation avant les noces se présente à la femme, mais nous appliquons toute l'autre richesse du mari au fisc selon les lois.

Chapitre IX : 4 - Si le mari, quant à l'adultère a inscrit sa femme et n'a pas prouvé l'adultère, il est connu qu'il est permis à la femme qui veut destiner aussi pour cette raison une répudiation à son mari et de recevoir, certes, la dot en propriété, mais elle obtient la donation avant les noces et, à la faveur d'une fausse accusation de cette sorte, si elle n'a pas eu de fils de ce même mariage, selon la propriété, la femme reçoit autant de l'autre richesse du mari qu'est le tiers de la donation avant les noces. Si elle a eu des fils, nous ordonnons que toute la richesse du mari soit conservée pour les fils, restant ferme ce qui est contenu dans les autres lois quant à la donation avant les noces, cependant, d'une façon telle qu'aussi, à raison de cette accusation d'adultère aussi non prouvée, aussi le mari soit soumis aux supplices que la femme aurait soufferts, si une accusation de sorte avait été prouvée ».

étendue aux biens immeubles situés là où elle est inconnue, non là où la communauté statutaire est interdite, cf. thèse XLIII ; pour les autres biens, elle est semblable à la communauté statutaire.

3°. que les biens des époux ne soient pas communs, voir sur ce point sur le § 9 et suivant.

4°. que l'époux ait quelque profit de l'époux, quant à cette convention, voir sur les §§§ 9, 10 et 16.

CCXXXV. Dans les pactes prénuptiaux, la succession peut être déterminée sur les biens des deux ou d'un seul des époux, ce qui a déjà été approuvé avec le double témoignage par une turbe de témoins les 22 septembre 1574 et 7 mai 1592, chez Bort d'après le traité *Notable poincten van leeenen*, p. 362, et reconnu dans l'ordonnance de police, art. 29 ; dans ce cas, la succession aura été stipulée, elle ne devra pas être révoquée avec la volonté d'un seul, elle ne devra non seulement pas être préférée à la succession légale, mais aussi à la succession testamentaire, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 36, bien que, dans le pacte prénuptial, une disposition testamentaire puisse devenir révocable avec la volonté de celui qui dispose, voir les coutumes du Rijnland, art. 92, Rooseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 42, art. 7.

CCXXXVI. La *première* sorte de ce pacte successoral qui commande que l'époux soit le successeur pour la totalité de l'époux prédécédé n'est pas rompu avec des enfants du côté du père et ne donne pas lieu à la plainte de testament fait contre les devoirs, mais, à partir de la raison du droit, elle ne peut pas enlever la légitime qui doit être procurée aux enfants nés de ce mariage.

CCXXXVII. La *seconde* sorte assigne au survivant la part d'un fils, part qui doit être ramenée, quand il y a des enfants du premier mariage, à la norme de la loi de C. 5, 9, 6, dont parle Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 120, 125 et suivant, n'y ayant pas d'enfants, elle doit être libéralement expliquée à partir de l'intention des stipulants quant à la part individuelle sur ce que l'époux prédécédé va laisser.

CCXXXVIII. La part d'un fils laissée à l'époux survivant sous condition si des enfants naissent, cette condition faisant défaut, n'est clairement pas due dans ce cas laissé de côté, voir en argument D. 24, 3 *(Le mariage ayant été dissous, comment sera demandée la dot)*, 22 pr. Laissée purement et simplement, des enfants n'étant pas ensuite nés, à partir de la raison du droit, toute la totalité contiendra non la moitié, comme comme Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, cap. 12, nb 15, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 129, et d'autres auraient voulu qu'elle soit abandonnée avec des raison appropriées, comme il semble.

CCXXXIX. La *troisième* sorte appelle à la succession sur les biens de l'époux des étrangers certains ou incertains. Dans le premier cas, cette disposition faite sans pacte convenu engagé avec eux est révocable à l'instar du testament, voir Rooseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 42, art. 9 ; celle qui a été promise à ces stipulants ne peut pas être révoquée, voir Schrassert, *Practicæ observationes*, obs. 270, Voet, lib. 23, tit. 4, nb 64, autrement que la chose se trouve pour un autre acte successoral, voir en argument C. 2, 3 *(Des pactes)*, 30 ; Cooren, *Consilia*, cons. 13, nb 12 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 14, nb 16.

CCXL. Dans le second cas, comme quand il a été dit que les biens reviendrait au côté d'où ils sont venus, une nouvelle succession sera considérée avoir été conduite ab intestat ; laquelle, si elle n'a pas été confirmée avec la promesse mutuelle des époux, n'empêche pas la disposition testamentaire contraire (voir Rooseboom, sur ladite coutume, art 7 ; Nieuwstadt, *decisiones Supremæ Curiæ*, decis. 78, aux mots *Haud secus etc.* - "non autrement" ; Cooren, *Observationes rerum judicatarum*, obs. 20, nb 22. Elle ne déroge pas à la première faite en faveur des parents consanguins, sens dans lequel j'approuve la doctrine de Voet, lib. 23, tit. 4, nb 65 ; si elle a été faite en faveur d'un étranger, la question est considéré appartenir à la volonté.

CCXLI. B. Cependant, le lien d'un fidéicommis peut sans aucune doute être ajouté à une telle disposition dans un pacte prénuptial, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 1, nb 9 ; dans ce cas, les enfants grevés retirent légalement la légitime et la Trébellianique, et le père aussi pourra y succéder, voir la dissertation de Voet dans le lib. 5, tit. 2, nb 40 à la fin.

CCXLIII. 3°. Pour appeler une tierce personne à la succession des biens du dernier survivant des enfants. Si, à celle-ci, à partir de sa stipulation, le droit n'a pas été recherché dans le pacte dotal, pour les enfants, la disposition contraire est sauvegardée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 66 ; s'il a été recherché, les enfants ne peuvent pas l'exclure dans le testament, mais ils ne se voient pas interdire d'aliéner ces biens entre vifs.

CCXLIV. C. Les pactes prénuptiaux peuvent s'appliquer aux biens d'un certain tiers consentant, à quelque espèce qu'ils appartiennent.

1°. Le pacte d'un père avec lequel la dot est constituée est sans aucun doute effectif ; cependant, cette dot, si elle est immodérée, donne lieu à une plainte pour dot contraire aux devoirs ; voir Schrassert, *Observationes practicæ*, obs. 255.

CCXLV. 2°. La raison du droit clame que le pacte de l'étranger qui promet dans le pacte prénuptial la dot purement et simplement ou après sa mort, [pacte] qui ne peut pas être révoqué., voir *Hollandsche consilien*, part. III, cons. 27.

3°. Une condition peut être ajoutée aux deux promesses de dot, une mesure quant à la dot, le mariage ayant été dissous, à restituer à celui qui donne, à quelque tiers ou à rendre au côté d'où elle est venue. Cette première condition ou la mesure n'exclut pas celui qui donne de la réclamation de la dot, même s'il des enfants subsistent de ce mariage, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 16, nb 7. La seconde, quoiqu'ajoutée en faveur du côté, n'est pas moins considérée enlever la dot, n'y ayant pas d'enfants, à la disposition testamentaire, bien qu'ici, la plupart soient en désaccord, comme [le disent] Cooren, *Consilia*, cons. 9, nb 44, et Voet, lib. 23, tit. 4, nb 61 au milieu.

CCXLVI. 4°. À cela, appartiennent les pactes avec lesquels, pour attirer au mariage, il est disposé de la succession future sur les biens d'un tiers consentant, dont il y a différentes sortes : comme pour que l'un des époux ou les deux succèdent au promettant pour la totalité ou une partie ; ou pour que l'époux, au père qui le promet, succède également avec les autres enfants ; ou pour que, se contentant d'une dot plus riche, il renonce à la succession du père ; ou pour que le père, en faveur de la fiancée instituée héritière par son fils fiancé, renonce à la légitime. La raison de notre droit et le consentement du plus grand nombre approuvent que ces pactes sont à bon droit faits dans les contrats de mariages et ne peuvent pas être révoqués avec la volonté d'un seul.]

§ 9. Car, par cela, on peut sortir de la communauté autant que l'on veut ; aussi l'un ou l'autre peut stipuler certains avantages, mais non pour avoir une part dans le profit sans être tenu aux pertes [298], puisqu'une telle chose est trop déraisonnable.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXLVII. Dans le pacte prénuptial, la communauté de tous ou de certains biens peut être exclue et cela expressément ou aussi tacitement, comme si était fait en sorte que les biens des époux reviennent au côté d'où ils sont venus ou si la femme a stipulé que ses biens lui seraient sauvegardés ; à cette convention, il peut être non seulement expressément, mais aussi tacitement ajouté qu'une réservation du droit de la dot et de l'hypothèque légale est crue y être présente, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 52 ; *Nederlandsche avijs-boek*, part. III, cons. 75 et 76, ; s'y ajoute la loi de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 6 à la fin.

CCXLVIII. Les époux peuvent stipuler pour eux une autre chose d'une sorte différente, à côté de l'avantage de la succession (comme il a été dit dans les thèses CCXXXVI et suivante), comme pour que l'époux ait un certain bien particulier pour lui, une certaine somme, un montant annuel ou une partie de la dot, aussi de celle qui a été promise d'être payée seulement après la mort du père, car celle-ci doit être procurée au veuf de l'épouse morte avant le père, voir Voet, lib. 23, tit. 4, nb 23.

Cette convention que les époux puissent se gratifier réciproquement à leur plaisir ne leur accorde pas plus de droit qu'à partir du droit commun, ils auraient eu, voir Schrassert, *Consultatien en advijsen*, part. II, cons. 63.

CCXLIX. La convention que l'épouse supporte une partie du profit et ne soit pas tenue de la perte, quoique cela n'ait pas agréé à Grotius et à Nieuwstadt, ne répugne pas à la raison du droit (voir les *Institutes*, III, xxv, § 2 au milieu) ni à la faveur des pactes dotaux ; il ne nuit en rien aussi aux créanciers du fait qu'un profit ne peut pas être entendu, si ce n'est la perte ayant été d'abord déduite, voir D. 17, 2, 36.]

[298] (Note de Groenewegen) Voir Job Bouvot, *Arrests*, t. 2, au mot *société*, quest. 28. À savoir, pour autant que cela concerne la justice du créancier. Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 21 ; dans les notes de Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 16, art. 22 dans les additions aux mots *sed quæri potest* ; Willem van Radelant, *Decisiones posthumæ Curiæ Trajectinæ*, decis. 84, quæst. 1.

[107] § 10. Mais la femme peut bien stipuler son libre choix pour venir après la dissolution du mariage à la moitié des gains et des pertes ou pour prendre ses biens apportés à sa suite [299].

[**Note de Willem Schorer**
Nous avons déjà traité ci-dessus de l'option qui se présente à la femme, liv. I, chap. V, § 24, dans la note 105.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 299 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessus, liv. I, chap. V, note 105.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCL. Je pense avec Grotius, dans les *Hollandsche consilien*, part. III, 2 st., cons. 303, que le pacte quant au choix [de savoir] si, le mariage ayant été dissous, l'épouse acquiert une partie du profit ou préfère avoir ses propres biens sauvegardés, comme cela est le plus reçu dans le droit hollandais, ne contient rien d'injuste, bien que Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 1, soit en désaccord. Il est utile non seulement à la femme, mais aussi à ses héritiers, qu'il ait été expressément ajouté ou non ; mieux, le mariage durant encore, à la femme elle-même, si le mari arrive dans la pauvreté, voir de Haas, *Nieuwe Hollandsche consilien*, cas. 38.]

§ 11. Alors, ce qui n'est pas stipulé expressément par mes conventions prénuptiales reste en communauté [300]. Pour cette raison, la communauté des biens étant exclue, reste la communauté de tous les gains et de toutes les pertes [301] [faits] durant le mariage, dans le cas où, dans la succession, ils ne sont pas compris dans les charges de celle-ci [302].

[**Note de Willem Schorer**
L'auteur enseigne ici dans les notes 300 et 301 que, bien que la communauté des biens ait été exclue dans le pacte prénuptial, le profit et la perte restent communs si rien n'a été disposé sur eux, comme nous l'avons déjà vu dans le liv. I, chap. V, sur la note 105, et ainsi [le dit] van Wezel sur la nouvelle coutume d'Utrecht, art. 6, nb 31. Cependant, l'auteur signale simplement que la succession née durant le mariage n'entre pas dans la communauté ; ce qui a été aussi étendu dans le droit frison aux legs annuels, de même, aux donations recherchées à ceux qui sont du même lit, le mariage durant de quelque façon, voir les statuts de Frise, liv. I, tit. 3, art. 7 et 8, et ici, Hamerster. Il y a cependant les sentences de ceux qui affirment, qui nient et qui distinguent. Groenewegen énumère ceux qui sont d'accord avec l'auteur dans sa note 302. Mais le contraire a été clairement répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons 40, p. 75, aux mots *ten vierde* - "en quatrième lieu", et cons. 90, p. 155, où, toutefois, la succession sujette à un fidéicommis est exceptée de la communauté. Si rien n'a été convenu sur la succession, Bijnkershoek qu'il y a matière à en débattre avec inquiétude dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 2, aux mots *satis disputatum est* - "il a été suffisamment débattu". Abraham van Wezel, dans son *De connubiali bonorum societate*, tract. 2, cap. 2, nb 81, entre la succession acceptée par des étrangers et la succession ab intestat recherchée selon le droit du sang ; il nie que celle-ci entre dans la communauté des acquêts, celle-là [y entre] tout à fait ; mieux, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, liv. 23, tit. 4, nb 43, et Johan van Someren, *De jure novercarum*, cap. 3, § 18, n'embrassent pas rarement la part provenue avec

[299] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 12 *(Du droit des dots)*, 30, nb 3.

[300] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 4, nb 23 ; Cooren, obs. 30 et avis 25 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 124.

[301] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 8 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 47 aux mots *ten vyfden* ; d'Argentré sur le coutume de Bretagne, art. 418, glos. 1, nb 7 et 8.

[302] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 9 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De jure dotium* au mot *plerumque* ; Evraerts, avis 135, nb 4-5 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 9, art. 8, nb 8, tit. 16, art. 18, nb 2 ; Cooren, avis 18, nb 18 avec les suivants. Voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 3-4 ; Papon, *Arrests*, liv. XVII, tit. 3, art. 9 ; d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 418, glos. 1, nb 7 et 8.

l'industrie des deux époux et aux frais communs des deux époux et aussi cette sentence. Mais je prononcerais à peine cette heureuse distinction de toute part ; car, si la succession par un étranger est née avec l'industrie des deux époux, il semble dans le doute, que l'on doive présumer que le testateur n'avait pas institué l'un ou l'autre, mais les deux époux comme héritiers. Cependant, van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 236, [dit] qu'il a été expressément disposé dans les statuts de Wetuwe, de Zutphen, de Drenthe et de l'Ommeland que tout ce qui est acquis avec un art, un travail, un commerce ou d'une autre entre au titre d'un profit. Et la Cour a jugé le 19 novembre 1614, voir *Decisien en resolutien van Holland*, nb 101. que de telles choses entraient dans la communauté, bien que la communauté ait été exclue. De ces principes, il s'ensuit que tout ce qui vient à l'époux avec le bénéfice de la nature sans coopération de l'industrie humaine ne tombe pas dans la communauté, voir Abraham van Wezel dans ledit endroit, nb 125 et suivant. Et, avec ce fondement, il a été répondu que l'augmentation du capital [de la Compagnie] des Indes orientales que l'un des époux avait apporté, s'ajoutait pour lui seul, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 302, p. 560, part. I, cons. 1, p. 1 dans la marge ; *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 32 au début, p. 85. Toutefois, une autre question ayant été soulevée, il a été répondu à Utrecht que cette augmentation ne devait pas être imputée au bénéfice de la nature sans un fait de l'homme, mais à l'industrie et la diligence infatigables des armateurs, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 70, p. 323. Je doute [de savoir] si la raison de la réponse procède. En Hollande, les alluvions des fiefs échoient à la communauté des seuls acquêts chaque fois que, durant le mariage, cette augmentation est incluse dans les dépenses des deux époux avec une digue, mieux, elle n'est pas jugée [être] l'accession du fief, mais un fruit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 27 à la fin.

Quoi qu'il en soit, Carpzov signale dans sa *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 25, defin. 8, qu'il a été jugé en 1629 que les suppléments de gain [faits] aussi avec l'industrie de l'épouse échoyaient au profit du mari, et il ajoute la raison que la femme devra ses services au mari et qu'à lui seul, les charges du mariage incomberont, à un point tel que tout ce que l'épouse marchande gagne en argent propre est acquis au mari et il rappelle que cela a été ainsi jugé en 1633, voir defin. 10. En effet, ce qui a été jugé a son poids et ce qui est imaginé sur l'industrie de l'épouse, du fait que l'épouse veille ordinairement à l'éducation des enfants et s'occupe de la cuisine. En effet, il est d'un droit très certain que les législateurs ne font pas attention aux cas particuliers. Quoi qu'il en soit, Gabrielo Alvarez de Velasco, *Decisiones et consultationes*, t. II, consult. 103, nb 4, a accordé que, dans le doute, ce qui avait été acquis par l'épouse était jugé [être] né des biens du mari, à moins que l'épouse ne prouvât que cela avait été acquis par elle et que c'était comme le sien ; au Portugal, ce qu'il en sera du droit sur cette matière est ici plus longuement poursuivi.

Enfin, il est demandé si la communauté contractée cessera par un changement de domicile, par la communauté de celui qui ne le permet pas. Cela est refusé, pourvu que n'apparaisse aucun indice de changement de volonté, voir Christiaan Rodenburg, *De jure, quod oritur e statutorum diversitate*, tit. II, cap. 4, nb 3.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLI. Bien que la règle soit vraie, ce qui a été laissé de côté dans le pacte prénuptial est considéré avoir été laissé à la disposition du droit commun ; cependant, rien n'empêche les doutes qu'il y a soient déterminés à partir de l'interprétation de la coutume, voir Schrassert, *Observationes practicæ*, obs. 247 et 252 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 7 et 71.

CCLII. La communauté de profit et de pêrte qui est introduite tacitement par une communauté exclusive de nue-propriété ne contient pas la succession ab intedstat ou testamentaire déférée soit par le père ou un pmarent consanguin, soit par un étranger, voir en argument D. 17, 2, 9, 10 et 11, n'empêche pas l'usage de ces lois, mais la raison de notre droit le confirme plutôt. Il y aura une exception, s'il est expressément convenu qu'un avantage quelconque est commun ; si Grotius est entendu dans ce sens, lib. II, chap. XXI, § 10, cet endroit ne combat pas avec le nôtre.

CCLIII. Sous la ciommunauté du profit, sont compris les revenus d'entretien de la vie et les profits des navires (voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 1, nb 25 ; Cooren, *Observationes*, obs. 7) et les avantages de l'usufruit (voir D. 23, 4 7 § 2), non ceux qui ne sont pas dans un fruit, comme les grands arbres (voir Schrassert, *Practicæ observationes*, obs. 68 ; Voet, lib. 7, tit. 1, nb 22 et 24, et lib. 23, tit. 4, nb 32 au milieu.

CCLIV. Appartient aussi au profit ce qui a été acheté soit à partir de l'argent commun, soit de celui du mari ou de l'épouse, même si la communauté de profit n'a pas lieu entre les époux, d'une façon telle, cependant, que celui auquel appartenait cet argent commence à êtrecréalcier de la plus grande dépense. Cela triomphe autrement 1°. si le bien acheté avant le mariage , celui-ci demeurant, a été livré ; 2°. si une autre chose a été faite, c'est-à-dire si le bien a été assigné à destination du mari lui-même ou à l'épouse ; ce qui doit être tenu particulièrement aussi quant aux vêtements préparés pour l'usage de l'un ou de l'autre régulièrement, contre [ce que dit] Voet, lib. 23, tit. 4, nb 34.

CCLV. La communauté des biens et de la dette contractée avant les noces ayant été exclue, bien qu'il y ait communauté de profit et de perte, les biens de l'épouse durant le mariage, à raison de la dette du mari, ne peuvent pas enlevés par les créanciers de ce dernier à l'encontre de la doctrine de Voet, lib. 23, tit. 4, nb 50 dans le passage *uti et in quantum*.]

§ 12. Les fruits des biens entrent aussi en communauté, à moins qu'ils n'en aient été nommément exclus [303].

[**Note de Willem Schorer sur la note 303 de Groenewegen van der Made**

Nous avons déjà vu ci-dessus, liv. I, chap. V, note 105, qu'il y avait une communauté des fruits, à moins que la communauté n'ait été nommément exclue aussi avec cette relation, comme quant au profit et à la perte.]

§ 13. Une femme qui a librement stipulé ses biens et qui, après la dissolution du mariage, est disposée à payer la moitié des dettes qui, durant le mariage, sont faites, peut empêcher la vente de ses biens à cause desdites dettes [304].

§ 14. Les époux ou leurs héritiers, après la dissolution du mariage [305] ont chacun l'un contre l'autre de faire apporter les biens qui étaient donnés pour le mariage, dans le cas où une telle chose n'est pas faite et cela libre, sans charge, dans le cas où il n'a été fait mention d'aucune charge, d'une façon telle qu'après la dissolution du mariage, l'ancien **[108]** proverbe n'ait pas lieu : *Avec un fiancé, on peut promettre, mais avec une fiancée, on doit donner* [306].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLVI. Pour apporter certains biens que les époux se sont réciproquement promis à raison du mariage, aucune action entre eux, durant le mariage, ne peut être accordée à partir de la raison de notre droit ; contre le père de l'épouse qui a promis la dot, il est certain que celle-ci se présente au mari ; tel est le sens du proverbe : *Avec un fiancé, on peut promettre, mais avec une fiancée, on doit donner*. Après la dissolution du mariage en tout cas, l'époux soit garantir l'époux sans dommage.]

---

[303] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 4.

[304] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 9 aux mots *si cum mulier*. Voyez en outre Willem van Radelant, *Decisiones posthumæ Curiæ Trajectinæ*, decis. 21.

[305] D'une telle façon qu'un veuve peut réclamer son bien de mariage aux héritiers de son mari prédécédé aussi dans l'année. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 13 [*De l'action du bien de la femme reportée en une action sur le fondement d'une stipulation et de la nature procurée aux dots*], 1 § 7. Cela est différent des lois romaines, voir ledit § 7 au mot *exactio*.

Constitution de Justinien adressée au peuple de la ville de Constantinople et à tous les officiers civils, donnée en 530 : *« 7 - Mais, lorsque, lors du prélèvement de la dot, à partir d'une stipulation, certes, l'action ordonne que, naturellement, la restitution de la dot, de la part du mari, à l'épouse, immédiatement, soit faite et pour la totalité, mais, pour le bien de l'épouse, dans un terme annuel, de deux ans ou de trois ans, pour ce qui, en un poids, un nombre et une mesure, consiste* (expression qui, en droit romain, exprime ce que sont les choses de genre)*, il est offert un prélèvement et non sur la totalité, mais pour autant que le mari peut payer, si, sans son dol, il a amoindri sa richesse, sur cette partie, nous donnons une forme brutale sur le fondement de la stipulation, à l'action, afin que, si le mariage a été dissous sans employer un pacte, certes, le mari sera condamné seulement sur ce qu'il peut payer, parce que cela est très juste et dû envers le respect du mari, si, sans dol, il s'y est appliqué, à savoir en exposant une garantie que, s'il, à une meilleure fortune, il est arrivé, ce qu'il a acquitté en moins, il se préoccupe de le rendre ».*

[306] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 11 et 14 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 5 ; Pieter Peck, *De testamentis conjugorum*, liv. II, cap. 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle II, cap. 5 à la fin placée sous C. 5, 14, 9.

§ 15. Comme aussi, pour avoir une compensation des biens restés en dehors de la communauté et, durant le mariage, vendus par le mari, ou autrement péris [307], endommagés [308] ou des coûts qui sont attachés aux biens non communs [309].

[**Note de Willem Schorer**
Ou autrement péris. Ce qu'indique ici l'auteur n'est simplement pas vrai du fait que le bien périt pour son propriétaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit.4, nb 49.]

[**Note de Willem Schorer sur la note 309 de Groenewegen van der Made**
Les dépenses utiles que le mari a faites sur le bien-fonds dotal sont déduites ; mais aucune répétition des dépenses de plaisir n'est accordée, même si elles ont été faites avec le consentement de l'épouse, mais la possibilité de les lever est seulement accordée au mari dans la mesure où, l'existence du bien étant sauvegardée, elles peuvent être levées, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 25, tit. 1, nb 3 et 4. Cependant, à juste titre, la déduction des dépenses de plaisir n'est pas refusée chaque fois que qu'il les a prises sur les biens exposés à la vente ou à vendre de l'épouse, cependant non simplement, mais dans la mesure où, pour ceux-ci, ils sont estimés et peuvent être vendus plus cher, du fait que, dans ce cas, ils couvriront la nature des frais utiles, voir Voet, sur ce titre, nb 4 à la fin. Il conviendra tout à fait à l'équité que les dépenses utiles soient rejetées, du fait qu'avec celles-ci, le patrimoine du mari survivant serait amoindri, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 45, p. 94, aux mots *wat wyders* - "ce qui, outre cela", avec l'emploi cependant de la limitation ici que j'ai relevée ci-dessus dans le chap. X, § 8, note 269.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCLVII. La communauté des biens, non de même, celle du profit et de perte, ayant été exclue, il a agréé au plus grand nombre après l'époque de Grotius à juste titre que le dommage fatal ou fortuit qui arrive aux biens de l'un ou l'autre n'est pas commun, mais regarde le propriétaire, voir Cooren, *Consilia*, cons. 18 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 49. Il en est de même du droit pour les dépenses nécessaires extraordinaires, voir Voet, lib. 25, tit. 1, nb 2. Les dépenses utiles et de plaisir sont payées dans la mesure où le bien en est meilleur, voir Voet, dans ledit endroit, nb 3 et 4.]

§ 16. Semblablement pour recevoir les avantages stipulés ou le douaire [310].

---

[307] (Note de l'éditeur) Une telle chose a été jugée par la Cour Suprême, voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 20 ; Juan Lopez, *De lucro mariti et uxoris*, cap. 10, nb 3 aux mots *consuetudo tamen*. Mais voyez contre cela Cooren, avis 18, Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 8 à la fin ; Thomas Herbaius, *Rerum quotidianarum Liber singularis*, cap. 16.

[308] (Note de l'éditeur) Étant bien entendu, lorsque le dommage est arrivé par un accident ou autrement de l'extérieur, voir ladite obs. 20. Mais, lorsque le dommage provient de l'intérieur, de la chose elle-même, il n'y a pas lieu à compensation, semblablement, lorsque la valeur d'une pièce de terre ou de maison apportée au mariage baisse par la suite. Voir en argument D. 17, 2, 63 § 9 ; Francisco Molina, *De ritu nuptiarum et pactis in matrimonio*, liv. III, quæst. 72 ; Cooren, *Consilia*, cons. 18 à la fin ; en addition Thomas Herbaius, *Rerum quotidianarum Liber singularis*, cap. 16 ; Garcia, *De expensis*, cap. 22, nb 18 dans le passage *quod si nec expensæ* ; Juan Lopez, *De lucro mariti et uxoris*, cap. 6, nb 14 ; Covarruvias, *De sponsalibus et matrimoniis*, cap. 7, § 1, nb 9 ; Charles Dumoulin sur la coutume de Paris, art. 43, nb 175 et suivants ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 1, part. II, cons. 302 et part.. III, 2e st., cons. 123.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si, à un esclave commun, l'un des maîtres a laissé un legs sans la liberté, celui-ci appartient au seul [autre] associé ; cependant, on demande si, avec une action en faveur de l'associé* (pro socio)*, il doit être mis en commun avec l'héritier de l'associé. Julianus dit que Sextus Pomponius rapporte Sabinus qui répondait qu'il n'était pas mis en commun et Julianus dit que l'on peut défendre cette opinion ; en effet, non à raison de la communauté, cela a été acquis, mais à raison de sa part et il ne faut pas que soit mis en commun ce que quelqu'un, non à raison de la société, mais à raison de sa part, a acquis ».*

[309] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 20. À savoir pour autant que lesdits biens sont par cela améliorés et non au-delà ; voir tout le titre de D. 25, 1 [*Des dépenses faites sur le biens dotaux*], et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur celui-ci et sur C. 5, 13 [*De l'action du bien de la femme reportée en une action sur le fondement d'une stipulation et de la nature procurée aux dots*], 1 § 5 ; coutumes d'Anvers, tit. 41, art. 76.

Le titre de D. 25, 1 comprend en tout 16 extraits.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLVIII. Ce qui est appelé *Morgengaba* ou le don du matin est ordinairement donné en récompense de la pudeur conservée le lendemain matin des noces, bien que, par sa nature, il doive être immédiatement acquis à l'épouse, dans nos usages, est seulement acquis après la dissolution du mariage et le renvoi des créanciers, voir l'édit de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 6 ; voyez la décision de la Cour Suprême du 27 juillet 1612 chez Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 10, note (b).

CCLIX. Le *Douaire* promis en consolation du veuvage, a été à bon droit défini par Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri Quatuor*, lib. II, cap. 7 comme étant *une certaine donation dès que que l'époux qui meurt d'abord apporte à l'autre qui va être survivant, le paiement étant assigné au jour de sa mort*, il est tenu de façon moins plausible pour une dette par ce rand homme, du fait qu'à partir de l'intention du droit hollandais, il est une pure libéralité à ne pas déduire avant la légitime des enfants, mais à compter dans le patrimoine, *a fortiori*, si elle est immodérée, et aussi à diminuer à l'exemple d'une donation contraire aux devoirs, voir en argument C. 3, 29 *(Des donations contraires aux devoirs)*, 5.

CCLX. En conséquence, à partir des biens communs entre le survivant et les héritiers du défunt après la mort du premier époux, dont la consommation ou l'aliénation du survivant n'est pas permise, il est permis de constituer le douaire d'une façon telle qu'il soit retiré de la masse commune avant le partage. Ce que je ne penserai pas même quand la possibilité de donner a été expressément accordée, du fait que celle-ci est considérée devoir être entendue d'une petite donation qui tire son effet entre vifs.

CCLXI. Le douaire promis dans le pacte prénuptial est présumé accepté par le biais d'un legs pas même de celui-ci ou d'un plus grand montant laissé dans un testament, à moins que, dans le même temps, il n'ait été expressément révoqué ; sur ce point, il y a une décision de la Cour Suprême de Hollande chez Rodenburg, *De jure conjugum*, t. II, cap. 4, nb 6. Il n'est pas non plus perdu par l'institution d'héritier, si l'époux se voit demander de rendre les biens du prédécédé à ses parents consanguins. Une autre chose doit être dite si, après la mort du survivant, la masse commune des biens doit être partagée entre les parents consanguins des deux époux.]

§ 17. Mais une femme peut tirer aucun profit [311] du bien de son mari, [ni une partie dans un gain commun] [312] ni aussi, recevoir quelque **[109]** compensation [313], avant que d'abord, les créanciers soient satisfaits.

---

[310] (Note du traducteur) Grotius utilise ici une expression reprise aux anciens droits germaniques qui parlaient du don fait à la fin le lendemain matin suivant le jour du mariage, appelé *morgengabe* ou en néerlandais *morgengave*. Cela correspond au douaire du droit français.

(Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 2, defin. 1 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 47 aux mots *ten vierde* ; Wesembeck sur D. 23, 3 *(Du droit des dots)* à la fin ; Fachinæus, *De differentiis juris civilis et saxonis*, liv. II, differ. 32.

[311] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540, art. 8 ; coutumes d'Anvers, tit. 66, art. 16.

[312] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[313] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu, lorsqu'entre les deux, il y a eu une communauté de gains et de pertes. Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 10 ; Goris, *Adversaria de societate conjugali*, cap. 4, nb 18 et 19 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 8 aux mots *si mulier* ; Kinschot, avis 13, nb 33. Mais, lorsque la femme a stipulé librement ses biens apportés et exclu la ci-devant dite communauté ou au moins, concernant celle-ci, ayant tenu son libre choix après la mort de son mari, abandonne les gains et les pertes, dans les deux cas, elle a droit à la ci-devant dite compensation avant tous les autres créanciers, voir C. 8, 17, 12 ; le ci-devant dit placard ; Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 12 *(Du droit des dots)*, 30.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Avec les ajouts continus des femmes, nous avons été troublés, par le biais desquels elles déploraient que leurs dots avaient été perdues et que, par des créanciers antérieurs, les richesses des maris avaient été retenues. 1 - C'est pourquoi nous, nous avons soigneusement examiné les anciennes lois sur les actions personnelles pour l'action relative au bien de l'épouse qu'actuellement, nous avons soutenue, en procurant une grande prérogative pour que, contre presque tous, elle ait des actions personnelles et des privilèges et qu'elle précède les autres créanciers, bien qu'ils fussent antérieurs. 2 - Et, du fait que celles-ci avaient statué sur les actions personnelles, si elles recevaient une hypothèque, immédiatement, elles relâchaient la force de la justice et, avec les plus anciennes hypothèques, repoussaient les nouvelles hypothèques de*

[**Note de Willem Schorer sur la note 311 de Groenewegen van der Made**

Bien que la femme, à raison de la dot, soit préférée à tous les créanciers du mari pour les dettes durant le mariage, cependant, l'auteur enseigne à bon droit que celle-ci ne prend rien, quoique recherché dans le pacte prénuptial, comme une arrhe, un anneau, etc. à partir des biens de l'époux prédécédé, si ce n'est une fois la dette déduite ; Matthæus, liv. I, cap. 19, atteste que cela a été confirmé dans le statut urbain d'Utrecht. Il vaut en effet mieux être favorable à une répétition qu'à un profit accidentel, voir D. 50, 17 *(Des différentes règles de l'ancien droit)*, 41 § 1, C. 6, 30 *(Du droit de délibération)*, 22 § 5, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 37, Carpzov, *Responsa electa*, lib. IV, tit. 1, resp. 6, nb 7. La Cour d'Utrecht, voir Radelant, *Decisiones Trajectinæ*, decis. 43, nb 6, a jugé qu'à la femme qui qui cherche à obtenir un profit, contre l'ignorance du droit, ,e devait pas être accordée la remise en son état initial. Cependant, le contraire a été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 197, p. 559, aux mots *belangende de laatste* - "concernant le dernier", que quand il était enseigné d'un droit très certain et indubitable que l'épouse, pour ce qui regarde les joyaux, à raison du prix de la perte de sa virginité, de la même façon que pour recouvrer la dot, jouissait du privilège de l'hypothèque privilégiée, mais tout à fait faussement, du fait que, dans les usages, aucune hypothèque avec une privilège ou privilégiée ne se présente à l'épouse et que le privilège cesse avec lequel il a été pourvu très pleinement aux femmes accordé à celles-ci par Justinien, bien que, jusqu'à ce jour, il a été répondu qu'il se présentait aux veuves, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 3, p. 182 dans la marge, et ainsi aussi van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 11, nb 5, [le dit-il]. D. 5, 16 *(Des donations entre mari et épouse)*, 24 ajoutée ici ne joue pas en sens contraire, car dans cette loi, aucune mention des créanciers n'est faite, mais il s'agit de la donation [faite] avant la commission d'un crime capital ; déjà, avec cette relation, est préféré au fisc celui qui cherche aussi à obtenir le profit et est ajoutée la raison que l'épouse n'est pas astreinte à l'infortune du crime d'autrui, ainsi Brunemann le dit-il sur D. 5, 16, 24 et sur C. 9, 49 *(Des biens des proscrits ou des condamnés)*, 9. Lauterbach, sur D. 42, 5 *(Des biens possédés ou mis en vente avec l'autorité du juge)*, nb 47, signale que le fisc jouit seulement d'un droit de préférence sur les dettes nées des contrats, non sur les peines ou ce qui vient de délits, du fait qu'il est placé après aussi dans ces chirographes purs. De cela, il s'ensuit cependant que, à partir de ce que dit ici Groenewegen dans sa note, cela a été moins à bon droit jugé par la Cour le 25 mars 1616 ; en effet, elle a placé après tous les créanciers du mari l'épouse dans le recouvrement de la dot pour les dettes contractées après le mariage, voir *Decisien en resoltuien van Holland*, nb 111.]

---

la femme, si elle avait des actions, en ne recevant pas la faiblesse féminine ni ce dont, avec son corps et sa richesse, durant toute sa vie, envers son mari, elle s'est acquittée, du fait que, pour presque toutes les femmes, toute la richesse a été établie dans la dot. 3 - En effet, il fallait que l'on dispose que les maris, envers leurs créanciers, à partir de leur fortune, fassent satisfaction, non avec la dot de la femme que la femme possède pour sa nourriture et ses aliments, celle-ci étant donnée par lui-même ou, en faveur de celle-ci, par un autre. 4 Examinant tout cela et nous rappelant que nous avions fait deux autres constitutions (cf. C. 5, 12, 30 et 31) *donnant un secours aux femmes en faveur de leurs dots, rassemblant tout en une seule chose, nous consacrons l'action sur le fondement d'une stipulation qu'aux femmes, déjà pour leurs dots, nous avions donnée devoir être instituée* (cf. C. 5, 13, 1 § 1) *pour laquelle aussi, nous avions accordé qu'y était présente une hypothèque tacite qu'elle a des droits plus puissants contre tous les créanciers du mari, bien qu'ils aient été protégés par un privilège d'un temps antérieur. 5 - En effet, du fait que, dans les actions personnelles, suivant ce que nous avons dit, le bien de l'épouse usait d'un tel privilège, pour cette raison, nous ne l'accordions pas à la femme dans l'action hypothécaire et maintenant, accorderons-nous cet avantage, bien que les biens dotaux ou ce qui, à partir de ceux-ci, a été acheté n'existent pas, mais d'une certaine façon, aient été dissipés ou consommés, si, cependant, avec la chose elle-même, au parti du mati, ils avaient été donnés ? En effet, qui n'aurait pas pitié d'elles à raison de l'obéissance qu'elles procurent à leurs maris, à raison du risque d'enfant et la conception même des enfants, en faveur de laquelle, dans nos lois, de nombreux privilèges ont été trouvés ? 6 - C'est pourquoi ce que l'antiquité a certes commencé à donner, mais n'a pas mis à effet, nous, avec l'entier article de la loi, nous l'avons consommé et, que la femmes ait des enfants, que, dès le début, elle n'en eût pas ou qu'elle ait perdu ceux qui étaient nés, nous lui accordons ce privilège. 7 - À savoir, étant exceptées les fils du précédent mariage contre les marâtres, auxquels nous avons déjà certes donné des actions hypothécaires en faveur à la dot de leur mère à l'encontre des biens paternels ou de ses créanciers ; aussi observons-nous actuellement un semblable privilège, afin que le droit, qui, à une seconde épouse, a été donné à l'épouse, à la première, ne soit pas refusé ; mais le droit restera pour elles intact, comme si leur mère était encore vivante ; en effet, les deux dots étant dues à partir de cette même fortune, nous voulons que le privilège demeure sur-le-champ. 8 - Nous consacrons cela seulement pour la dot, non pour la donation avant les noces qu'en son temps, nous avons disposé conserver et avoir entre les créanciers l'ordre de leur temps. En effet, à la faveur d'un profit, nous ne favorisons pas les femmes, mais nous veillons à ce qu'elles ne souffrent aucun dommage et que, de leurs biens, elles ne soient pas volées. 9 - Nous consacrons que cette loi aura lieu à partir de l'époque actuelle et nous ne renvoyons pas en arrière ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXII. Ce qui a été promis à l'épouse dans un pacte prénuptial ne peut pas être obtenu à partir des biens du mari, soit marchand ou d'autrui, à moins qu'il n'y ait eu, après le renvoi des créanciers, une communauté de profit et de perte entre les époux ou qu'il n'y en n'ait pas eu, voir l'édit du 4 octobre 1540, art. 6 ; *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 38.

CCLXIII. Le droit de la dot et de l'hypothèque légale que, toute communauté des biens, et de profit et de perte ayant été exclue, la femme a stipulé pour elle expressément ou avec le fait qu'elle voulait que ses biens lui soient sauvegardés, tacitement, du fait qu'il a été adopté et reconnu à partir du droit romain dans l'édit du 4 octobre 1540, art. 6 à la fin, préfère non seulement celle-ci aux créanciers hypothécaires postérieurs du mari, comme les interprètes l'enseignent communément (voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 52), mais aussi aux premiers dans le temps, comme cela a été souvent jugé (voir *Nerderlandsch advijs-boek*, part. II, cons. 90 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 13, nb 14) et décidé par les États de Hollande sur la cause du fisc, sur la relation des États délégués de 14 mai 1754, et décidé dans le décret notable du 15 mai 1754, dans le *Groot Placaet-boek*, part. VIII, p. 613.

CCLXIV. Ce que les époux se sont réciproquement promis dans le pacte prénuptial ne peut être révoqué avec un consentement mutuel dans un acte entre vifs, dans la mesure où cette révocation contiendrait une donation interdite entre époux, voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 4 ; mieux, si même avec le plus grand droit, une révocation de cette sorte existait, contre celle-ci, ils pourraient être remis dans leur état initial, voir la décision de la Cour du 31 juillet 1609 dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 199. Assurément, il a été reçu dans l'usage qu'il peut être renoncé par la femme en faveur des créanciers du mari avec un pacte quant au droit de la dot et de l'hypothèque légale.

CCLXV. Il est clair que la promesse faite dans le pacte prénuptial peut être révoquée avec une dernière volonté, d'une façon telle que, cependant, l'époux, même l'autre époux l'ignorant, avec la seconde disposition testamentaire, puisse revenir aux pactes dotaux. Le recours du survivant est ici permis seulement ainsi après la mort du prédécédé, s'il n'a encore en rien reçu un avantage du testament de ce dernier, voir ladite décision et Voet, lib. 23, tit. 4, nb 62.]

*

Chapitre XIII
De la continuation de la communauté des biens

§ 1. La COMMUNAUTÉ DE BIENS EN DEHORS DU MARIAGE existe quand celui qui vit le plus longtemps reste en possession des biens sans un partage.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXVI. L'un ou l'autre des époux étant mort, la communauté des biens peut être continuée entre le survivant et les héritiers du prédécédé selon le droit lui-même, et cela en faveur (voyez le § 2) ou en pénalité pour le survivant (§ 3), ou avec la volonté de ceux dont c'est l'intérêt, déclarée dans un testament ou dans une convention. Ainsi, rien n'interdit que la communauté de profit et de perte puisse être continuée ; cf. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, nb 29.

CCLXVII. Dans un testament mutuel des époux qui s'instituent réciproquement héritiers, la communauté des biens à partager peut être continuée ou introduite entre les héritiers des deux après la mort du survivant, voir Voet, lib. 36, tit. 1, nb 56 ; sous celle-ci, à moins qu'une autre chose n'ait été disposée, doivent être compris les donations, les legs et les successions déférées par la suite au survivant, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 10.]

§ 2. Dans les temps anciens [314], il était d'usage en Hollande qu'aussi, sans une dernière volonté, une veuve ayant de jeunes enfants possédait les biens en commun, entretenant les

[314] (Note de Groenewegen) Voir les privilèges de la Hollande du Sud, p. 191.

enfants pour les fruits jusqu'à ce que le fils plus vieux fût devenu majeur, mais une telle chose n'est plus maintenant en usage que par une dernière volonté [315] ou par convention.

[***Theses selectæ*** **de Dionusus Godefried van der Keessel**

CCLXVIII. L'ancienne communauté des biens qui était continuée en faveur des arents du survivant entre lui-même et les enfants mineurs, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 39, a été abrogée dans le droit postérieur en Zélande,voir les *Keuren* de Zélande, chap. 2, art. 20, 27 et 28, coutumes de Middeleburg, rubr. 14 *Des successions*, art. 2, en Hollande, dans la plupart des lois pupillaires qui ordonnent que l'inventaire et l'assignation des biens soient faits (voir les thèses CXXXV et suivante, thèses CXLII et suivante) ; sur ce point, il y a la décision de la Cour Suprême du 28 juillet 1731 dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 40, p. 117.

CCLXIX. Cependant, le testament du parent prédécédé, s'y étant ajouté le consentement de la Chambre des pupilles, lacontinuation de la comùunauté peut être merise dans différents endroits (voir la thèse CXLIV). De mùême, avec un pacte, qu'il soit le pacte prénuptial des parents eux-mêmes (ou si la raison du droit l'approuve) ou celui qui a été entrepris à partyir du consentement des proches et des tuteurs avec l'approbation de la Chambre des pupilles (voir ladite thèse CXLV), semble pouvoir être faite. Cependant, dans cette continuation de la communauté, n'entrent pas les donaitions, les legs ou les successions qui arrivent ensuite aux enfants, voyez ladite thèse CXL et la Chambre des pupilles d'Alkmaar, tit. 4, art. 4.]

§ 3. Et, pour cela, quand un veuf ou une veuve ayant des enfants reste en possession des biens, ainsi vient la moitié de toutes les accessions qui, après la mort de celui qui meurt le premier, échoit aux biens aussi bien par succession [316] **[110]** qu'autrement, et pour la moitié,

---

[315] (Note de Groenewegen) Dans ce cas, il est toutefois entendu que la légitime ou la part judiciaire doit venir libre et sans charge aux enfants, sans que le survivant qui tient les biens ou celle qui les détient, par la force d'une dernière volonté, puisse user des fruits de ceux-ci ou en jouir. Voir la sentence de la Cour Suprême de Hollande concernant cela confirmée par la Cour Suprême le 17 septembre 1613 dans l'affaire de la veuve Elisabeth van Arckel, femme van Waerdenburg, en Thomas van Thienes, seigneur à Heuckelom et Casteren, demandeurs dans le cas d'appel contre le seigneur Adriaen de Noyelles, chevalier, seigneur de Markles et de Rossignol, cité en justice et demandeur *a minima*. Voir Novelle XVIII, cap. 3 et Novelle XVIII, cap. 1, sous C. 3, 28, 6. Voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, defin. 1 ; Gabriel, liv. VI, tit. *De legitima*, concl. 1 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 144, nb 1. Voyez en outre ci-après chap. XVIII, note 10.

Novelle XVIII : Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 536 : *« Chapitre III : Nous l'interdisons, cela étant grave, ayant certes quelque occasion légale et tombant cependant dans une funeste cruauté et amertume. Nous avons appris en effet que des testaments selon lesquels en mourant, non, le père non comme il fallait que les maris [le fassent], mais ont trop faiblement fait que les institutions fussent remises, si, aux femmes, certes, ils ont laissé tout l'usufruit de leurs biens, mais aux fils, la nue-propriété. Pour cette raison, je juge que l'application d'un testament cette sorte est que la femme acquiert aussi la propriété, les fils étant peut-être morts de faim. D'où, en effet, au milieu, seront-ils dirigés aussi et auront-ils une nourriture quotidienne, rien ne leur ayant été laissé, la colère de l'épouse, peut-être, irraisonnable intervenant qui aussi, supprime une gouvernement quotidien ? En conséquence, il ne sera pas permis, du reste, à celle qui n'a pas du tout de fils de faire quelque chose de tel, mais, par tous moyens leur laisse l'usufruit, outre la propriété, si elle veut que, non d'une subite faim, le père des fils morts soit appelé à vivre comme père de fils en bonne santé. Et nous disons tout cela non pour le père seul, mais aussi pour la mère, le grand-père, l'arrière-grand-père et les autres personnes ajoutées à chacune des femmes, c'est-à-dire, la grand-mère et l'arrière-grand-mère, qu'elles soient paternelles ou maternelles ».*

Novelle XVIII, cap. 1 *: « Dans la récente loi, il a été disposé que, s'il y a quatre fils ou moins, de la substance, le tiers leur est laissé ; s'ils sont plus nombreux, une moitié leur sera due, à savoir, à partager également entre eux ; les enfants ne peuvent pas être frustrés par les parents de l'usufruit de cette part ».*

[316] (Note de Groenewegen) Cela s'accorde bien avec les *keuren* de certaines villes, voir l'ordonnance de la Chambre de pupilles à Leyde, art. 25, 27, à Amsterdam, art. 21, à Briel, art. 48, à Alkmaer et Edam, tit. 2, art. 28. Mais à Delft, *Keurboek*, I, p. 101, Utrecht, ordonnance, tit. 23, art. 24, Malines, coutumes, tit. 26, art. 34, Anvers, coutumes, tit. 41, art. 93, Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De jure dotium* au mot *communio*, Overijssel ; Buys sur D. 17, 2 *(De l'action en faveur d'un l'associé)*, 59. En Espagne et en France, cela n'a pas lieu dans les successions et les dons, mais seulement dans les conquêts et les gains emportés par le survivant, comme en témoignent les juristes cités par Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 9 ; voir Goris, *Adversaria de societate conjugali*, cap. 9. Et là où il n'y a pas de *keuren* et de coutumes particulières de cette sorte, la communauté des biens, avec la mort de l'un des époux, est entendue être dissoute, voir D. 17, 2, 59, et, avec cela, les enfants dans ce cas, ne sont pas tenus plus qu'à la succession de leur père ou de leur mère décédé, voir D. 17, 2, 65 § 9 dans le passage *mais ce qui*, D. 5, 3 20

aux enfants sans que les enfants supportent les dommages qui pourraient survenir dans le même temps, sans qu'aussi que la charge ou ce qui autrement, par le survivant, pourrait être fait puisse en quelque façon être préjudiciable aux enfants [317].

[**Note de Willem Schorer sur la note 316 de Groenewegen van der Made**

L'auteur traite ici de la communauté des biens entre un veuf ou une veuve et les enfants survivants et il enseigne que tout le profit recherché de n'importe quelle façon, n'étant pas même exceptée la succession, est mis en commun entre ceux-ci et ainsi, dans la loi municipale de Zutphen a-ce été expressément disposé, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 45, nb 1, 2 et 3, p. 402, même si, sur une succession jacente, le survivant a transigé avec les enfants, voir Johan van Someren, *De jure novercarum*, sect. 2, § 6, p. 103. Mais cela n'est pas vrai indistinctement ni ordinairement, comme [le dit] Groenewegen dans sa note. Du reste, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, nb 28, dit abondamment que, quant à cette continuation de la communauté et dans ces endroits, en dehors de ceux énumérés par Groenewegen dans sa note, elle triomphe. Quant au droit de Groningue, cette communauté des biens demeure aussi jusqu'au partage qui suit et jusqu'au moment où le survivant passe à de seconds vœux, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 251. Cependant, Abraham van Wezel, *De connubiali bonorum societate*, tract. 2, cap. 4, nb 88, observe que cette communauté des biens est supprimée avec la mort, mais il a été répondu qu'en aversion et en pénalité du survivant, l'inventaire ou le répertoire n'avait pas été introduit en faveur de celui qui le faisait et qu'elle avait été introduite en faveur des enfants, et ainsi a-t-il été répondu plus d'une fois aussi, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 322, p. 735, aux mots *welke nalatigheid* - "laquelle négligence", part. III, cons. 110, p. 264, part. IV, cons. 31, p. 84, et cons. 48, p. 116, aux mots *ingevalle de langslevende* - "dans le cas où le survivant" ; *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 61, nb 10, et cons. 62, nb 10. Dans le droit de la Gueldre, cela a été aussi affermi et là, un délai de sept semaines a été prescrit, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphenicus*, aux mots *gemeenschap van goederen* - "communauté de biens", § 5. Cependant, van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 253, rejette ces raisons. Il a été expressément disposé dans le statut d'Anvers que l'époux survivant qui se penche plus longtemps sur les biens sans inventaire peut être contraint par les enfants à la confection d'un double inventaire pour qu'ils choisissent ainsi ce qu'il leur prendra plus à bail, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, nb 30. Même s'il est usufruitier de tous les biens, cela a été disposé dans différents statuts chez les peuples voisins, voir Lambert Goris, *Adversariæ miscellaneæ*, tract. 1, cap. 9, nb 6, cependant, d'une façon telle que les enfants nés ne réclament pas à bon droit ce qui a été acquis, à moins que, d'abord, les charges ne soient déduites, voir van Wezel, dans ledit endroit, nb 90. Mais il est demandé quel délai sera prescrit au survivant pour faire l'inventaire pour

---

§ 3 ; voir *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 15, part. III, cons. 137 et 171, part. III, 2e st., cons. 47, et cela a été jugé en Frise, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5 defin. 9.

Nous ne proposerons ici que les trois derniers extraits référencés.

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Avec la mort d'un associé, la société est dissoute, à un point tel que, dès le commencement, nous ne pouvons pas conclure que l'héritier succédera aussi à la société. Il dit que c'est là la règle pour les sociétés privées ; dans une société de redevances, néanmoins, la société demeure après la mort de l'un [des associés], mais ainsi seulement, si la part du défunt a été assignée à la personne de son héritier, afin qu'à l'héritier, elle doive aussi être conférée ; c'est ce que, sur le fondement de la cause, il faut évaluer. En effet, qu'en est-il, si est mort celui à raison du travail duquel principalement la société a été formée ou sans lequel la société ne peut être administrée ? 1 - Ce que, dans un jeu de hasard ou dans un adultère, a perdu un associé, à partir du pot commun, il ne l'apportera pas. Mais, si, avec notre dol, l'associé a pris quelque chose du dommage, de nous, il le réclamera ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 9 - Par la mort de l'un [des associés], la société est dissoute, quoiqu'avec le consentement de tous, elle ait été faite et qu'au vrai, plusieurs demeurent, à moins qu'en formant la société, on n'en ait convenu autrement. L'héritier de l'associé n'hérite pas ; mais il doit être fourni ce qui a été obtenu par la suite à partir du bien commun et de même, le dol et la faute, pour ce qui dépend de ce qui a été fait antérieurement, tant par l'héritier qu'à l'héritier ».*

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - De même, non seulement ce qui, au moment de la mort, s'y trouvait, mais si, par quelque moyen, par la suite, des accroissements à la succession se sont ajoutés, ils entrent dans la réclamation de la succession ; car la succession reçoit l'accroissement et la diminution. Mais ce qui, après l'acceptation de la succession, s'ajoute, si, certes, [c'est] à partir de la succession elle-même, je pense que cela, à la succession, s'ajoute ; si [ce sont] des choses extérieures, non, parce qu'à la personne du possesseur, elles s'ajoutent. Mais tous les fruits augmentent la succession, qu'avant ou qu'après l'acceptation de la succession, ils se soient ajoutés. Mais les enfants de servantes, sans aucun doute, accroissent la succession ».*

[317] (Note de Groenewegen) Voyez les ci-devant dites lois et les juristes.

que cette communauté soit rompue. Je ne doute aucunement qu'il doive être fait immédiatement quand rien n'a été disposé dans les statuts. Mais l'usage a introduit chez les gens d'Utrecht qu'il n'y avait aucun lieu à la continuation de la communauté, pourvu que l'inventaire soit produit dans l'année et un jour, voir Someren, *De jure novercarum*, cap. 6, sect. 2, § 5, p. 102 et Antonella, *De tempore legali*, lib. IV, cap. 130, nb 1, accorde tout ce délai à l'héritier absent. Mais, s'il était présent, l'inventaire doit commencer dans les trente jours et être achevé dans les autres soixante jours, et [le délai] commence à courir depuis le moment de l'acceptation de la succession, voir de même, nb 2. En outre, il faut faire attention à ce qu'une fois le statut approuvé, il n'y a aucune différence entre les enfants majeurs et mineurs, voir Voet, lib. 24, tit. 3, nb 28. De plus, il faut relever que non seulement l'héritier, mais aussi indistinctement, celui dont c'est l'intérêt demande à bon droit à l'époux survivant la confection de l'inventaire, voir Schomaker, *Consila et responsa juris*, part. I, cons. 54, nb 4, p. 519. À partir du droit, ce lui qui ne réalise pas l'inventaire est présumé en dol. De là, il est mis à l'écart aussi de la Trébellianique, de même, de la [quarte] Falcidie, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 39, nb 5. Il indique dans sa decis. 42 que cela a été ainsi jugé le 13 juillet 1650 dans un jugement de révision sur la Trébellianique. Il y en a qui le sentent autrement , comme nous le verrons ci-dessous sur le chapitre XX, § 14, note 477.

Sans qu'ils supportent etc. Du fait que cette comunauté des biens a été introduite pour l'avantage des enfants nés (voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, nb 28 ; Lambert Goris, *Adversariæ miscellaneæ*, tract. I, cap. 9, nb 7), il s'ensuit en outre quelle cesse chaque fois quelle est dommageable envers les enfants, voir Johan van Someren, *De jure novercarum*, cap. 6, § 2, p. 79. Toutefois, dans le droit de la Gueldre, quand les enfants ont choisi la communauté des biens, les dettes sont aussi communes entre eux et l'époux survivant, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphenicus*, aux mots *gemeenschap van goederen* - "communauté de biens", § 5. Il faut aussi ainsi statuer quand la communauté des biens a été continuée entre les héritiers du mort et le conjoint survivant, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 10, aux mots *ratione autem* - "mais avec la raison". Bijnkershoek [dit] dans le même endroit que celle-ci est mise en commun, la communauté n'ayant pas été exclue, après la mort de l'un ou de l'autre et qu'elle est aussi étendue aux successions et aux legs, et il rappelle ici que la Cour Suprême l'a ainsi assez souvent et de nouveau jugé. Cependant, le statut et la coutume faisant défaut, Voet, lib. 24, tit. 3, nb 28, signale que cette communauté des biens cesse entre le survivant et les héritiers étrangers du défunt. Mais, dans le droit de Groningue, cette communauté des biens est étendue au-delà des enfants, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 252, ce qu'il nie quant aux usages de la Gueldre à partir de Lambert Goris, mais l'illustre homme se trompe, du fait que Goris enseigne tout à fait le contraire, tract. I, cap. 9, nb 3.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXX. Presque tous les interprètes entendent mal Grotius (voir Groenewegen dans 316 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, nb 28 et suivant ; *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 40) quant à la continuation de la communauté des biens au plaisir du parent survivant entre lui et les enfants mineurs, du fait qu'il a voulu que cela soit plutôt établi plutôt pour lui en pénalité du parent qui ne fait pas l'inventaire et non de celui qui n'assigna pas les biens, afin que, la communauté étant ainsi continuée, les enfants participent certes par la suite au profit et non de même à la perte, voyez la thèse CXLII à la fin et la Chambre des pupilles de Flessingue, art. 17.

CCLXXI. Cependant, cette pénalité n'a pas été reçue partout en Hollande ou en Zélande, voyez la Chambre des pupilles du Rijnland, art. 26 et 27, de Rotterdam, art. 14, 15 et 16, de Gorkum, art. 33, de Grootebroek, art. 6, d'Enkhuyzen, tit. 2, de Middeleburg, art. 22, 24, 26, 27, 29, 66 et suivants, 75 et suivants et l'ampliation, art. 8 ; et Grotius ne rend pas à bon droit au surplus ici commun de droit hollandais à partir de la plupart des statuts contraires (sur lesquels voyez les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 40) ; cf. la thèse XIV.

CCLXXII. Ce qui est discuté par Voet, lib. 24, tit. 3, nb 31 et 32, quant à l'effet de cette continuation de la communauté des biens en pénalité du parent survivant est très étranger à cet endroit et à l'intention des ces statuts, du fait qu'un droit irrégulier introduit en pénalité de quelqu'un sur la norme du droit commun ne peut en aucune façon être demandé, en argument voir les *Institutes*, III, xxv, § 4.

CCLXXIII. Ce qui a été débattu par Voet dans ledit livre, tit. 3, nb 33, est plus utile pour la continuation d'une communauté d'un véritable nom à partir de la volonté du testateur ou de ceux

dont c'est l'intérêt ; cela peut regarder la question douteuse quant aux parts que, l'époux survivant passant à de seconds vœux et la communauté statutaire ayant été de nouveau reçue par lui-même et le second époux, lui-même, survivant ou deux fois marié, les héritiers de l'époux prédécédé et le second époux vont avoir sur un patrimoine commun de cette sorte.

CCLXXIV. Pour que cette question soit expliquée et terminée, doit être tenue la règle de D. 17,2, 21 et 23 § 1 : *L'associé de mon associé n'est pas mon associé.* D'où, il est fait 1°. qu'il y a ici deux sociétés, l'une entre l'époux deux fois marié et les héritiers de l'époux prédécédé, l'autre entre ce même [époux] deux fois marié et le second époux. 2°. Que le second époux n'est pas l'associé des héritiers de l'époux prédécédé ni réciproquement ceux-ci, les associés de celui-ci. 3°. Que l'époux deux fois marié est au contraire l'associé des deux, c'est-à-dire des héritiers du prédécédé et du second époux. 4°. Que les héritiers de l'époux prédécédé n'a aucune part du profit ou de la perte avec le second époux ni réciproquement celui-ci ave ceux. 5°. Que l'époux deux fois marié, au contraire, du fait qu'il fait la part des deux, c'est-à-dire qu'il met en commun avec les deux tant le profit que la perte et que bientôt, il faut partager entre lui et l'autre, son associé. 6°. Pour déterminer ce qui a été apporté dans les deux sociétés, doit être examiné cet instant dans lequel la société a été contractée ou si les capitaux des deux sociétés doivent être établis en examinant le temps des secondes noces. 7° À partir de cet établissement des capitaux, doit être réalisé au moment de la fin des deux sociétés ce qui est arrivé aux deux du profit ou de la perte et de quelle façon celui-ci ou celle-là devra être mise en commun ou partagée.

CCLXXV. À partir de ce qui a été dit, il est clair 1°. qu'il n'est pas nécessaire que toute cette affaire, avec van Wezel, *De connubiali bonorum societate*, tract. 2, cap. 4, nb 76 et suivant, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, nb 32, soit remise au jugement incertain du juge et ne joue pas ici l'argument de D. 33, 1 *(Des legs et des fidéicommis annuels)*, 13 § 1, mieux, sur une question du fait qui ne regarde pas ce qui est du ressort du droit ; 2°. dans le patrimoine commun des trois associés au moment de la fin de la société, les parts du nouvel associé et des autres, non par elles-mêmes, mais à partir de la nature de la chose elle-même, seront égales, par exemple des tiers, mais égales ou inégales à la faveur de la mesure de ce que le nouvel associé a apporté ou aussi de ce que les deux sociétés ont eu par la suite de la perte ou du profit . Par exemple, un conjoint deux fois marié, à l'époque des secondes noces, dans le patrimoine commun de lui-même et des héritiers de l'époux prédécédé, possédait 600 florins, le second époux, 200 florins, maintenant, le patrimoine commun de celui-ci et de l'époux marié deux fois sera de 500 florins. Rien n'est arrivé par la suite du profit ou de la perte aux deux sociétés ; au surplus, au moment de la fin des deux sociétés, le second époux a enlevé 250 florins, l'époux deux fois marié, 275 florins, et les héritiers de l'époux prédécédé, 275 florins. Supposez en outre qu'une susccession de 1000 florins soit arrivée à l'époux deux fois marié, celui-ci apportera dans sa nouvelle société avec le second époux 500 florins, par conséquent, il aura à la faveur de sa moitié pour lui à partir de ce profit 250 florins. Les 750 florins restants sont partagés entre le marié deux fois et les héritiers de l'époux prédécédé en parts égales. Enfin, imaginez que l'époux deux fois marié ait possédé en commun avec les héritiers de l'époux prédécédé 400 florins, que le second époux ait apporté au deux fois marié 200 florins et rien rien en outre du profit ou de la perte ne soit arrivé aux deux sociétés. Maintenant, le nouveau patrimoine commun de l'époux deux fois marié et du second époux sera de même de 400 florins ;le second époux prendra pour lui de là 200 florins. À partir des 400 florins qui resteront encore, le marié deux fois et les héritiers de l'époux prédécédé auront de même 200 florins.

CCLXXVI. Du reste, [il en va] ainsi seulement si ni à partir du livre des comptes ni à partir d'autres instruments dignes de foi ou de témoignages, ces même capitaux des deux sociétés peuvent être déterminés et établis au moment du second mariage ; ou aussi, si, quant au profit ou à la perte qui arrivera par a suite, cela n'apparaît pas ; avec l'argument dudit texte de D. 33, 1 *(Des legs et des fidéicommis annuels)*, 13 § 1, il faut recourir au jugement du juge. Dans le premier cas, compte ayant été tenu de la condition de chacun des époux, c'est-à-dire celle du prédécédé, de [l'époux] marié deux fois et du second époux, il déterminera et jugera avec une présomption de droit que tout le patrimoine était égal ou inégal ; ou aussi, dans le second cas, statuant par le biais d'une présomption de droit, il prononcera qu'*un changement de statut ne s'était pas produit* et que tout le patrimoine commun était resté dans ce même état depuis le commencement des secondes noces.]

*

Chapitre XIV
De la succession laissée par une dernière volonté ou par la mort [318]

§ 1. Nous en venons à l'ACQUISITION DES SUCCESSIONS, que nous avons dites être le bien d'un prédécédé.

§ 2. Les successions passaient ordinairement anciennement, pour les Germains, par la mort aux parents par le sang, à savoir en considération de la proximité ou d'où le bien était acquis, comme il sera dit ci-après ; laquelle façon de passer la propriété, bien que, par le droit naturel, **[111]** non seulement, elle ne se produise pas, cependant, en a pris une certaine origine ; car, puisque les parents sont tenus de pourvoir leurs enfants du nécessaire et les enfants sont tenus à une gratitude envers leurs parents et leurs aïeux qui n'ont pas pu montrer mieux la montrer mieux qu'envers ceux qui sont issus desdits parents et aïeux, ainsi la loi civile a approprié les biens qui, par les morts, sont laissés vacants et les a adjugés à ceux auxquels le mort, lorsqu'il peut être interrogé là-dessus, il conviendrait le mieux de donner une telle chose ; mais le fait de laisser une succession ou des legs était inconnu des anciens Germains [319], comme cela est encore interdit par beaucoup des plus proches voisins de notre Hollande [320] pour les biens immeubles. Cependant, en Hollande, aussi loin que l'on en trouve le souvenir, l'usage a été de laisser les biens par une dernière volonté, par imitation, comme on le croit bien, des autres peuples demeurant ici pour le commerce. Ce droit, confirmé par les lois de nombreux peuples, ne s'oppose pas au droit naturel, mais plutôt, s'accorde avec la raison naturelle [321] ; car, puisque chacun peut donner son bien durant sa vie à qui il veut purement et simplement ou sous condition et, la propriété étant aussi transférée, elle conserve sa force aussi après la mort de celui qui donne, ainsi, avec le temps, il est d'usage que que propriétaire ait cédé certains de ses biens à d'autres personnes, conservant pour lui la possession te l'usage sa vie durant ; ou aussi qu'il ait cédé la possession, stipulant pouvoir prendre de nouveau la propriété comme il lui plaît durant sa vie : ce que l'on appelle une donation à cause de mort. Ainsi, progressivement, il n'a pas été trouvé déraisonnable que chacun, conservant pour lui sa vie durant son bien, nommât celui qui voulait en être le propriétaire après **[112]** sa disparition. Cependant, puisque, concernant cela, cela est très important, la loi civile a remarquablement restreint le pouvoir des citoyens aussi bien au profit du plus proche par le sang, particulièrement les enfants et les

---

[318] (Note du traducteur) Ici, Grotius entend parler d'une succession qui se fait sans testament, donc ab intestat, autrement dit, une succession légale qui se déroule selon les règles du droit normalement applicable en la matière.

[319] (Note de Groenewegen) Voir Tacite, *De moribus Germanorum* [xx, 6].

[320] (Note de Groenewegen) Voir Lambert Goris, *Adversaria de societate conjugali*, traité 4, *De differentiis jurium*, § 9 ; Jean Bodin, *Les six livres de la République*, liv. V, chap. 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, II, xiv [*Des institutions d'héritiers*], § 5, nb 3.

[321] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. VI , § XIV.

XIV. 1. Il faut savoir aussi que lorsque nous traitons de l'aliénation, le testament est compris par nous sous ce genre. Car, bien que le testament, comme tous les autres actes, puisse recevoir du droit civil une forme déterminée, le droit de tester est cependant, dans son essence, intimement lié au droit de propriété ; et cela donné, il est de droit naturel. Je puis, en effet, aliéner la chose qui m'appartient, non seulement purement et simplement, mais encore sous condition ; non seulement d'une manière irrévocable, mais encore avec clause de révocation, et même parfois, en retenant la possession et la peine liberté de jouir des choses que j'aliène. Or, le testament est une aliénation en cas de mort, révocable avant le décès, et avec la réserve du droit de tester, il ajoute que "par là il rendit chacun maître de son bien". Quintilien le père dit dans une déclamation*, que "le patrimoine lui-même peut nous paraître à charge, si la loi ne lui est pas favorable en tout, et si le droit qui nous est accordé sur lui de notre vivant, nous est enlevé au moment où nous mourons". C'est en vertu de ce droit qu'Abraham devait laisser ses biens à Eliézer, dans le cas où il serait mort sans enfants, ainsi que nous l'indique un passage de la Genèse* (15, 2).

2. Que si dans quelque pays il n'est pas accordé aux étrangers de faire un testament, cette défense n'a pas lieu en vertu du droit des gens, mais découle d'un droit propre à cette cité ; et, si je ne me trompe, cette disposition vient de l'époque où les étrangers étaient traités comme des ennemis. Aussi a-t-elle été abolie avec raison chez les peuples plus civilisés ». Cf. *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 255-256.

parents, comme aussi pour empêcher toute légèreté de la volonté, comme aussi toute tromperie qui pourrait être faite en dehors de la volonté de quelqu'un, comme nous l'entendrons ci-après.

[**Note de Willem Schorer sur la note 321 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que la confection d'un testament appartient à la nature du droit et il signale ainsi dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VI, § XIV, que le testament a certes reçu une forme certaine du droit civile, cependant, que son origine est puisée des principes du droit naturel (mieux, de la nature de la propriété ou de la nue-propriété ;et, dit-il, selon ce droit, Abraham, s'il mourait sans enfants, avait décidé de laisser ses biens à Eliézer et l'exemple de ce patriarche est considéré d'une grande importance, du fait qu'il avait non seulement laissé des parents consanguins en Mésopotamie, mais que Loth, le fils de son frère, avait habité dans cette même Palestine. Willem van der Meulen, dans ses notes sur la coutume de la Cour d'Utrecht, art. 32, enseigne que la confection d'un testament est du ressort du droit naturel même après que les hommes ont préféré la société civile à la liberté naturelle.

Cependant, Pufendorf, *De jure naturæ et gentium*, lib. IV, cap. 10, § 4, que suit Bijnkershoek dans ses *Observationes juris romani*, lib. II, cap. 2, n'est pas d'accord. Et l'auteur [Cocceji] du *Codex Frederici*, part. II, lib. 7, tit. 2, § 2, raisonne ainsi. Ainsi aussi, il semblé à Hotman et à Lambert Goris, *Adversariæ miscellaneæ juris*, tract. IV, § 9, nb 5, à partir du droit divin et naturel et cela a été répondu de la même manière, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 43, nb 63 et 66. Cependant, Barbeyrac sur Pufendorf, dans ledit endroit, note 2, a de nouveau affermi la sentence de l'auteur et répond aux objections. Si cela procède, il s'ensuit que d'Argentré, sur l'art. 266 de la coutume de Bretagne, ne loue pas à bon droit la jurisprudence de ceux qui détiennent le pouvoir suprême, qui enlèvent la faculté de tester aux mortels et appelle à la succession du défunt le plus proche par le sang ou en degré, bien que, récemment, à raison d'implacable inimitiés, entre ceux nés du même œuf, le roi de Prusse ait douté sérieusement de l'abrogation de toute la confection du testament, comme nous l'apprenons à partir du Code de ce dernier. Toutefois, nous lisons dans le *Journal des sçavans* de mars 1766, p. 191, qu'à une autre époque, la sépulture devait être refusée dans les temples à ceux qui mouraient intestats. Selon l'auteur, la liberté est très libre en Hollande, ce qui est vrai aussi en Zélande, mais, dans la Gueldre, cela n'est permis à personne à raison des immeubles, comme Groenewegen [le dit] dans sa note à partir de Lambert Goris, tract. IV, § 9, nb 2. Dans la Wetuwe, une partie de la Gueldre, en 1711, la disposition testamentaire aussi des biens allodiaux avait été interdite, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 58, nb 215. Nous apprenons du *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten* - "testaments", § 1, que, principalement, le droit de la Gueldre varie sur cette matière. Mais à Utrecht, on suit une voie moyenne entre les gens de la Gueldre et les Hollandais ; car ici, il n'est pas autrement permis de tester, si une fois la faveur obtenue des États eux-mêmes ou de la Cour, qui prononce à leur place le droit consacré, voir *Ordonantie en Instructie van den Hove van Utrecht*, art. 32. Cependant, si quelqu'un, à partir de la prescription du droit romain, la faveur n'en ayant pas été obtenue, en présence de sept témoins a fait ici sa dernière volonté, il a été répondu, voir *Consilia Ultrajectina*, part. III, cons. 147, nb 11, qu'un tel testament était valide. À bon droit ? J'en doute fortement. Toutefois, l'autorité de Rodenburg et de Grotius s'y ajoute ; mais, chez le premier, aucun propos ici des sept témoins ; cependant, l'auteur, dans le liv. II, p. 17, aux mots *by ons* - "chez nous", affirme certes qu'il y est répondu dans cet avis, mais il parle ici du droit hollandais où il n'y a une très large possibilité de tester, ce qui est aussi étendu à ces places où, la faveur n'en ayant pas été obtenue, n'importe quelle personne libre est modérateur et arbitre de ses biens, cependant, des biens situés autre part, la déclaration de la dernière volonté est admise aussi sans en avoir obtenu la faveur, voir Rodenburg, *De jure, quod oritur ex statutis diversis*, tit. II, cap. 4, nb 4, om, à travers tout le chapitre, il traite de la faculté fréquentée par les gens d'Utrecht.

En Frise, selon le droit romain, sept témoins sont requis, alors que, cependant, un certain Frison de Bois-le-Duc, en présence d'un notaire et de sept témoins, avait fait un testament, à partir de l'équité, le Conseil de Frise a confirmé la disposition sur les biens situés ici, une fois observées les solennités de la région de Bois-le-Duc ; ce qui a été expressément disposé dans le droit de la Gueldre, pourvu qu'elle soit enregistrée dans les actes à partir de la prescription du 20 mars 1724, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten*, art. 5. Et cela est en usage partout, comme l'enseignent Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 1, tit. 4, nb 13, avec l'autorité des

jurisconsultes, Vinnen *ex professo*, *Selectæ juris quæstiones*, lib. II, cap. 19, de même Gabrielo Alvarez de Velasco, *Decisiones et consilia*, t. II, cap. 104, nb 24, et ainsi la Cour d'Utrecht l'a-t-elle jugé le 8 juillet 1593, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 123, nb 16, p. 455, et aussi le Conseil de Brabant, le 31 janvier 1645, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 9, nb 5. Cependant, le nb 4 enseigne qu'à partir des coutumes de Malines, un époux n'institue pas à bon droit l'autre héritier, à moins qu'il n'ait testé en présence de deux échevins, à un point tel que l testament de l'époux fait avec la règle commune dans cet endroit où cette solennité n'est pas requise, ne tire pas son effet sur les biens [situés] sous la domination de Malines ; ce qui ne procéderait pas aussi, s'il peut être prouvé que l'on est parti ailleurs pour éviter les solennités plus coûteuses de son domicile. .En effet, dans ce cas, la validité de l'acte ne s'étend pas aux biens situés dans le lieu du domicile, d'u fait qu'une telle personne est indigne de tout bénéfice et de toute bienveillance, voir Voet, lib. 1, tit. 4, nb 14.

Mais, qu'en sera-t-il du droit dans le cas inverse ? Il est demandé où quelqu'un, en dehors de la place de son domicile ou des bien situés ailleurs, a fait sa dernière volonté, les solennités de la place dans laquelle l'acte est fait ayant été négligées, mais ayant été observé ce que la loi du domicile ou de la stuation du bien requiert. Voet, lib. 1, tit. 4, nb 13, défend qu'une telle disposition est en équité valide.]

§ 3. En notant d'abord qu'en Hollande, la succession est de deux sortes, PAR UNE DERNIÈRE VOLONTÉ et AB INTESTAT.

§ 4. La DERNIÈRE VOLONTÉ est *une déclaration de ce que quelqu'un veut qu'il arrive de son bien après sa mort* [322].

§ 5. Bien que celui-ci puisse comprendre aussi de nombreuses choses comme la tutelle sur les enfants, l'enterrement et les choses semblables, il comporte cependant deux parties (cependant les deux non toujours nécessaires), à savoir l'INSTITUTION et le LEGS.

§ 6. L'INSTITUTION est *une indication de la volonté [pour savoir] qui l'on veut être son héritier.*

§ 7. L'HÉRITIER ou HOIR est *celui qui entre dans les biens du mort comme ayant obtenu son droit et sa charge en général* [323].

§ 8. *Du mort* : car il ne peut y avoir aucune succession d'une personne qui vit [324].

§ 9. *En général* [325] : pour distinguer avec cela l'héritier des autres qui ont un titre particulier de certains biens, comme par un legs.

§ 10. Cette INSTITUTION est DIRECTE ou INDIRECTE (FIDÉICOMMISSAIRE).

§ 11. DIRECTE, *quand quelqu'un acquiert immédiatement son droit du mort.*

§ 12. FIDÉICOMMISSAIRE, *quand quelqu'un, d'un autre qui est institué directement, doit recevoir la succession* [326].

---

[322] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 1, 1.

Extrait du livre II des *Pandectes* de Modestinus : *« Le testament est la juste sentence de notre volonté quant à ce que quelqu'un, après sa mort, a voulu que l'on fasse ».*

[323] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xix, § 1 ; D. 50, 17, 157 § 2 ; D. 50, 16, 24.

« § 1. L'héritier nécessaire est l'esclave institué héritier ; il est ainsi appelé parce que, qu'il le veuille ou ne le veuille pas, de toute façon, après la mort du testateur, il devient aussitôt libre et [héritier] nécessaire. D'où, ceux qui ont des richesses suspectes instituent ordinairement leur esclave au premier rang, au second ou même à un rang ultérieur comme héritier, pour que, si, aux créanciers, il n'est pas fait satisfaction, plutôt les biens de cet héritier que ceux du testateur lui-même, par les créanciers, seront possédés, vendus ou partagés entre eux. Cependant, à la faveur de cet inconvénient, cet avantage lui est procuré pour que ce qu'après la mort de son patron, il a acquis pour lui lui soit réservé ; et, bien que ne suffisent point les biens du défunt aux créanciers, de nouveau, à partir de cette cause, les biens de ce qu'il a acquis pour lui ne sont pas vendus ».

Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Dans un méfait, la ratification est comparée à un mandat ».*

Extrait du livre VI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« L'"hérédité" n'est rien d'autre que la succession à tout le droit que le défunt avait ».*

[324] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 4, 1.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si la succession de celui qui est vivant ou qui n'est personne est vendue, il n'y a rien de fait, parce que n'est pas dans la nature des choses ce qui est vendu ».*

[325] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 24 (précité note 318).

[326] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 1.

[113] § 13. Un LEGS est *une indication de la volonté par laquelle quelqu'un se voit donner quelque chose par une dernière volonté non comme un héritier* [327].

§ 14. C'est-à-dire, non en considération de ce dernier, qu'il soit [héritier] [328] avec les autres ou non.

*

Chapitre XV
Ceux qui peuvent faire une dernière volonté [329]

§ 1. Ceci étant donc entendu, voyons ceux qui PEUVENT FAIRE UNE DERNIÈRE VOLONTÉ et CEUX QUI PEUVENT RECEVOIR À PARTIR DE CELLE-CI.

§ 2. Tous les hommes et toutes les femmes chez nous peuvent FAIRE UNE DERNIÈRE VOLONTÉ, mineurs comme majeurs, aussi sans le consentement de leurs tuteurs.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXXVII. Bien que la confection d'un testament soit plus libre en Hollande te en Zélande qu'elle avait été permise dans le droit romain, comme aux fils de famille et aux étrangers, mieux, après la totale suppression de la confiscation des biens dans la loi hollandaise du 1er mai 1732 et zélandaise du 16 décembre 1735, elle se présente aux condamnés à mort ; cependant, à raison de l'utilité publique, la loi a été portée par les Hollandais le 4 mai 1655 et par les Zélandais le 12 novembre 1655 et approuvée dans d'autres, que certains des prêtres ont entendue, bien que très obscure, être cependant moins à bon droit, quant à la confection d'un testament tant active que passive, voir *Nieuw Nederlandsch Jaarboek* de 1770, p. 940 et suivante. À meilleur droit, Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 1 et 2, et la Cour du Brabant (dans le *Nederlandsch Jaarboek* de ladite année, p. 973 et suivante) l'ont expliqué de la seule confection passive d'un testament, dont nous parlerons ci-dessous sur le chapitre XVI, § 3, étant excepté un chapitre de la loi qui regarde la confection active, ce qui a été exposé par Bijnkershoek dans le cap. 2 et, en réalité, appartient à cet endroit.

CCLXXVIII. À savoir, il est disposé dans ce chapitre 1°. que les parents d'un prêtre ne laissent pas plus aux enfants catholiques à un titre quelconque qu'aux enfants protestants non indignes ; 2°. que ces enfants catholiques abandonnés à l'Église ne testent en aucune façon des biens des parents à eux laissés ; 3°. que les prêtres ou les clercs, ou les laïcs, en aversion de la religion, au préjudice des héritiers légaux protestants, apportent quelque chose à un autre catholique ; la répétition de cette part, à partir de la pacification de Gand, art. 21, a ainsi été exposée dans le rescrit des États du 8 août 1664, pour que la disposition ne soit pas faite au préjudice des autres héritiers légaux, à côté

« § 1. C'est pourquoi il faut savoir que tous les fidéicommis, dans les premiers temps, étaient sans valeur, parce que personne n'était contraint de payer ce sur quoi il se l'était fait demander ; en effet, avec ceux-ci, on ne pouvait pas laisser des successions ou des legs, si on les laissaient, on le remettait à la foi de ceux qui pouvaient les prendre à partir du testament, c'est pourquoi on les a appelé des fidéicommis, parce qu'en aucun lien de droit, mais seulement en l'honneur de ceux qui se les faisaient demander, ils étaient compris. Par la suite, le premier, le divin Auguste une fois et de nouveau ému pour les personnes, parce que l'on dirait que, par son salut, il a été interrogé ou à raison de l'insigne perfidie de certains, a ordonné aux consuls d'interposer leur autorité. Parce que cela était considéré juste et était populaire, peu à peu, on s'est tourné en une juridiction assidue et une si grande faveur a été faite pour ceux-ci que, peu à peu aussi, le préteur fut créé plus proprement qui, pour les fidéicommis, prononcerait le droit qu'ils appelaient fidéicommissaire ».

[327] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 1.

« § 1. C'est pourquoi le legs est une certaine donation laissée par un défunt ».

[328] (Note du traducteur) Grotius, dans le manuscrit de Lund, corrige le mot au pluriel *erfgenaemen* en un singulier *erfgeneam.*

[329] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, II, xii [*Ceux auxquels il n'est pas permis de faire un testament*] ; D. 28, 1 [*Ceux qui peuvent faire un testament et comment les testaments sont faits*] et C. 6, 22 [*Ceux qui peuvent ou ne peuvent pas faire un testament*].

Le titre xii des *Institutes* comporte 5 paragraphes qui suivent un long prologue ; le titre 28 du Digeste renferme 32 extraits et le titre 22 du Code, 12 constitutions.

des frères, en aversion pour la religion chez Arent Lybrecht, *Redenerende vertoog over't notaris-ambt*, supplément, part. II, p. 456.

CCLXXIX. Bien que l'intention de ladite loi n'ait pas enlevé aux clercs, mais ait seulement restreint la confection d'un testament (voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 2, p. 365 à la fin et p. suivante), par ces mêmes États, dans un décret du 13 mai 1734 et un autre du 17 juin 1741, elle semble avoir été ainsi entendue afin qu'ils aient besoin d'un privilège spécial pour tester et qu'ils doivent régler le testament en présence de deux commissaires de la Cour. Mais cela a été modifié dans la loi du 29 octobre 1795, étant sauvegardée la première partie de la loi hollandaise de 1655, mieux, aussi la troisième, mais non la seconde.

CCLXXX. Ceux qui sont nourris dans un orphelinat ou dans un hospice de vieillards, ne peuvent pas laisser à d'autres les biens qu'ils ont apportés, comme ni, par la suite, ceux obtenus avec une succession, un legs ou une donation, à moins qu'ils n'aient racheté ce droit avec une transaction. Ce privilège a été spécialement accordé à de nombreuses fondations de cette sorte (voir le *Nerderlandsch Jaarboek* de 1750, p. 515 et suivante dans la note), et été déclaré par les États dans une interprétation le 17 décembre 1766 ; voir *Nieuw Nerderlandsch Jaarboek* de 1766, p. 1217 et suivante ; *Groot Placaet-boek*, part. IX, p. 217.]

§ 3. Pourvu que les hommes aient quatorze ans accomplis et les femmes, douze ans accomplis, ce qui aussi, par les lois romaines [330], a été introduit et suivi par nos ancêtres, pare qu'avant cela, la compréhension est jugée être immature et que les jeunes filles sont adolescentes plus tôt selon leur occasion que les jeunes hommes.

§ 4. Cependant, les hommes insensés et possédés ne peuvent faire aucune dernière volonté, à moins que, pendant certaines périodes, ils ne soient en possession de leur entendement ; car alors, une telle chose leur est libre [331].

[**Note de Willem Schorer**

Cependant, les hommes insensés etc. Il doit être dit de même, si quelqu'un a été ivre à un point tel qu'il aura entièrement perdu le sens d'une saine raison et cela est vrai, bien que le notaire auquel on a foi dans le doute, ait écrit dans un chapitre du testament que le testateur était sain d'esprit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit.1, nb 35.]

§ 5. Ceux qui sont prodigues [332], aussi longtemps qu'une telle chose dure, ne peuvent aussi faire aucune dernière volonté [333].

---

[330] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, II, xii, § 1 ; D. 28, 1, 5.

« § 1. En outre, ne peuvent pas faire un testament les impubères, parce que le jugement de leur esprit n'existe pas ; de même, les fous, parce que, d'esprit, ils sont privés. Ne regarde pas la chose, si l'impubère, par la suite, est devenu pubère ou le fou, par la suite, est devenu sain d'esprit et est mort. Les fous, si, pendant ce temps, avaient fait un testament, [moment] où, leur folie a été interrompue, légalement, ils sont considérés tester, de façon certaine, parce qu'avant leur folie, le testament était valide ; car la folie qui intervient par la suite n'anéantit pas les testaments faits à bon droit ni aucune autre affaire ».

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Voyons depuis quel âge les hommes et les femmes peuvent faire un testament. Il est plus vrai que, pour les hommes, certes, quatorze ans doivent être envisagés, mais, pour les femmes, douze ans accomplis. Mais quelqu'un devra-t-il avoir dépassé ses quatorze ans pour pouvoir faire un testament ou suffira-t-il qu'il les ait accomplis ? Pose que quelqu'un, né dans les calendes de janvier (i. e.* le 1er janvier*), le jour même de son anniversaire, dans sa quatorzième année, ait fait son testament ; le testament sera-t-il valide ? Je dis qu'il est valide ; plus, je pense que, même si, la veille des calendes, il l'a fait après la sixième heure de la nuit, le testament est valide ; déjà, en effet, il est considéré avoir accompli sa quatorzième année, comme, à Marcianus, il le semble ».*

[331] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 1 des *Institutes*, II, xii ; D. 28, 1, 16 § 1 et D. 28, 1, 17.

Le § 1 est donné ci-dessus note 324.

Extrait du livre unique des *Règles* de Pomponius : *« 1 - Marcellus relève : le fou aussi, a le pouvoir de faire un testament, bien qu'il ne puisse pas faire un testament ; mais il a le pouvoir de faire un testament pour la raison qu'il peut acquérir pour lui un legs ou un fidéicommis ; car, aussi, aux sains d'esprit et aussi aux ignorants, les actions personnelles sont acquises ».*

Extrait du livre III des *Sentences* de Paul : *« Celui qui a été pris dans une maladie contraire du corps et mentalement, à ce moment, ne peut pas faire un testament ».*

[332] (Note du traducteur) Ici, les deux termes utilisés par Grotius sont *Hofs- en Stads-kinderen*, que l'on peut traduire *verbatim* par "enfants de la Cour et de l'État". Le traducteur latin traduit ces expressions par *prodigi*. Or, dans le

[**Note de Willem Schorer sur la note 333 de Groenewegen van der Made**

Il n'y a aucun doute que la confection d'un testament est interdite au prodigue ; cependant, à partir de la novelle XXXIX de Léon, le testament du prodigue est valide s'il a laissé [sa succession] à ses héritiers nécessaires, s'il l'a distribuée aux pauvres ou l'a destinée à d'autres usages et ainsi la Cour de Flandre l'a-t-elle jugé, voir *Précis du droit Belgique*, p. 120. Cependant, le prodigue agira avec plus de précautions s'il a obtenu la possibilité de tester de la Cour provinciale ou d'un autre magistrat auquel la connaissance de cette chose incombe, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1, nb 34. Brunemann, sur D. 28, 1 *(Ceux qui peuvent faire des testaments et comment sont faits les testaments)*, 18, observe toutefois que cette prohibition a à peine une solide raison, car, dit-il, une chose est d'administrer les biens, une autre de disposer de ceux-ci après la mort et c'est pourquoi il pense que la disposition de celui-ci est valide, s'il a bien pourvu à la postérité ; ce qui est tout à fait en accord avec la raison ; mais, si, par postérité, il a entendu ici lorsqu'il a appelé les héritiers ab intestat, la confection d'un testament procédera peu pour un prodigue du fait que ceux-ci avaient été aussi des héritiers après la mort du prodigue testateur. Du reste, dans le droit de la Gueldre, la confection d'un testament d'un fou, d'un prodigue, d'un sourd et muet, pourvu qu'ils soient nés avec ce défaut du corps, est interdite de même aux ecclésiastiques qui suivent le culte romain, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten*, art. 16.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXXXI. On croit que le juste testament d'un prodigue est valide aussi en Hollande à partir de la novelle XXXIX de Léon, comme il a semblé à la Cour le 22 novembre 1616, voir *decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 116.]

[114] § 6. Ni aussi ceux qui sont nés ensemble muets et sourds [334] ; mais ceux qui, étant sourds, peuvent toutefois parler ou qui, étant muets, peuvent toutefois écrire peuvent faire une dernière volonté [335] ; mais, par signes, le muet n'est autorisé à faire une telle chose que par la faveur du magistrat suprême du pays, après avoir pris connaissance des choses [336].

---

chapitre XI du premier livre, Grotius traduisait en latin dans la marge du texte ainsi l'expression néerlandaise équivalente utilisée par lui, *Quist-goederen*. Il semble que, si l'on en croit la note de S. J. Fockema Andræ sur ce § (cf. *op. cit.*, vol. 2, p. 154), le traducteur latin ait bien traduit l'expression que nous lui avons donc ainsi reprise, car les prodigues placés tous tutelle peuvent être mis à disposition par la Cour au profit des parents consanguins, des descendants, des pauvres, pour autant qu'il n'y a là-dedans aucune prodigalité.

[333] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xii, § 2 ; D. 28, 1, 18 ; voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. [manquant], defin. 3 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 2.

« § 2. De même, le prodigue auquel l'administration de ses biens a été interdite, ne peut pas faire un testament, mais celui qu'il avait fait avant que l'interdiction des biens lui soit faite, est confirmé ».

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Celui, auquel, selon la loi, de ses biens, il a été fait interdiction ne peut pas faire un testament et, s'il en a fait [un], selon le droit lui-même, il n'est pas valide ; parce que, cependant, l'interdiction étant plus ancienne, il a eu [le pouvoir de faire] un testament, celui-ci sera valide. À juste titre, en conséquence, un témoin, pour le testament, ne pourra pas être employé, du fait qu'il n'a pas le pouvoir de faire un testament. 1 - Si quelqu'un, à raison d'une poésie diffamatoire, a été condamné, dans un sénatus-consulte, il a été déclaré qu'il ne peut pas tester ; en conséquence, il ne pourra pas faire un testament et, pour un testament, être employé ».*

[334] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 1, 7 ; *Institutes*, II, xii, § 3.

Extrait du livre Ier *Sur la Loi du vingtième sur les successions* d'Æmilius Macer : *« Si un sourd ou un muet, de l'empereur, a obtenu qu'il lui soit permis de faire un testament, le testament est valide ».*

« § 3. De même, un muet et un sourd ne peuvent pas toujours faire un testament. En tout cas, nous parlons de ce sourd qui n'entend pas du tout, non qui entend lentement, car est entendu muet celui qui ne peut rien dire, non qui, lentement, parle. Souvent aussi, les hommes lettrés et érudits perdent, dans différents cas, la faculté d'entendre et de parler ; d'où, notre constitution (cf. C. 6, 22, 10) *aussi, leur a donné un secours, pour que, dans certains cas et de certaines façons, selon la norme de celle-ci, ils puissent faire un testament et faire les autres choses qui leur ont été permises. Mais, si quelqu'un, après la confection du testament, par maladie ou par n'importe quel autre accident, a commencé à être muet ou sourd, n'en reste pas moins confirmé son testament ».*

[335] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 22, 10.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« E, distinguant pour le sourd et le muet, parce que, pas toujours, des défauts de cette sorte leur arrivent, nous consacrons que, si quelqu'un, par les deux maladies en*

§ 7. [Savoir] si ceux qui sont nés hors mariage peuvent faire un testament est douteux aussi bien ici qu'en France et dans d'autres pays [337]. À raison du comté, il est remontré qu'anciennement, une telle chose était ordinairement obtenue comme un privilège des comtes et que de très nombreuses personnes avaient transigé avec le comté aussi avec la connaissance de la Cour. Là, des témoignages sont aussi apportés sur cette coutume ; mais il n'y en a aucun jugement.

[**Note de Willem Schorer sur la note 33 de Groenewegen van der Made**

Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 121, défend longuement que les bâtards disposent à bon droit à leur plaisir de leurs biens, comme ici Groenewegen dans sa note. Cependant, parce que les statuts varient surtout, il faut toujours recourir à ceux-ci. La confection d'un testament est interdites aux habita,nts bâtards, voir la coutume de Lille, tit. 9, art. 7, de même celle de Louvain, chap. 16, art. 19. [Il en va] de nouveau autrement à Gand, voir la coutume de Gand, rubr. 28, art. 1, cependant, d'une façon telle qu'à partir du droit commun, dont il sera traité ci-dessous sur le chap. XVIII, § 8, elle est réduite au tiers, comme de Haan le dit avec plusieurs choses dans ses notes sur l'art.2.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXXXII. Il est probable que les bâtards, dans le droit hollandais, peuvent faire un testament, bien qu'ils n'aient pas obtenu le privilège spécial de tester, voir en argument la décision de la Cour du 27 novembre 1543, *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 353, selon laquelle, comme dans d'autres décisions sembables, il semble que l'on ait recours à l'équité du droit civil dominée par la coutume contraire. Cela est d'un droit certain à Flessingue, voir la coutume de Flessingue, chap.20, art. 1.]

---

même temps, est dans les difficultés, c'est-à-dire qu'il ne peut ni entendre ni parler et que, de la nature elle-même, il a cela, il est accordé qu'il ne fait ni testament, ni codicille ni ne laisse un fidéicommis ou ne fait une donation à cause de mort, ni n'impose la liberté avec la baguette ou d'une autre façon ; commandant qu'à cette même loi, tant les mâles que les femmes obéissent. 1 - Mais, quand, dans des défauts de cette sorte, à un homme ou à une femme, une malheur non naturel arrive, mais que, la maladie survenant par la suite, il a perdu la voix et fermé ses oreilles, si nous posons qu'une personne de cette sorte connaît l'écriture, tout ce qu'au premier, nous avons interdit, nous le permettons à celui qui écrit de sa main. 2 - Mais si au contraire, il y a une distinction des infortunes, ce qui, rarement, arrive, aux sourds, bien que, naturellement, un sens de cette sorte ait changé, nous permettons cependant de tout faire dans les testaments, les codicilles, les donations à cause de mort, les libertés et toutes les autres choses. 3 - En effet, si une voix articulée, par la nature, lui a été accordée, rien n'interdit que celui-ci fasse tout ce qu'il a voulu, parce que nous savons que certains experts du droit ont pensé cela plus subtilement et ont exposé qu'il n'y avait personne qui n'entendait pas du tout, si l'on parle du cerveau de celui-ci, selon ce qui, à Juventius Celsus, a agréé. 4 - Mais, pour celui auquel la maladie qui survient a enlevé seulement l'audition, on ne peut douter qu'il puisse tout faire sans obstacle. 5 - Mais, si au contraire, les oreilles se sont ouvertes et recevant la voix, mais que la langue est tout à fait embarrassée, bien que, par les anciens auteurs, assez souvent, quant à cela, on ait varié, cependant, si nous présentons que celui-ci est expérimenté dans l'écriture, rien n'interdit celui qui écrit de tout faire, que naturellement ou par l'intervention d'une maladie, une infortune de cette sorte lui soit arrivée. 6 - Aucune distinction n'étant observée pour les mâles et les femmes dans cette constitution ».

[336] (Note de l'éditeur) Voir C. 6, 22, 7.

Constitution de Valentinien, Valens et Gratien adressée à Maximus et donnée en 371 : *« Lorsque sont institués héritiers l'empereur ou l'impératrice, ils auront un droit commun avec les autres ; cela, dans un codicille ou des lettres fidéicommissaires légalement écrites, devra être observé. Et, de même que, dans les anciennes lois, cela a été disposé, à l'empereur aussi ou à l'impératrice, il sera permis de faire et de modifier un testament ».*

[337] (Note de Groenewegen) À Anvers, cela leur est interdit, voir la coutume, cap. 45 *(Des bâtards)*, art. 1. À Malines, cela leur est permis, voir la coutume, tit. 18, art. 2 et là, Paul van Christijnen ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *Unde liberi*. Semblablement, en France, voir d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 451 ; Papon, *Le troisième notaire*, liv. VI, tit. *De légitimation* aux mots *la troisième* et liv. XXI, tit. 3, art. 5 et 6 ; René Choppin, *Trois livres du domaine de la Couronne de France*, liv. I, tit. 11, § 3 ; Bacquet, *Du droit de bastardise*, part. I, chap. 6. Cela est aussi en accord avec le droit écrit, voir Papon, dans ledit ouvrage, [liv. XXI, tit. 3] art. 5 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. 1, decis. 82, nb 4. Et avec aussi ce qui est entendu aujourd'hui avoir lieu et être suivi en Hollande par les plus célèbres avocats, voir *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 135 au passage *zoo wel*, et cons. 173, quest. 2.

§ 8. Un vassal ne peut pas disposer de son fief par une dernière volonté sans l'autorisation du magistrat suprême du pays. Cela est entendu être suffisant, même si le vassal avec la parenté n'y consentaient pas ; mais de telles faveurs sont entendues être utiles pour ordonner une seule chose de cela, à moins que la faveur n'apporte de pouvoir faire une telle chose par une ou plusieurs substitutions, comme maintenant, les faveurs sont ordinairement établies [338].

[**Note de Willem Schorer sur la note 338 de Groenewegen van der Made**

Bien que le vassal, sans faveur obtenue du seigneur direct, ne puisse pas tester quant au fief, il n'est cependant pas requis qu'elle précède la confection du testament, pourvu que, de son vivant, il l'ait obtenue ; car, après la mort du vassal, le droit est immédiatement obtenu à son successeur qui ne peut pas lui être ôté par un acte du seigneur direct, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 45.

Du reste, il n'est pas nécessaire que la mention de la faveur obtenue soit faite dans le testament ; il sera aussi permis au vassal, une fois la faveur obtenue, de changer son testament selon son plaisir. En outre, il est demandé : de qui la faveur de tester quant aux arrière-fiefs (*achter-leenen*) devra-t-elle être obtenue ? On distingue communément si le fief sera la partie principale du bien-fonds (*hoofd-leen* - "fief principal") ou dépendra seulement du fief principal ; posez qu'il provienne du patrimoine de celui qui le donne en arrière-fief ou de l'arrière-vassal lui-même. Dans le premier cas, seuls les États ou leurs délégués commissionnés peuvent accorder la permission de tester. Dans l'autre, il dépend du jugement du vassal [de savoir] s'il veut demander la permission de tester au vassal qui donne l'arrière-fief ou aux États eux-mêmes qui ont quelque seigneurie directe dominante. Bort, dans *Van de Hollandsche leenen*, part. V, tit. 2, chap. 1 et 2, explique toute la formule aveclaquelle la permission de tester est accordée aux vassaux.]

§ 9. Quand le premier décédé des époux a fait certains avantages au survivant et que, par la **[115]** suite, il impose comment les biens de la communauté, après la mort du survivant, iront, le survivant ayant joui des avantages ne peut pas par la suite aussi commander par une dernière volonté autrement quant à sa part contrairement à la dernière volonté du prédécédé [339].

[**Note de Willem Schorer sur la note 3389 de Groenewegen van der Made**

Voet est en désaccord avec l'auteur et signale que, bien qu'il ait agréé aux époux dans le pacte prénuptial qu'après la mort de l'époux prédécédé, les biens du survivant soient partagés en parts égales entre les parents consanguins du premier mort et ceux du dernier survivant, les deux époux vivants ne peuvent non seulement pas modifier l'ordre de la succession, mais aussi, à l'époux survivant, après la mort du conjoint prédécédé, la possibilité plus libre de tester quant à son patrimoine selon son plaisir est accordée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 63, et lib. 28, tit. 3, nb 11. Et cela a été expressément disposé dans le statut d'Anvers, art. 50, p. 46. Tobias Boel, sur Johan Loenius, cas. 137, examine cette question *ex professo*. Voyez aussi ce que nous remarquerons sur le chap. XXIV, § 8, sur les notes 616, 617 et 618. Un tel pacte réprouvé quant au droit commun, a été cependant partout reçu sur la succession future entre époux, ce qui est tout à fait permis dans le contrat prénuptial, comme ci-dessous, liv. III, chap. XIV, § 11, note 514.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

[338] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le chap. XLII, § 2.

[339] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observatien*, obs. 11 et 12 ; coutumes d'Anvers, cap. 41 *(Des droits concernant les personnes tenues)*, art. 51 ; Peck, *De testamentis conjugorum*, liv. I, cap. 43, nb 14 ; Evraerts, avis 12, nb 11 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 268, et chap. 2, avis 275 ; Louet, *Recueil de plusieurs notables arrests donnez en la Cour de Parlement de Paris*, lettre T, arrêt 10 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 58, nb 6 ; Decker, liv. I, dissert. 1, nb 4 ; Bouvot, *Arrests*, t. I, part. I au mot *testament*, quest. 1, et t. II au mot *testament*, quest. 11 ; Charondas le Caron, *Responses du droict françois*, liv. VIII, resp. 75.

CCLXXXIII. Le conjoint survivant qui a testé avec le prédécédé des biens communs et a été fait son héritier, ne peut pas disposer autrement de cette partie du bien commun qui doit revenir aux substitués du prédécédé ; mais il teste à bon droit quant à cette partie qui va arriver à ses propres héritiers, voir Rooseboom sur la coutume d'Amsterdam, chap. 42, art. 22 et 23, et Boel sur Loenius, decis. 137, à moins peut-être qu'à partir d'un consentement commun, les deux époux n'aient disposé du patrimoine commun ou d'une partie de celui-ci, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 63, lib. 28, tit. 3, nb 11.]

*

Chapitre XVI
Ceux qui peuvent recevoir par une dernière volonté

§ 1. PAR UNE DERNIÈRE VOLONTÉ, toutes personnes peuvent RECEVOIR, vieilles ou jeunes, aussi bien étrangères qu'indigènes, puisque le droit qui avait anciennement cours concernant les étrangers, pour de bonnes raisons, a été aboli [340].

§ 2. Semblablement, aussi bien les personnes non nées [341] que nées ; celles qui sont sûrement nommés ou qui, autrement, sont ainsi inscrites qu'elles soient trouvables [342], bien

---

[340] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur C. 6, 24 [*De l'institution des héritiers et quelles personnes ne peuvent pas être instituées*], 1 et ci-devant, liv. I, chap. XIII. Cela est différent des lois romaines, voir ledit texte de C. 6, 24, 1.

Constitution de Titius Ælius Antonin à Antestianus (sans date) : *« Ceux qui sont exilés, s'ils inscrivent [dans leurs testaments] des héritiers, de même que les pérégrins, ne peuvent prendre [les biens], mais la succession est dans cet état dans lequel elle serait, s'ils n'avaient pas été inscrits [comme héritiers] ».*

[341] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 28.

« § 28. Antérieurement, un autre posthume pouvait et peut maintenant être institué héritier, à moins que ne soit dans le sein de celle qui, légalement, ne peut pas être notre épouse ».

[342] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 25 aux mots *sub certa* et § 29 ; D. 35, 1, 17.

« § 25. Au vrai, aux personnes incertaines, on avait accordé que ni les legs ni les fidéicommis n'étaient laissés ; car un soldat ne peut pas laisser certes à une personne incertaine, comme le divin Hadrien l'a dit dans un rescrit. Comme incertaine, la personne est considérée, [personne] qu'avec une opinion incertaine, à son intention, le testateur soumettait, comme si quelqu'un dit ainsi : "quiconque, à mon fils, en pariage, aura uni sa fille, qu'à celui-ci, mon héritier lui donne ce bien-fonds" ; ce qui aussi était laissé à ceux qui, après la rédaction du testament, seraient désignés premiers consuls, également, à une personne incertaine, cela était considéré être légué ; et enfin, il y a beaucoup d'autres espèces de cette sorte. La liberté aussi n'était pas considérée pouvoir, à une personne incertaine, être accordée, parce que l'on agréait que, nommément, les esclaves fussent libérés. Un tuteur certain aussi devait être donné. Au vrai, sous une désignation certaine, c'est-à-dire à partir de personnes certaines, à une personne incertaine, à bon droit, on léguait comme "à partir de mes parents par le sang qui existent maintenant, si quelqu'un a pris comme épouse ma fille, à lui, que mon héritier donne ce bien". Mais, à des personnes incertaines, les fidéicommis laissés et dénoués par erreur, il avait été disposé dans les saintes constitutions qu'ils ne pouvaient pas être réclamés ».

« § 29. Si, sur le nom, le surnom et le nom, le testateur s'est trompé, si, quant à la personne, cela est clair, le legs n'est pas moins valide ; de même, pour les héritiers, on l'observe et à bon droit ; en effet, les noms ont été trouvés pour désigner les hommes dont il n'est en rien d'intérêt, si, de n'importe quelle façon, ils sont entendus ».

Extrait du livre II *Sur l'Édit du préteur, titre des legs* de Gaius : *« Il y a une fausse indication, comme s'il avait été ainsi écrit : "l'esclave Stichus, que j'ai acheté de Titius", "le bien-fonds [appelé] Tusculan, qui, par Seius, m'a été donné". Car, s'il est établi à quel esclave, à quel bien-fonds aura songé le testateur, ne regarde pas la chose [le fait de savoir] si celui que j'ai indiqué avoir acheté aura été donné ou qu'il aura acheté celui qu'il a indiqué lui avoir été donné. 1 - En conséquence, si un esclave a été ainsi légué : "je lègue à Titius le cuisiner Stichus", "le cordonner Stichus", bien qu'il ne soit ni cuisinier, ni cordonnier, au légataire, il appartiendra, si, à celui-ci, l'on convient que le testateur avait pensé ; car, si, pour désigner la personne du légataire, quelqu'un s'est quelque peu trompé, mais qu'est établi celui auquel il a voulu léguer, le legs est valide de la même manière que si aucune erreur n'était intervenue. 2 - Ce qu'il en est de la règle pour une fausse indication est même mieux pour une fausse cause, comme ainsi "à Titius, je donne un bien-fonds, parce qu'il a pris soin de mes affaires", de même "que mon fils Titius prenne le premier le bien-fonds, parce que son frère lui-même, à partir de mon coffre, a dépensé tant de pièces d'or de mon coffre" ; car, bien que son frère n'ait pas dépensé l'argent du coffre, le legs prend effet. 3 - En revanche, si, de façon conditionnelle, la cause a été conçue, comme de cette manière : "à Titius, s'il a pris soin de mes affaires, je donne mon bien-fonds", "que mon fils Titius, si son frère a dépensé cent de mon coffre, prenne en premier le bien-fonds", le legs sera ainsi effectif, si celui-ci a pris soin des affaires et si son frère a dépensé les cent du coffre. 4 - Si, à quelqu'un, un legs a été fait, afin qu'à partir de lui, il fasse quelque chose, comme de faire un monument pour le testateur, un ouvrage ou un*

qu'aussi, dans le nom ou le surnom, on ait mélangé ; des communautés aussi bien que des personnes particulières.

[**Note de Willem Schorer sur la note 341 de Groenewegen van der Made**
En effet, celui qui est en gestation est tenu pour déjà né ; il est ci-dessous traité [de savoir] ce qu'il en sera de l'avantage de celui-ci, liv. II, chap. XXIV, § 7, note 624.]

§ 3. Cependant, anciennement, il a été interdit que les personnes et les maisons ecclésiastiques reçoivent des biens immeubles par une dernière volonté [343].

[**Note de Willem Schorer sur la note 343 de Groenewegen van der Made**
Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap.1 et 2, examine plus abondamment cette matière. Voyez ci-dessous le chap. XVIII, § 13, auquel peut être ajouté ce que dit Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 5, nb 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCLXXXIV. L'institution d'hértier des clercs prêtres et des fondations pour de pieuses causes, interdite par l'édit du 4 mai 1655, ne regarde pas les pauvres ou les orphelinats établis dans ces régions, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 1 ; *Groot Placet-boek*, part. VI, p. 355 et suivante.]

[116] § 4. Les tuteurs et les curateurs ou les administrateurs des biens des pupilles, les enfants desdits tuteurs, les parrains d'un homme ou d'une femme, les concubines ne peuvent pas jouir par une dernière volonté des mineurs de certains biens immobiliers ou de quelque chose par quoi des biens immeubles pourraient être chargés [344].

---

repas public pour les concitoyens, ou pour qu'à partir de lui, il en remette une partie à un autre, sous une mesure appropriée, le legs est considéré ».

[343] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 20 mars 1524 et du 16 octobre 1531 ; le privilège accordé par le duc Willem de Bavière à Amsterdam le 4 novembre 1411 ; le placard du 28 octobre 1446 ; le placard du 6 juillet 1515 enregistré au greffe de la Cour de Hollande dans le second *Memoriaelboek* du greffier Sandelyn, fol. 31. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 1, 2 [*Des sacro-saintes églises, de leurs biens et de leurs privilèges*], 5 et ci-devant, liv. I, chap. XV, note 264, et liv. II, chap. V, note 159.

[344] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1549, art. 8. Voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 9, defin. 19 et 20 ; coutumes d'Anvers, tit. 46, art. 7 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 10 et 114 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 37 [*De l'administration des tuteurs et des curateurs, du prêt à intérêt et du dépôt de l'argent du pupille*], 17, et sur C. 5, 27 [*Des enfants naturels, de leurs mères et, à partir de quelles causes, ils deviennent justes*], 2. Cela est différent des lois écrites, voir D. 39, 5, 5 et 31, D. 32, 29 et 49 § 4. Voyez en outre Peregrinus, *De jure fisci*, liv. II, tit. 2 ; ci-devant, liv. I, chap. VIII, note 157.

Extrait du livre XXXII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« À raison de l'affection, ni les donations honorables, ni les déshonnêtes n'ont été interdites, les honorables, envers les amis qui les ont bien méritées ou les parents, les déshonnêtes, envers les maquerelles ».*

Extrait du livre XII des *Réponses* de Papinien : *« Il est convenu que les donations apportées à une concubine ne peuvent pas être rappelées et que, si un mariage, entre eux, par la suite, a été contracté, dans une nullité, ne tombe pas ce qui, auparavant, légalement, était valide. Mais [savoir] si l'honneur du mariage et l'affection auront, dans le passé, précédé, les personnes ayant été comparées et l'union de la vie ayant été considérée, j'ai répondu que cela devait être pesé ; en effet, les tablettes ne font pas le mariage. 1 - J'ai répondu que les espèces, en dehors de la dot, par la mère, au mari, au nom de sa fille qui était présente, ont été données, par celle-ci, au mari, étaient considérées avoir été délivrées et que sa mère mécontente n'avait pas de réclamation ou ne les réclamait pas à bon droit, parce que le mari avait garanti, en dehors de la dot, que, pour les usages de la jeune femme, elles lui avaient été délivrées, du fait qu'avec cette signification, la mesure de la donation n'est pas déclarée et que, de l'usage, la propriété n'est pas séparée, mais que le pécule, de la dot de la jeune femme, est distingué. Le juge, cependant, évaluera si la mère, légalement, mécontente contre sa fille, a voulu les rappeler et il portera une sentence appropriée à la réserve de la mère et se présentant au jugement d'un homme de bien. 2 - Un père qui, à sa fille qu'il avait sous sa puissance, a donné des esclaves et n'a pas enlevé son pécule à celle-ci, ayant été émancipée, à partir de ce qui a été fait après, il était considéré avoir achevé la donation. 3 - Un coffre ayant été déposé dans un temple avec cette condition que celui-là même qui, seul, l'a déposé l'enlève ou qu'après la mort du propriétaire, Ælius Speratus [l'enlève], j'ai répondu que la donation n'était pas considérée avoir été faite. 4 - Les donations ne peuvent pas être confirmées après la commission du crime de haute trahison, du fait qu'il tient aussi l'héritier, quoique, ne les ayant pas encore réclamées, il ait quitté la vie ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 344 de Groenewgen van der Made**

À l'exemple de François Ier, roi de France (qui, en 1539, s'était soucié qu'un semblable édit soit promulgué), Charles Quint, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note, a promulgué cet édit à Bruxelles, comme [le dit] longuement Rebuffe sur les *Ordonnances royales*, tract. *De donationibus*, ce qui a été confirmé par les archiducs Albert et Isabelle en Belgique autrichienne le 12 juin 1611 dans l'édit perpétuel, voir *Précis du droit Belgique*, § 4, p. 117. Mais il faisait seulement mention des immeubles. Maintenant, à cette occasion, il est demandé avec inquiétude et il est avec le plus grand soin controversé [de savoir] s'il devra être étendu aux meubles. En effet, aujourd'hui, la plus garde partie des biens consiste en marchandises ou en obligations. Il s'ensuit de là qu'une fraude puisse facilement être faite à cette loi. Cependant, Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 3, refuse que cet édit puisse être étendu par une interprétation aux meubles, mais contre son gré, comme il me semble, la méthode d'interprétation de la loi est naturelle qu'avec Pufendorf, j'ai suivie ci-dessus, liv. I, chap. II, § 17. En effet, l'édit veut ce qui est contraire au droit romain, comme ce dont on débat, soit d'une interprétation stricte et ne souffre aucune extension et nous avons déjà ci-dessus indiqué cette opinion du grand homme dans ledit endroit et, pour défendre cette sentence, il la rend ferme ; l'argument tiré de l'édit du 20 mars 1524 du même Charles Quint, dans lequel il a interdit que des immeubles soient acquis aux églises, cependant, n'a jamais été étendu aux meubles, même les plus précieux, par quiconque et ainsi aussi [le dit] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 5, nb 9, bien que celui-ci admette autrement l'extension des lois nationales, comme nous l'avons noté dans ledit endroit ; et avec ce fondement, dans le nb 8 précédent, il approuve l'extension à l'épouse des tuteurs et des curateurs dont l'édit ne fait aussi aucune mention. À partir de là, il a été aussi répondu que cette prohibition avait seulement lieu pour un tuteur administrateur, mais non pour un tuteur honoraire, communément *toeziende vogd*, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 24, nb 5. D'autres le goûtent cependant autrement, et à mon jugement, à meilleur droit, ceux que Bijnkershoek lui-même indique. Les États d'Utrecht aussi, veillant plus à la justice, ont interprété cet édit et ont voulu qu'i soit étendu aux meubles, voir l'ordonnance d'Utrecht en 1659, art 15, et là, Abraham van Wezel. Voet, lib. 28, tit. 5, dit beaucoup de choses qui regardent cela, nb 8, 9, 10 et 11, auquel est ajouté Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten*, art. 17.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

Extrait du livre II des *Œuvres posthumes résumées par Javolenus* de Labéon : *« Celui qui avait une concubine lui a donné un vêtement d'une première concubine pour s'en servir, ensuite, il l'a ainsi légué : "le vêtement que, pour elle, comme acheté, elle s'était préparé". Cascellius et Trebatius refusent que lui soit due la cause préparée pour la première concubine, parce que la situation est différente pour l'épouse. Labéon n'approuve pas cela, parce que, dans un legs de cette sorte, le droit des épouses ne doit pas être suivi, mais une interprétation des termes doit être faite et, de même, pour la fille ou pour n'importe quelle autre personne, la règle se trouvera. La sentence de Labéon est vraie. 1 - Lorsqu'il a ainsi été fait un legs : "que Titia, mon épouse ait une part aussi grande que la petite part [qu'a] un seul héritier", si les parts des héritiers ne sont pas égales, Quintus Mucius et Gaius pensent que la part la plus grande a été léguée, parce que, dans la plus grande, la plus petite se trouve aussi ; Servius Ofilius dit que [c'est] la plus petite, parce que, lorsque l'héritier est obligé de donner, il sera en son pouvoir de donner cette part. Labéon l'approuve et cela est vrai. 2 - Lorsqu'il a ainsi été fait un legs : "autant d'argent qui, de la succession de Titius, m'est arrivé, que mon héritier donne autant d'argent", Labéon pense qu'a été légué ce que, comme une recette, sur ses registres à partir de cette succession, le testateur a rapporté ; du reste, il refuse que garantie doive être donnée à l'héritier par le légataire, si, peut-être, l'héritier est obligé [de donner] quelque chose par la suite, au titre de la succession de ce dernier. Moi, au contraire, je le pense, parce que ne peut être considéré être arrivé à l'héritier ce qu'au titre de la succession de ce dernier, il allait acquitter ; de même, Alfenus Varus écrit que, pour Servius, cela est décidé, ce qui est vrai. 3 - Si l'héritier, à toi, un esclave ayant été légué de façon générale, a livré Stichus et que celui-ci, par toi, a été évincé, Labéon écrit que tu peux, sur le fondement du testament, agir en justice, parce que l'héritier n'est pas considéré avoir donné ce qu'il a donné d'une façon telle que tu ne puisse l'avoir ; et je pense que cela [est] vrai. Mais il dit que tu dois plus, avant que le jugement soit reçu, l'annoncer à l'héritier ; car, si, autrement, tu l'as fait, à toi qui agis en justice sur le fondement du testament, sera opposée l'exception de dol. 4 - "Si Stichus et Dama, mes esclaves, sous ma puissance, se trouvent quand je mourrai, alors, que Stichus et Dama soient libres et qu'ils aient pour eux ce bien-fonds". Si le maître a aliéné l'un de ceux-ci après la confection de son testament ou l'a affranchi, Labéon pense qu'aucun des deux ne sera libre ; mais Tubero pense que celui qui est resté sous sa puissance sera libre et qu'il aura le legs. Je pense que la sentence de Tubero, à la volonté du défunt, s'accorde plus ».*

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 4 - Mais il importe peu [de savoir] si, à son épouse ou à sa concubine, quelqu'un lègue ce qui, à raison de celle-ci, a été acheté et préparé ; assurément, en effet, à moins qu'à la dignité, cela n'importe ».*

CCLXXXV. L'édit de Charles Quint du 4 octobre 1540, art. 12, déclaré par les différentes lois pupillaires portées par les États de Hollande, comme celles de la ville de Briel, art. 78 et 79, interdit que les héritiers institués par des pupilles capables de tester et les tuteurs quelconques, aussi, les tuteurs honoraires, à moins que, la tutelle mise sur la personne des tuteurs étant terminée et les comptes ayant été rendus, l'institution n'ait été faite, que les tuteurs soient les parents ou ces collatéraux qui seront héritiers légaux ; toutefois, ces seconds ne peuvent pas même être institués dans ce cas plus au-delà que dans la mesure où ils peuvent succéder ab intestat. Les enfants quelconques des tuteurs (mais non les épouses, si rien n'a été fait en fraude de la loi) se le voient interdire, comme les concubines des pupilles, cf. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 3.

CCLXXXVI. Bien que ladite loi de Charles Quint ait restreint cette interdiction de libéralité aux seuls biens immeubles et que les différentes lois pupillaires aient interdit la seule institution d'héritier et au surplus, l'acquisition des biens meubles à ce titre, toutefois, la raison de ces lois et cette condition maintenant changée des patrimoine pupillaires qui consistent en général en dettes publiques demandent que tous les legs des biens meubles de cette sorte soient juégs avoir été interdits.]

§ 5. Les hommes qui, avec une jeune fille âgée de presque vingt-ans, ou les femmes qui, avec un jeune homme âgé de presque vingt-cinq ans ont conclu un mariage ou ont promis un mariage sans le consentement de leurs parents, de la parenté ou des magistrats, ne peuvent au moins pas jouir par une dernière volonté de leur époux ou de leur fiancé[e] [345].

§ 6. Les enfants adultérins et incestueux ne peuvent, ni par directement ni indirectement, recevoir par une dernière volonté de leur parents [346], à l'exception que, par lesdites lois ecclésiastiques qui sont ici suivies, il est permis de leur laisser autant que ce qu'ils pourraient recevoir comme nécessaire pour leur entretien [347].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 346 et 347 de Groenewegen van der Made**

Bien que les parents ne doivent rien aux enfants nés de façon légitime, à côté de la légitime, et qu'ils laissent à bon droit tout le patrimoine à des étrangers, cependant, les parents qui ont des enfants légitimes et naturels ne peuvent pas laisser la légitime aux enfants légitimement nés et le reste des biens aux enfants naturels. En effet, s'il y a des enfants de justes noces, les lois permettent qu'un douzième seulement de la succession soit donné aux enfants nés d'une concubine ; ce qui est tout à fait vrai dans les usages, parce que chez nous, le concubinat est clairement désapprouvé, comme [il est dit] dans le liv. I, chap. XII, § 5, note 239. Ce qui a été donné plus largement est acquis aux seuls enfants légitimes qui existent de la même façon, comme je l'ai relevé ci-dessus, liv. I, chap. XII, § 9, sur la note 245, à travers le décret sur les enfants légitimes. Toutefois, les enfants légitimes faisant défaut, à bon droit, ils sont institués héritiers pour la totalité par les parents, étant cependant sauve la légitime pour les parents du testateur ; la même chose triomphera pour les petits enfants naturels nés d'un fils légitime, ou les petits-enfants légitimes nés d'un fils naturel ; mais, pour les enfants incestueux et adultérins, selon nos usages, à côté des aliments, rien n'est à bon droit laissé, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 91, de même, *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 116 à la fin, comme cela a été affermi expressément dans le

[345] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540. Voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 5 et ci-devant liv. I, chap. VIII, § 3 ; liv. II, chap. V, § 4, note 160, chap. XI, § 15, note 292, chap. XII, note 293, et ci-après, liv. III, chap. II, § 10, notes 111 et 112, §§ 24-25, notes 157 et 158.

[346] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle LXXXIX, cap. ult., placée sous C. 5, 5, 6. Voyez Mæstert, *De justitia legum romanarum*, liv. II, cap. 6.

Extrait de la Novelle LXXXIX : *« À partir d'une liaison criminelle ou d'un inceste, ou condamnée, les enfants ne doivent pas être nommés naturels, indignes du bénéfice de toute la richesse paternelle, comme ils ne seront pas nourris par le père ».*

[347] (Note de Groenewegen) Voir la décrétale IV, vii [*De celui qui prend en un mariage qu'il a sali par un adultère*], 5 à la fin ; coutumes d'Anvers, tit. 45, art. 7 et 8 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la dite Novelle LXXXIX.

Décrétales de Clément III : *« (…) De façon certaine, I. et M. ne leur apportent aucun secours pour qu'ils demeurent en même temps, parce qu'ils ont cohabité réciproquement pendant dix ans, du fait que la multiplicité d'enfant ainsi reçue accroît plus leur crime et que la longueur du temps ne diminue pas le crime, mais l'augmente. Cependant, il importe à ta sollicitude que les deux pourvoient à leurs enfants procréés et selon ce que les richesses leur suffisent, à leur entretien, procurent le nécessaire ».*

droit de la Gueldre, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphenicus*, au mot *erfrecht* - "droit successoral", § 8. Ainsi, a-t-il été disposé à Anvers, voir la coutume d'Anvers, art. 8, p. 128, qu'à bon droit, les enfants adultérins réclamaient en justice les aliments aux parents et cela a été plus souvent de nouveau jugé en France, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 561. Dans ce cas seulement cependant, s'ils manquent d'aliments et qu'ils n'ont pas autre part où ils pourront se nourrir ; la donation faite par le père aux enfants adultérins ne subsiste ordinairement pas et elle est déférée aux héritiers légaux, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 12, nb 2 et 3.

Du reste, quoi que les fils incestueux aient reçu au titre des aliments des parents, ils ne le transmettent pas aux héritiers étrangers, ce qu'ils peuvent faire à leurs descendants, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 2, nb 13 et 14, et ce que dit Brunemmann tantôt des enfants naturels, tantôt des enfants incestueux sur C. 5, 27 *(Des enfants naturels, de leurs mères et à partir de quelles causes ils seont rendus justes)*, 8 avec l'extrait de la novelle LXXXIX, cap. 12 et 15, qui est placée en dessous. Que pourra-t-il être laissé à une concubine ? Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 27, 2, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 5, nb 6.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCLXXXVII. Les enfants naturels, des enfants légitimes existant, selon le droit commun hollandais, peuvent être institués par le père seulement pou un douzième, voyez les décisions de 1684 et 1685 dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 36. Cependant, à Leyde, pour un quart de la part du fils, voir les statuts de Leyde, art. 150, en l'absence d'enfants légitimes, ils peuvent à bon droit être institués pour la totalité, étant sauve la légitime pour les parents, voir la novelle LXXXIX, cap. 12, § 3 ; voyez la thèse X.]

§ 7. Un homme ou une femme s'adonnant à un second ou ultérieur mariage avec un homme ou une femme qui a des enfants du lit précédent, ne peut pas jouir par une dernière volonté de son second époux ou de l'époux ultérieur de plus de la part d'un enfant et, dans le cas où il y a beaucoup d'enfants et que l'un reçoit **[117]** plus que l'autre, ainsi, l'époux ne peut pas recevoir plus que l'enfant qui reçoit le moins [348].

---

[348] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 9, 6 et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce passage ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 3, defin. 4 et la suivante ; et ci-devant, liv. II, chap. XII, note 293.

Constitution de Léon et Anthemius adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donnée en 478 : *« Avec cette loi édictale qui vaudra à perpétuité, nous consacrons que, si, d'un premier mariage, des enfants ayant été procréés, le père ou la mère, vers de secondes ou troisièmes noces ou les vœux d'un mariage ultérieur répété, a migré, il ne leur sera pas licite de laisser à la marâtre ou au parâtre dans un testament sans un écrit ou dans un codicille, selon le droit de succession, au titre d'un legs ou d'un fidéicommis, plus ni d'apporter au titre de la dot ou d'une donation avant les noces ou une donation ayant été faite à cause de mort, ni d'inscrire des donations entre vifs (qui, bien que, le mariage durant, selon le droit civil, sont interdites, cependant, avec la mort du donateur, pour certaines causes, sont ordinairement confirmées) qu'à un fils ou une fille, si l'un ou l'une existe. 1 - S'il y avait plusieurs enfants, chacun n'ayant pas plus de parts égales que ce qui, à chacun d'eux arrive, à leur parâtre ou à leur marâtre, il sera permis de le transférer. 2 - Mais, si, les parts n'étant pas égales, à ces mêmes enfants, les richesses rappelées sont passées, alors aussi, il ne sera pas permis qu'à leur parâtre ou leur marâtre, le testateur laisse, donne ou, au titre de la dot ou de la donation avant les noces, apporte plus que le fils ou la fille a, auquel une plus petite part, dans la dernière volonté, a été donnée ou laissée, d'une façon telle que le quart qui est dû à ces mêmes enfants à partir des lois, en aucune manière, ne soit diminué, si ce n'est pour ces causes qui, quant au testament contraire aux devoirs, excluent les plaintes. 3 - Nous pensons que cette observation aussi pour les personnes du grand-père ou de la grand-mère, des petits-fils ou des petites-filles, de même, des arrière-petits-fils et des arrière-petites-filles, qu'ils soient sous puissance ou qu'ils aient été émancipés, à ceux qui viennent de la ligne paternelle ou maternelle, est gardée. Mais si au contraire, quelque chose, plus qu'il a été statué a été laissé ou donné au parâtre ou à la marâtre, nous ordonnons que ce qui a été laissé ou donné en plus, en tant que non écrit, ni laissé ou donné, aux personnes des enfants, est déféré et partagé entre elles, cessant toute tromperie, si, par quelque moyen, par l'intervention d'une personne ou avec n'importe quel autre moyen, elle avait été réfléchie. 4 - À cela, nous ajoutons ceci, [à savoir] que l'épouse, dans les cas dans lesquels elle est contrainte de conserver les donations [faites] avant les noces, aussi les autres biens à elles dévolus par le mari, selon les statuts des premières lois pour les enfants communs, comme paternels, c'est-à-dire quand, le mariage ayant été dissous par la mort du mari, elle en vient à d'autres noces, elle sera maîtresse aussi de l'usufruit des aliments civils seulement durant les temps de sa vie, leur aliénation étant totalement interdite. 5 - Mais une fois tenue l'estimation des biens mobiliers à de justes prix par le biais de ceux que chacune des deux parties aura choisis comme arbitres pour en juger, avec l'intervention d'un serment, [l'épouse] aura de la même façon l'usufruit, si elle a fourni la garantie appropriée qu'elle restituera selon la façon des lois ces mêmes biens mobiliers, ou leur prix, aux fils et aux filles nés de ce même mariage, ou après leur mort, aux petits-fils et petites-filles nés de ces mêmes enfants, s'il arrivait qu'elle meure, tous, ou bien un ou une seule étant survivants ; 6 - et de façon certaine, si elle l'a différé ou n'a pas été capable de fournir les garanties appropriées, les biens mobiliers ci-devant dits, non encore remis*

[**Note de Willem Schorer sur la note 348 de Groenewegen van der Made**
Voyez ce que nous avons relevé ci-dessus, liv. II, chap. XII, § 6, sur la note 296.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCLXXXVIII. Dans le droit, avec C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 6, dans lequel le second époux se voit interdire de prendre plus que le fils auquel une très petite part a été laissée, de façon injuste, le fils unique ayant été déshérité et le second époux ayant été inscrit comme héritier pour la totalité dans le testament qui a été fortifié avec une clause codicillaire, à partir de la faveur maintenant reçue de cette clause, à ce fils, ne semble pas se présenter de la moitié des biens. Sil 'un de plusieurs héritiers a été déshérité, que les autres ont été institués héritiers avec le second époux, il conservera pour lui la légitime et la Trébellianque de sa part et rendra la part restante aux héritiers inscrits, étant cependant toujours conservée la disposition qui concerne le second époux, voyez C. 5, 9, 6 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 131, et les jurisconsultes dans le *Nieuw Nederlandsch advijs-boek*, part. I, cons. 3.]

*

Chapitre XVII
De l'établissement d'une dernière volonté parfaite

§ 1. Ceci étant donc entendu de la dernière volonté en général, nous en viendrons maintenant à la distinction de celle-ci.

§ 2. Une certaine dernière volonté est alors un TESTAMENT, une certaine, un CODICILLE [349].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCLXXXIX. Les lois des testaments et des codicilles ne sont pas même absolument équivalentes dans le droit d'aujourd'hui. Car 1°. elles diffèrent sur le nombre des témoins s'ils sont arrangés selon l'usage romain ; 2°. l'institution d'héritier est ordinairement faite dans le testament,

---

par les enfants à leur mère, resteront chez eux. Mais les biens payés à cette même mère, ou détenus par elle-même seront rendus aux enfants, cependant, si une garantie appropriée a été offerte à la mère par eux, par laquelle il est veillé à ce que l'on ne diffère pas de payer à celle qui survit, à la faveur de l'usufruit de ces biens mobiliers, ou du prix auquel ils sont été évalués, 33 % chaque année au titre des intérêts, d'une façon telle, cependant, que dans cette même garantie, on ait aussi veillé à ce que, par les fils, ou les filles, et à partir des enfants nés d'eux, s'il arrivait qu'eux tous meurent avant cette même mère, tous les biens mobiliers ci-devant dits, soient rendus à la mère selon la modération des lois, pour que le profit redevienne douloureux pour celle-ci. 7 - C'est pourquoi il sera légal pour celle des deux parties qui a fourni la garantie, si elle avait envisagé qu'il lui était avantageux d'avoir l'usufruit de ces biens mobiliers et de les donner en prêt, de les obliger ou de les vendre, afin qu'à partir d'eux principalement, les enfants qui les acquièrent puissent se consacrer à l'affection maternelle sans leur désavantage. 8 - Mais, si les deux parties ont dissimulé la garantie ci-devant dite, ou peut-être, n'ont pas pu l'offrir, ces mêmes biens resteront auprès de l'épouse jusqu'au terme de sa vie. 9 - À savoir, pour toutes les richesse maritales, aussi, pour ce qu'elle a ou va avoir, en tant que, si, selon le droit du gage, les hypothèques ont été supposées, sur cette même donation avant les noces ou les autres biens dévolus à celle-ci à partir de la richesse du mari à partir du jour où ces mêmes biens lui sont arrivés, les enfant étant obligés à ce que, si quelqu'un, après la livraison ou la détention par celle-ci des biens (si cela arrive ainsi), il a passé un contrat avec cette même femme qui s'est unie en des noces répétées, dans la réclamation des biens supposés, le second sera tenu, les enfants qui ont été procréés de ce même mariage, les petits-fils ou les petites-filles qui, de ces enfants, sont nés, étant sans nul doute placés devant. 10 - Mais, si au contraire, l'affection de ses enfants étant observée, le père ou la mère, vers d'autres noces, n'a pas voulu migrer, ni le mari pour ce qui, des biens de son épouse, est passé à lui, ni la femme, pour les biens qui, à partir de la richesse du mari, lui sont arrivés, ne se voient interdire, à la faveur de leur jugement, d'en user, de les vendre ou de les obliger en gage ou selon le droit d'hypothèque comme étant leurs propriétaires. 11 - Les biens ci-devant dits existant, s'ils n'ont pas été aliénés, consommé ou supposés, il sera permis aux enfants de les réclamer aussi eux, n'ayant pas accepté la succession de leurs parents ».

[349] (Note du traducteur) Grotius utilise ici deux expressions néerlandaises qu'il traduit en marge en latin : *volkomen* et *onvolkomen*, dont on rappelle que l'on peut aussi les traduire par "parfait" et "imparfait" ou "inaccompli, inachevé". Ce deuxième terme traduit par "codicille" s'explique dans la mesure où le testament est alors complété d'une disposition postérieure dans un acte complémentaire au testament, qui vient le corriger, le modifier, voire le compléter. Par ailleurs, un codicille ne comporte pas d'institution d'héritier, ce qui est une marque spécifique du testament.

non dans le codicille ; 3°. le codicille confirmé dans le testament est valide certes, si avec un chirographe privé et non en présence d'un notaire et avec des témoins, il a été écrit, mais les héritiers, cependant, ne peuvent pas être institués dans un chirographe privé de cette sorte.]

§ 3. Une DERNIÈRE VOLONTÉ PARFAITE [ou un TESTAMENT] est *ce qui contient une institution d'héritier ou, du moins, ce dans quoi l'intention y a été telle* [350].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
Aujourd'hui, est valide le testament dans lequel l'héritier n'a pas été institué non tant à raison de la faveur de la clause du codicille qu'à raison de l'usage et de la raison qui cessent, voir D. 50, 17, 7.]

§ 4. Une DERNIÈRE VOLONTÉ IMPARFAITE [ou un CODICILLE] est *ce qui ne porte pas avec soi une telle chose* [351].

§ 5. Nous traiterons d'abord du premier (qui reçoit en lui aussi la pleine force de l'autre) et examinerons L'ÉTABLISSEMENT D'UNE DERNIÈRE VOLONTÉ PARFAITE [ou d'un TESTAMENT] et sa DISPARITION.

§ 6. L'ÉTABLISSEMENT doit être envisagé DANS SA TOTALITÉ et DANS SES PARTIES.

§ 7. CONCERNANT LA TOTALITÉ, on doit savoir que certains, dans la confection de la dernière volonté, doivent suivre le DROIT COMMUN DU PAYS et que certains EN SONT LIBÉRÉS.

§ 8. Notre droit commun du pays concernant cela est en partie EN ACCORD AVEC LES PLUS RÉCENTES LOIS ROMAINES, en partie, s'en DISTINGUE.

[118] § 9. SELON LES LOIS ROMAINES (que nous reprendrons pour autant qu'elle peuvent convenir à notre époque), une dernière volonté parfaite [ou un testament] était faite ORALEMENT ou PAR ÉCRIT [352].

---

[350] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 34 ; D. 28, 5, 1. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 34 des *Institutes*, II, xx, et sur *Institutes*, II, xxv [*Des codicilles*], § 2.
« § 34. Avant l'institution de l'héritier, auparavant, inutilement, on léguait, à savoir parce que les testaments reçoivent leur force de l'institution des héritiers et qu'à raison de cela, comme le point principal et le fondement de tout le testament, est entendue l'institution de l'héritier. Avec une égale raison, une liberté ne pouvait pas, avant l'institution de l'héritier, être donnée. Mais, parce que nous pensons qu'il est brutal de suivre, certes, l'ordre de l'écrit (ce qui était considéré, dans l'antiquité elle-même) devoir être critiqué, et que soit écartée la volonté du testateur ; par notre constitution (cf. C. 6, 23, 24)*, nous avons corrigé ce défaut, afin qu'il soit permis, avant l'institution de l'héritier et parmi les institutions des héritiers, de laisser un legs et beaucoup plus, une liberté, dont l'usage est plus favorable ».*

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Celui qui teste, depuis l'institution de l'héritier, en général, doit faire le début de son testament, bien qu'aussi, depuis l'exhérédation que, nommément, il fait ; car le divin Trajan a dit dans un rescrit qu'il pouvait nommément aussi, avant l'institution de l'héritier, déshériter son fils. 1 - Mais nous appelons héritier institué aussi celui qui n'a pas été inscrit, mais seulement déclaré. 2 - Un muet et un sourd peuvent être, à bon droit, institués héritiers. 3 - Celui qui ne va pas léguer quelque chose et qui ne va pas déshériter quelqu'un, en cinq mots, peut faire son testament, de sorte qu'il dise : "Que Lucius Titius, pour moi, soit un héritier" ; mais cet écrit regarde celui qui, non par le biais d'un écrit, teste. Celui-ci pourra aussi en trois mots tester, de sorte qu'il dise : "[Que] Lucius soit héritier" ; car "pour moi" et "Titius" sont en trop. 4 - Si, pour un bien-fonds, un seul a été institué, l'institution est valide, ayant été retirée la mention du bien-fonds. 5 - Mais, si, ainsi, il écrit : "Lucius héritier", quoiqu'il n'ait pas ajouté "qu'il soit", nous croyons qu'il l'a plus déclaré et moins inscrit ; et, s'[il dit] ainsi : "[Que] Lucius soit", tout autant, nous le disons ; en conséquence aussi, s'[il dit] ainsi : "Lucius" seulement. Marcellus, non sans subtilité, ne pense pas qu'aujourd'hui, cela fonctionne. Mais le divin [Antonin] le Pieux, alors qu'une certaine personne avait partagé les parts entre les héritiers ainsi : "celui-ci, pour toute la part, celui-là pour toute la part" et n'avait pas ajouté "qu'il soit héritier", a dit dans un rescrit que l'institution était valide ; cela aussi, Julianus l'a écrit. 6 - De même, le divin [Antonin] le Pieux a dit dans un rescrit que, [sous la forme] "que cette mienne épouse soit", l'institution était valide, bien que manquât "héritière". 7 - De même, Julianus, [sous cette forme] "celui-ci est héritier", ne pensait pas qu'elle était valide, parce qu'il manquait quelque chose ; mais celle-ci sera valide, étant sous-entendu "j'ordonne" ».*

[351] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxv, § 2.
« § 2. Mais, dans un codicille, une succession ne peut pas être donnée ni perdue, afin que ne soit pas confondu le droit des testaments et des codicilles et, pour cette raison, qu'une exhérédation ne soit pas inscrite. Directement, une succession, dans un codicille, ne peut pas être donnée ni perdue ; car, par le biais d'un fidéicommis, une succession, dans un codicille, légalement, est laissée. Et, l'héritier ayant été institué, il ne peut pas directement accepter une condition ni la substituer ».

§ 10. ORALEMENT, ainsi quand le testateur déclarait sa volonté de vive voix [353], bien que ladite volonté fut déjà ainsi comprise par écrit pour le témoignage [354].

§ 11. Celui-ci devait se produire devant sept témoins fournis pour cela [355], des hommes [356] de plus de quatorze ans non muets, non sourds, non insensés, non déclarés prodigues ou infâmes [357].

§ 12. Parmi ceux-ci, il ne pouvait pas y avoir celui qui était institué héritier [358], mais bien celui qui en était fait légataire [359]. Les frères, certes, le père et le fils pouvaient être ensemble

---

[352] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, x, § 14.

« § 14. Mais cela, certes, quant aux testaments, par écrit, est réalisé. Si quelqu'un a voulu, sans un écrit, régler selon le droit civil son testament, avec employant sept témoins et sa volonté ayant été déclarée en leur présence, qu'il sache que ce testament très est parfait selon le droit civil, ferme et établi ».

[353] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 1, 22 § 7 ; C. 6, 23, 28.

Extrait du livre XXXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Il faut que les tablettes [du testament], comme scellées, soient reçues si, sur la toile de lin, dans laquelle, les tablettes ont été enroulées, les sceaux ont été imprimés ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Comme l'époque ancienne a voulu que les testaments soient faits sans qu'intervienne aucun acte et que l'arrangement des mots, non compris selon l'usage a débouché presque sur un détriment des testateurs et des testaments, nous consacrons que, pour le temps dans lequel le testament est fait, ou dans lequel le codicille apparaît, ou quelque clause ultime est employée selon l'observation originelle (en effet, nous estimons qu'il ne faut absolument rien y changer), ces choses du moins, qui sont très peu nécessaires, ne réussiront en aucune manière ; le fait est que, alors qu'une cause très subtile a été proposée, ces choses qui sont superflues doivent intervenir le moins possible. 1 - Mais, s'il survient quelque chose de nécessaire et que cela touche au corps même de celui qui est en peine, c'est-à-dire, soit les vivres nécessaires, soit le don d'une partie, soit le fait de donner ou d'appliquer un médicament, par l'abandon desquels c'est la santé même du testateur qui est mise en danger, ou bien, si menace cet usage nécessaire de la nature pour abaisser un poids superflu, soit pour le testateur, soit pour témoins, le testament ne doit pas être ruiné pour cette raison, quoique l'épilepsie (dont nous savons que cela a été fait) se produise pour l'un des témoins, mais, pour ce qui est pressant et menaçant, en abondance ou abandonné, on comblera les choses habituelles par l'intermédiaire de la façon de faire le testament. 2 - Et si du moins quelque chose est fait par le testateur, les témoins ayant été un court moment mis à part du fait que le testateur rougirait de faire quelque chose de naturel face à eux, les témoins ayant été de nouveau introduits, on procédera à la suite de la confection du testament. 3 - Si cependant, quelque chose de tel arrive à certain ou certains des témoins, si du moins la nécessité peut passer outre du fait de ce bref intervalle de temps, nous consacrons que l'on attende de nouveau le retour de ces mêmes témoins et que l'on accomplisse les formalités usuelles. 4 - Mais, si au contraire, le rétablissement a besoin d'une occasion accidentelle par un plus long délai, et surtout, si la santé du testateur qui décline menace, alors, vis-à-vis de celui-ci et de ces témoins pour lesquels quelque chose de tel survient, les ayant écartés, on en choisira d'autres en remplacement, on s'informera, lui-même ou bien ceux-ci, tant du testateur que des autres témoins, si toutes ces choses qui avaient précédé leur présence, ont continué face à eux. 5 - Et, si cela était partout manifeste, nous ordonnons alors qu'ils fassent ou que lui fasse ces uniques choses qu'il faut faire avec les autres témoins, quoique, aux yeux de tous, les souscriptions des témoins soient déjà venues à la suite. C'est en effet ainsi que nous portons remède à la nature et faisons en sorte que les clauses des morts demeurent en leur état. 6 - Avec la constitution qui, quant aux règlements des testaments, était faite, il est disposé que, dans la mesure où la présence de sept témoins est requise et que la souscription, par le testateur, est faite, ou par un autre pour lui, la constitution a ainsi édicté : "huit souscripteurs ayant été employés", celui qui a rédigé tout son testament de sa propre main et d'après l'écrit de celui-ci, les témoins employés ont mis leurs souscriptions, et toutes les autres choses ont été accomplies, le testament, à partir duquel on doute, est rendu nul, en corrigeant cette même constitution, nous consacrons que, si quelqu'un a, de sa propre main, rédigé tout le testament ou tout le codicille et qu'il a spécialement mis par écrit ce que, sa sa propre main, il a réalisé, lui suffira l'écrit de tout les testament et une autre souscription ne sera pas requise ni de lui ni, pour lui, par un autre, mais les lettres des témoins suivront un écrit de cette sorte et toute l'observation qui est attendue, le testament et le codicille seront valides, si cinq lettres de témoins, à l'écrit du testateur, sont réunies, dans sa fermeté, il restera et personne, comme machinateur habile d'une injustice de cette sorte, à l'avenir, ne sera trouvé ».*

[354] (Note de Groenewegen) Voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 1.

[355] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 1, 21 § 2. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle XC, cap. 2, placée sous C. 4, 20 [*Des témoins*], 18.

Extrait du livre II d'Ulpien : *« 2 - Dans les testaments dans lesquels les témoins demandés doivent être présents pour que le testament soit fait, on décide que, peut-être, ceux qui, à raison d'une autre affaire, ont été demandés, pour témoigner, ne sont pas appropriés. Cela doit être reçu d'une façon telle que, bien que, pour une autre affaire, ils aient été demandés ou réunis, si, cependant, avant le témoignage, ils avaient certifié que, pour le testament, ils avaient été employés, ceux-ci peuvent présenter leur témoignage ».*

[356] (Note de l'éditeur) Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, x [*Du règlement des testaments*], § 6.

[357] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, x, § 6.

« § 6. Comme témoins, peuvent être employés ceux avec lesquels il y a confection du testament. Mais ni une femme, ni un impubère, ni un esclave, ni un muet, ni un sourd, ni un fou, ni celui auquel il a été fait interdiction de ses biens, ni celui que les lois commandent qu'il est malhonnête ou incapable de témoignage, ne peuvent, dans le nombre des témoins, être employés ».

[358] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, x, § 10 ; D. 28, 1, 20.

comme témoins pour la dernière volonté d'un autre homme [360] ; un témoin, étant incapable, était suffisant pour rompre la dernière volonté [361].

[**Note de Willem Schorer sur la note 358 de Groenewegen van der Made**

Dans un testament fermé, le légataire est à bon droit employé comme témoin ;eneffet,ici, cess le soupçon de fraude ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1, nb 26 le pense ainsi autrement pour le testament nuncupatif (*i. e.* fait oralement devant témoins). Groenewegen, dans ses *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, II, x, § 11, n'est pas d'accord.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXCI. Rien n'interdit que le légataire soit employé comme témoin dans un testament clos ou fait en présence de sept témoins. Mieux, l'institution d'héritier est considéré ne pas être vicée dans

---

« § 10. Mais ni l'héritier inscrit ni celui qui, sous la puissance de son père, se trouve, ni les frères qui, sous la puissance de ce même père, se trouvent ne peuvent être employés comme témoins, parce que toute cette affaire qui est faite pour régler le testament, est crue aujourd'hui, entre l'héritier et le testateur, être faite. En effet, bien que tout un tel droit ait été troublé et que les anciens qui, avec les témoignages testamentaires, repoussaient l'acheteur des esclaves et ceux qui, par la puissance, lui avaient été réunis, à l'héritier et à ceux qui lui avaient été unis par la puissance, accordaient de fournir des témoignages sur les testaments, bien que ceux qui le permettaient, leur conseillaient de, de ce droit, ne pas devoir abuser ; cependant, nous, corrigeant cette même observation, et, ce qui, par ceux-ci, a été conseillé, dans les lois, en transférant la nécessité à l'imitation de l'acheteur originel des esclaves, à juste titre, non à l'héritier qui conserve l'image du très ancien acheteur des esclaves, ni aux autres personnes qui, comme il a été dit, lui ont été jointes, nous accordons la possibilité de lui procurer d'une certaine façon des témoignages ; c'est pourquoi nous n'avons pas permis que l'ancienne constitution de cette sorte, dans notre Code, soit insérée ».

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Celui qui, dans un testament, est institué héritier, dans ce même testament, ne peut pas être témoin. Cela, pour le légataire et pour celui qui, comme tuteur, a été inscrit, en sens contraire, est tenu ; ceux-ci, en effet, peuvent être employés comme témoins, si rien d'autre ne les en empêche, comme par exemple s'il est impubère et si, sous la puissance du testateur, il se trouve. 1 - Mais le terme de puissance doit-il être rapporté non seulement aux enfants qui sont sous puissance, mais aussi à celui que [le testateur] a racheté aux ennemis, bien que l'on ait décidé qu'il n'est pas un esclave, mais que, dans un certain lien, il est retenu jusqu'à ce qu'il paie le prix [de son rachat]. 2 - En sens contraire, il peut être demandé si le père de celui qui, quant à son pécule des camps, peut tester pourra, par lui, être employé pour le testament comme témoin. Et Marcellus, dans le livre X de ses Digestes, écrit qu'il le peut ; et un frère, en conséquence, le pourra. 3 - Mais ce que nous avons dit pour le testament sur le fait d'interdire les témoignages de ceux qui, sous une puissance, se trouvent, pour tous les témoignages, tu le recevras quand quelque affaire est administrée, par le biais de laquelle on acquiert. 4 - Pas même un fou, comme témoin, peut être employé, lorsqu'il n'est pas sain d'esprit ; mais, s'il a une interruption, à ce moment, il peut être employé ; le testament aussi, qu'avant sa folie, il a achevé, sera valide et la possession des biens, à partir de ce testament, se présente. 5 - Je pense que celui qui, avec la loi des concussions, a été condamné, pour un testament, peut être employé, parce que, dans une action en justice, il se voit interdire d'être témoin. 6 - Une femme ne pourra certes pas faire un témoignage dans un testament, mais autrement, il y a en preuve la Loi Julia sur les adultères [qui dit] que la femme peut être témoin et qui interdit que celle qui a été condamnée pour adultère soit produite comme témoin ou dise un témoignage* [358]*. 7 - L'esclave aussi, à juste titre, pour des solennités, ne peut pas être employé, du fait qu'il n'a pas la communauté du droit civil en totalité, pas même celle de l'Édit du préteur. 8 - Et les anciens avaient pensé que ceux qui, à raison des solennités du testament, étaient employés devaient durer jusqu'à ce que le dernier témoignage soit achevé. 9 - Cependant, nous ne réclamons pas la compréhension du propos ; cela, le divin Marc, à Didius Julianus, pour un témoin qui ne connaissait pas le latin, l'a dit dans un rescrit ; car, si l'on perçoit le sens de l'affaire pour laquelle on a été employé, cela suffit. 10 - Mais, si ont été retenus là, contre leur gré, les témoins, ils pensent que le testament n'est pas valide ».*

[359] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, x, § 11, ledit texte de D. 28, 1, 20. Mais voyez contre cela Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 11 des *Institutes,* II, x.

« § 11. Mais, aux légataires et aux fidéicommissaires, parce qu'il ne sont pas successeurs de droit, et aux autres personnes jointes à eux, nous ne refusons pas le témoignage, mieux, dans une de nos constitutions, nous l'avions accordé spécialement et beaucoup plus à ceux qui, sous leur puissance, se trouvent ou qui les ont sous leur puissance, nous accordons une possibilité de cette sorte ».

[360] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, x, § 8.

« § 8. Le père, aussi celui qui, sous sa puissance, se trouve, de même, deux frères qui, sous la puissance du même père, se trouvent, peuvent être faits tous les deux témoins sur un testament ; parce que ne porte en rien préjudice que, d'une seule maison, plusieurs témoins, dans l'affaire d'autrui, soient employés ».

[361] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 12.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Matrona et donnée en 291 : *« Si l'un des sept témoins faisait défaut, ou qu'en présence du testateur, tous les témoins n'aient pas signé dans le même endroit, ou avec l'anneau d'autrui, le testament est légalement défectueux. Aussi, au sujet de ce que tu dis avoir été effacé, ou écrit au-dessus, cela regarde non la solennité du droit, mais la question de la loyauté, afin qu'apparaisse si cela a mérité une correction à la volonté du testateur, a été effacé par un autre inconsidérément, ou si cela a été commis par quelque faux ».*

le testament fait en présence d'un notaire et de témoins, si un legs a été laissé dans celui-ci à un seul des témoins.]

§ 13. PAR ÉCRIT, [le testament] devait se faire devant sept témoins comme ci-dessus ; la dernière volonté, étant rédigée par le testateur ou quelqu'un d'autre, n'avait pas besoin d'être lue ; mais il était suffisant qu'il ait déclaré que ce qui y était compris était sa volonté et que cela, dans le même temps fût souscrit d'abord par lui en présence des témoins, par la suite, souscrit et scellé par les témoins avec des sceaux d'une seule sorte ou différents [362].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXCII. Ceux qui se sont ajoutés dans un testament clos ou fait en présence d'un notaire et de témoins, aussi le testament mutuel des époux, ne prennent pas ce qui reste, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, cas. 137 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 8. Ce droit cesse dans les pactes prénuptiaux, comme dans les cas exceptés dans le droit civil et au surplus, si le testateur a spécialement approuvé que quelqu'un se soit ajouté, par exemple en exprimant le nom de celui auquel lui-même l'avait dicté, voir D. 48, 10 *(De la Loi Cornelia des faux et du sénatus-consulte Libonien)*, 1 § 8 et 15 § 3, ce qui semble devoir être relevé contre Bijnkershoek, p. 428 et suivante.]

[119] § 14. Une DERNIÈRE VOLONTÉ étant déclarée oralement ou par écrit au magistrat suprême du pays ou à un certain tribunal subsiste aussi [363].

---

[362] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 21. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, x, § 4.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Florentinus, Préfet du prétoire, et donnée en 439 : *« Avec cette très avisée loi, nous consacrons qu'il est permis à ceux qui font un testament par écrit, s'ils veulent que personne ne sache ce qui a été écrit dans celui-ci, de présenter un écrit scellé, attaché ou seulement, la clause enroulée, rédigé de la main du testateur lui-même ou de n'importe qui d'autre, et de présenter celui-ci, des témoins étant demandés au nombre de sept, tous citoyens romains pubères, au scellement et à la souscription en même temps, tandis que, cependant, en présence des témoins, le testateur a dit que c'était son testament qui était présenté et que lui-même a souscrit celui-ci de sa propre main en présence des témoins pour la partie restante du testament ; ceci étant fait avec les témoins et le même jour qui y souscrivent et qui ont cosigné, le testament ne peut pas être annulé pour la raison que les témoins ne sauraient pas ce qui a été écrit dans ce testament. 1 - Si le testateur ne connaît pas l'écriture et ne peut pas souscrire, en employant six souscripteurs en faveur de celui-ci, nous décidons que les mêmes choses seront observées. 2 - Mais, dans tous les testaments qui sont dits, les témoins étant présents ou absents, il est superflu qu'au même moment, le testateur réclame d'employer des témoins, de dicter son jugement et de terminer le testament. Mais, bien qu'à un autre moment, le testament soit présenté, il suffira que, le même jour, aucun acte n'intervenant, tous les témoins, à savoir en même temps et non à divers moments, souscrivent et scellent le testament. 2a - Mais nous décidons que les souscriptions et les sceaux des témoins sont le terme du testament. Car il convient que, non souscrit et non scellé par les témoins, le testament soit tenu pour imparfait. 3 - Mais, à partir d'un testament imparfait, nous ne voulons pas que la volonté du témoin tienne, à moins qu'il ne soit tenu entre les seuls enfants par les parents des deux sexes. 3a - Mais, si, dans une volonté de cette sorte, aux enfants, une autre personne étrangère a été mêlée, il est certain que cette volonté est tenue pour nulle pour autant que cela regarde seulement cette personne mêlée, mais, pour les enfants, augmente. 4 - Par le biais d'une désignation solennelle, c'est-à-dire sans un écrit, nous consacrons que les testaments ne sont pas autrement valides, à moins que les sept témoins réunis ensemble au même moment, comme il a été dit ci-dessus, n'aient entendu la volonté du testateur comme le testament non écrit. 5 - Mais, si on est arrivé, le testament ayant été parfait par la suite, à un autre testament, nous décidons que celui qui a été antérieurement fait est annulé non autrement que, selon celui que le testateur a établi de faire, aura été consommé légalement, à moins, peut-être que, dans le premier testament, avec cet écrit, celui qui n'avait pas pu venir ab intestat à l'héritage ou la succession du testateur, dans sa seconde volonté, le testateur n'ait établi d'inscrire ceux qui sont appelés ab intestat à sa succession. En effet, dans ce cas, bien que le second écrit soit considéré imparfait, le premier testament ayant été infirmé selon sa volonté non comme testament, mais comme volonté de l'intestat, nous consacrons qu'il est valide. 5a - Dans cette volonté, les dépositions de cinq témoins sous serment suffiront ; ceci n'ayant pas été fait, le premier testament sera valide, bien que, dans celui-ci, les [héritiers] inscrits soient considérés comme des étrangers. 6 - Nous avons clairement reconnu qu'il devait être inséré dans cette loi qu'aussi, en grec, à tous, il sera permis de tester ».*

[363] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 19.

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donné en 499 : *« On considère que la solennité de tous les testaments domine, parce qu'elle tient comme enchâssé à la pure foi et aux prières, parmi un grand nombre de nobles et approuvées personnes, la conscience de l'empereur. En conséquence, de même que sera en sécurité celui qui a publié le dernier jugement de son esprit avec les actes de n'importe quel juge, des municipes, ou des oreilles de personnes privées, de même on ne traitera jamais de la succession de celui qui succède à nos moyens, tout le droit en témoignant (qui a été établi dans nos bureaux). Assurément, nous ne permettons pas que cela porte préjudice aux héritiers, si nos rescrits ne répondent rien à l'égard de cette même*

§ 15. Un aveugle avait de nécessité huit témoins ; il devait déclarer sa volonté oralement ; cependant, il pouvait faire établir pour l'aider un écrit et le faire lire [364].

[**Note de Willem Schorer sur la note 364 de Groenewegen van der Made**
Il est demandé si un aveugle pourra faire sa dernière volonté en présence d'un notaire et de deux témoins. Van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 11, nb 4, l'affirme, niant que dans nos usages un troisième témoin soit requis et il rapporte qu'autrefois, la Cour Suprême l'avait ainsi jugé ; et Stokmans dit, dans ses *Decisiones Brabantiæ*, decis. 16, que cela avait été deux fois jugé par le Conseil Suprême de Brabant. Voet pense cependant plus avisé que, pour que tout soupçon de fraude cesse, qui est plus grand dans le testament d'un aveugle, un troisième témoin est employé ; en effet, dit-il, la raison n'est pas moindre aujourd'hui en faveur de la présence d'un troisième témoin que dans le droit civil en faveur de l'emploi de huit témoins, voir *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1, nb 37.]

§ 16. Chez nous, il n'est pas interdit de faire convenir la dernière volonté d'une telle façon ; mais, principalement, est suivie notre coutume en cela DIFFÉRENTE DES LOIS ROMAINES.

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
Dans l'usage romain, la raison du droit (voir thèse XVII) et certains statuts hollandais l'indiquent en dessous (voir Rooseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 14, art.1 et 2 ; coutumes du Rijnland, art. 88) et [les statuts] zélandais (voir coutumes de Middelburg, rubr. 13, art. 1) le confirment. Il n'est pas clair [de savoir] si l'exception dans les statuts de Leyde est encore approuvée dans l'usage.]

§ 17. De deux façons, nos dernières volontés sont faites : DEVANT DEUX [MEMBRES] DU TRIBUNAL AVEC LE SECRÉTAIRE, aussi bien dans le plat pays qu'au lieu du domicile de quelqu'un ou en dehors de celui-ci [365],

§ 18. Ou aussi devant un NOTAIRE et DEUX TÉMOINS [366].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

volonté ; le fait est que nous voulons entendre les volontés des hommes, non ordonner, afin qu'après notre sentence, ne semble pas avoir été interdit le jugement d'une modification, du fait que cela même, que l'on fait connaître par une supplication à nos oreilles, est ainsi seulement ferme, si c'est approuvé comme ultime et que le défunt n'est pas découvert être venu contre son propre jugement. Assurément, pour ne pas croire que quelque chose est omis, envers les héritiers désignés d'une institution de cette sorte, nous ordonnons que ceux-ci aient tout ce qui appartient aux héritiers inscrits et que ne naisse aucune dispute au sujet de la réclamation de la possession des biens, alors qu'il suffit de faire tout en faveur de l'héritier et que l'acceptation elle-même est considérée parfaire tout le droit. Le fait est que nous pensons que cela doit être fourni à tous, afin qu'avec un libre jugement, auquel suffit la faculté de tester, on puisse déclarer son successeur en offrant des prières et que l'on sache qu'est stable ce que l'on a fait. L'héritier institué ne le redoutera pas, alors qu'il peut approuver les prières offertes selon la volonté du défunt avec des témoins appropriés, si d'autres choses ne peuvent lui porter préjudice ».

[364] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 8.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Marcellinus et donnée en 290 : *« À raison d'un accident majeur et nouveau qui arrive, contre la crainte d'une contagion qui terrifie les témoins, quelque chose, quant au droit, a été relâché ; cependant, la solennité restante des testament n'est pas tout à faite détruite. 1 - En effet, il a été remis que les témoins de cette sorte, la maladie les écrasant à cette époque, soient joints et associés, non aussi, que l'observation de citer en justice le nombre de ceux-ci ait été supprimé ».*

[365] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 6, 23, 19 ; Anselmo, *Codex Belgicus*, au mot *testamentum*, §§ 20-21.

[366] (Note de Groenewegen) Voir Décrétales, III, xxvi, 10 ; Cooren, *Observationes*, obs. 31, après le nb 5 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, x, § 3 ; voyez en outre ci-après, liv. II, chap. XXV, § 3, note 665.

Décrétale de Grégoire IX à l'archevêque d'Ostie : *« Tandis que tu as été établi, [frère évêque], en notre présence, [avec un soigneux récit], tu [nous] as exposé que, dans ton évêché, la coutume suivante obtenait que les testaments qui sont faits en dernière volonté [par ceux qui ont un pouvoir sur les autres] étaient totalement annulés, à moins d'être faits avec la souscription de sept ou cinq témoins, suivant ce que les lois humaines décident. Mais, parce que, par la loi divine et que, par les choses établies des saints pères et par la coutume générale de l'Eglise, on sait qu'il en est autrement, du fait qu'il a été écrit : "dans la bouche de deux ou trois témoins, tiendra toute parole"* (Mt 18, 16)*, nous désapprouvons entièrement la coutume ci-devant dite et nous décidons que les testaments qui sont faits en dernière volonté en présence du prêtre de la paroisse et de trois ou deux autres personnes appropriées demeureront fermes [et obtiendront la force d'une fermeté perpétuelle], sous la menace d'un anathème, interdisant que nul, [avec une présomption de cette sorte], n'osera annuler les testaments de cette sorte ».*

CCXCIV. Dans un testament fait en présence d'un notaire, une exhérédation ne peut pas être faite en sécurité, à moins que deux échevins ne soient employés ; voyez le serment des notaires, art. 4, chez Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, p. 9.]

§ 19. Les NOTAIRES sont *ceux qui, par le haut magistrat du pays pou les Cours du pays, sont autorisés après une enquête faite de la Cour sur leur capacité.*

§ 20. Dans les villes, ces rédacteurs doivent être aussi acceptés par le magistrat de la ville [367] et, en dehors du lieu de leur réception, ils ne peuvent exercer leur fonction dans aucune ville, autrement, ce qu'ils feraient est de nulle valeur [368].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXCV. Bien que les notaires exercent leur pratique en dehors de l'endroit où ils sont admis, cependant, le testament fait de bonne foi en présence de ceux-ci par celui qui ignorait la loi n'est pas considéré avoir été invalide, voir la décision de la Cour Suprême du 11 janvier 1628 dans Cooren, *Observationes*, obs. 37, et en argument D. 1, 11 *(De l'office du préteur)*, 3.]

§ 21. Les témoins doivent être des hommes suffisamment âgés [369], des gens d'honneur [370].

[**Note de Willem Schorer sur la note 370 de Groenewegen van der Made**

Pour les témoins, l'auteur requiert une réputation entière, ce qui est principalement vrai dans le droit contemporain à raison du petit nombre des témoins ; de là, deux témoins sont souhaités plus grands que toute exception.

Si un impubère a été tenu pour pubère dans l'opinion de tous, le testament est cependant invalide, bien que peu de temps ait fait défaut ; et van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 2, nb 13, témoigne que cela a été plus souvent jugé dans un jugement contradictoire. Cependant, il y a quelques années, à raison de l'utilité publique, cela a autrement agréé aux États de Zélande dans un unique cas, d'une façon telle que tous les testaments et les autres instruments dans lesquels un certain impubère (comme c'est devenu clair par la suite) avait été présent en tant que témoin, ont été déclarés de la même valeur que s'il avait été pleinement pubère au moment de la confection de l'instrument, voir la résolution du 29 novembre 1735. Le cas et le décret de la Cour peuvent être vus chez Mauregnault, *Juridicæ observationes*, p. 67 et suivante.

Par la suite, il a été fait interdiction aux notaires d'employer comme témoins dans les instruments leurs clercs, à moins qu'à partir du registre des baptêmes, ceux-ci ne soient pleinement pubères, voir l'*Instructie voor de notaris binnen Middelburg* du 27 septembre 1760, art. 8.]

---

[367] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 21 mars 1524 ; la résolution des États de Hollande du 27 septembre 1608.

[368] (Note de Groenewegen) Le parti contraire de cela est jugé par la Cour Suprême en Hollande ; voir Cooren, *Observationes*, obs. 37 ; voyez C. 6, 23, 1.

Constitution d'Hadrien adressée à Catonius Verus (sans date) : *« [Savoir] si les témoins étaient esclaves ou libres, il ne faut pas dans cette cause en traiter, du fait qu'au moment où le testament était scellé, avec le consentement de tous, à la place de personnes libres, ils ont été tenus et que personne ne leur a soulevé jusqu'ici encore de controverse de statut ».*

[369] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, x, § 6.

« § 6. Comme témoins, peuvent être employés ceux avec lesquels il y a confection du testament. Mais ni une femme, ni un impubère, ni un esclave, ni un muet, ni un sourd, ni un fou, ni celui auquel il a été fait interdiction de ses biens, ni celui que les lois commandent qu'il est malhonnête ou incapable de témoignage, ne peuvent, dans le nombre des témoins, être employés ».

[370] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 6 des *Institutes*, II, x ; D. 28, 1, 20 § 5 ; D. 28, 1, 26.

Extrait du livre premier d'Ulpien : *« 5 - Je pense que celui qui, avec la loi des concussions, a été condamné, pour un testament, peut être employé, parce que, dans une action en justice, il se voit interdire d'être témoin ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Avec une loi, quelqu'un se voit ordonner de ne pas pouvoir tester, cela revient à ce que son témoignage ne soit pas reçu et, plus largement, à ce que certains pensent que, pour lui-même, un témoignage ne soit pas prononcé ».*

[120] § 22. Le notaire ne peut se tenir sur aucune dernière volonté ou il doit connaître le testateur ou au moins, les témoins, pourvu que, dans de tels cas, les témoins déclarent connaître le testateur et qu'un mémoire en soit tenu [371].

[**Note de Willem Schorer sur la note 371 de Groenewegen van der Made**
Van Leeuwen raconte dans sa *Censura forensis*, lib. III, cap. 2, nb 11 et 12, le remarquable exemple d'une supercherie découverte en tant que miracle divin à partir de Giulio Clarus. Si quelqu'un, cependant, dans un lieu éloigné en dehors de la province, a réalisé sa dernière volonté, le testament sera valide pourvu que la sincérité de celui-ci, comme aussi la validité des sceaux, soit prouvée et que les témoins aient connu le testateur, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 26.]

§ 23. Les dernières volontés qui sont faites oralement sont, pour la plupart, toujours mises par écrit [372] et mises par le notaire dans son protocole [373], duquel, s'étant préoccupé de cela, donne une copie ou que, par sa mort, une telle chose se fasse par le tribunal.

[**Note de Willem Schorer sur la note 372 de Groenewegen van der Made**
Pour nos testaments, les notaires ne s'acquittent pas de l'office des secrétaires, mais ils attribuent plutôt aux testaments et aux autres actes une foi particulière, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCXCVI. Les testaments faits en présence d'un notaire et de deux témoins sont semblables en cela aux testaments nuncupatifs (*i. e.* un testament verbal fait devant témoins), bien que l'écrit lu avant au testateur et approuvé n'ait pas été souscrit par lui ou les témoins ; voir Cooren, *Observationes*, obs. 10, p. 27 au début ; la décision de la Cour Suprême du 28 mars 1744 chez Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 520 ; ils ont à partir d'une autre nature celle d'un testament écrit, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 5, p. 400 à la fin et suivante.
CCXCVII. Le testateur interdit en vain que l'exemplaire du testament soit produit après sa mort aux héritiers légaux, comme l'a jugé la Cour le 12 décembre 1725, voir chez Arent Lybrechts, dans ledit ouvrage, p. 529.]

---

[371] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540 ; le statut de Frise, liv. II, tit. 1, art. 3 ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *Secretarissen*, § 6.

[372] (Note de Groenewegen) Voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 1 à la fin.

[373] (Note du traducteur) Nous suivons là la traduction du mot *kladboek* proposée dans la marge par Grotius ; ce mot signifie "registre brouillon des marchands", c'est-à-dire, le compte qu'ils tiennent au fur et à mesure de leurs ventes, avant de le retranscrire sur leur registre officiel.

(Note de l'éditeur) Ce qu'il est tenu de faire sous peine de la perte de sa fonction, voir le ci-devant art. 9 [du placard du 4 octobre 1540] et la Novelle LXIV, cap. 2, bien que, le notaire ayant négligé cela, la dernière volonté ne soit pas entendue être de nulle valeur ; voir Willem van Radelant, *Decisiones posthumæ Curiæ Trajectinæ*, decis. 125, nb 2.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du second prétoire, et donnée en 537 : *« Chapitre II : Nous ajoutons aussi à la présente loi que les tabellions n'écrivent pas sur un autre papyrus pur les documents, à moins que ce qui, au début (ce qui est appelé un protocole), pendant le temps du très glorieux comte de nos largesses impériales, a son appellation, tout ce qui sur de tels [papyrus] et le temps dans lequel le papyrus a été fait soient écrits, et comme le protocole, ne tombent pas, mais y restent insérés. En effet, nous savons que beaucoup de faussetés ont été montrées à partir de tels papyrus auparavant et maintenant ; c'est pourquoi, bien qu'il y ait quelque papyrus (car nous le savons) qui a un protocole ainsi rédigé, mais qui porte une autre écriture, ils ne la recevront pas comme en tant que fautive et non opportune pour de telles choses, mais sur le seul tel papyrus que nous avons dit tout à l'heure, ils écriront les documents. C'est pourquoi ce qui, quant à la qualité de tels papyrus, par nous, a été décrété et quant à la coupure de ce qui est appelé des protocoles, nous voulons que ce soit valide seulement dans cette très heureuse cité où, certes se trouve la multitude des contractants et l'abondance des papyrus est grande, et il est permis d'user de la mesure légale dans les affaires et non, de donner l'occasion à certains de commettre un faux envers celui que ceux qui, en dehors de cela, auraient présumé agir auront mentionné leur être redevables ».*

§ 24. Deux personnes, comme un homme et une femme, peuvent mettre leur dernière volonté dans un écrit [374].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCXCVIII. Du testament mutuel dans lequel celui qui meurt inscrit comme héritier le survivant, du vivant du testateur ou des deux, l'un, contre le gré de l'autre ou celui-ci l'ignorant, ne peut pas se retirer avec une nouvelle volonté, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, decis. 137. Pour ce qui [est dit] chez Rooseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 42, art. 23, à partir des statuts d'Anvers, chap. 41, art. 50, dans ce cas, celui-ci est réputé se voir interdire de prendre ce que le prédécédé lui a laissé ; cela est évité facilement en détruisant ce testament.]

§ 25. La dernière volonté étant mise par écrit par le testateur et signée par lui, il n'est pas tenu comme nécessaire qu'un notaire et des témoins le signent dans le même temps, mais il est suffisant qu'il déclare ce qui y compris être sa volonté et qu'une telle chose soit signée sur le dos [375].

§ 26. Ainsi, quand ledit [testament] est ouvert, on a l'habitude d'y faire venir le notaire et les témoins et de reconnaître leur main et leur sceau [376].

§ 27. CEUX QUI SONT LIBÉRÉS DU DROIT COMMUN DU PAYS sont les suivants :

§ 28. D'abord, UN PÈRE partageant son bien entre **[121]** ses enfants ; car un écrit rédigé par lui ou aussi, étant rédigé par un autre, avec une claire indication du temps, des noms des enfants et de leurs parts, mais signé par lui [ou tous ses enfants] [377], est effectif pour autant que

---

[374] (Note de Groenewegen) Et l'un peut modifier sa dernière volonté sans la connaissance de l'autre ; voir Peck, *De testamentis conjugorum*, liv. I, cap. 43 ; Evraerts, *Consilia*, cons. 79 ; *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 5, defin. 18 ; Mysinger, *Resônsorum centuriæ,* cent. I, obs. 8, ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 117, nb 1-2.

[375] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 21 jointe à C. 6, 23, 28 § 1 et la Novelle dans le même titre ; Novelle CXIX, cap. 9 ; Novelle LXVI de Léon à la fin ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 276 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur § 4 des *Institutes*, II, x.

La première constitution citée a déjà été donnée plus haut dans la note 356.

Constitution de Justinien adressée à Julien, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« 1 - Mais, s'il survient quelque chose de nécessaire et que cela touche au corps même de celui qui est en peine, c'est-à-dire, soit les vivres nécessaires, soit le don d'une partie, soit le fait de donner ou d'appliquer un médicament, par l'abandon desquels c'est la santé même du testateur qui est mise en danger, ou bien, si menace cet usage nécessaire de la nature pour abaisser un poids superflu, soit pour le testateur, soit pour témoins, le testament ne doit pas être ruiné pour cette raison, quoique l'épilepsie (dont nous savons que cela a été fait) se produise pour l'un des témoins, mais, pour ce qui est pressant et menaçant, en abondance ou abandonné, on comblera les choses habituelles par l'intermédiaire de la façon de faire le testament ».*

Novelle CXIX : Constitution de Justinien adressée à Petrus, Préfet du prétoire de l'Orient, et donnée en 544 : *« Chapitre II : Et aussi, nous consacrons dans la présente constitution qu'il y ait la possibilité pour les mineurs, au même moment dans lequel il leur est permis de tester quant à un e autre richesse, d'affranchir aussi leurs esclaves dans leurs dernières volontés, nul empêchement d'âge ne devant leur être fait, mais étant vacante la loi qui, primitivement, interdisait cela ».*

Novelle XLII de Léon adressée à Stylianus, Maître des offices : *« Pour qu'un nombre suffisant de témoins confirme le testament, même si celui-ci n'a ni les souscriptions de ceux-ci ni leurs sceaux : (…) Qu'en est-il, si le testament a commencé à être mis par écrit et que ce qui a été établi a sonné digne de foi aux oreilles des témoins, mais qu'ensuite, une maladie a gâté le rédacteur ou que la mort l'a aussi enlevé et que les testateur aussi ait été tué (comme beaucoup de choses, aux hommes, à l'improviste, arrivent), pour cette raison, ceux que ce dernier, en mourant, a pensé dignes d'un avantage, en cela, ceux-ci, en tant que personnes privées, supporteront-ils l'injure ? Mais, ce qui est très indigne, non seulement, avec la vie, ce mal n'a pas quitté le testateur, mais aussi, a poursuivi le mort sans relâche et le prive (pour autant que cela touche certes la sentence de ceux qui font un testament nul) de la commisération du Dieu miséricordieux, dont ce dernier sera participant, l'espoir est qu'à partir de cela, lui-même étant défunt, les autres soient soulagés des bénéfices. Pour cette raison, dès que notre pouvoir rappelle cela et consacre une forme claire et indubitable, afin que, si les témoins disent seulement que ce testament est le propre de cet homme, celui-ci ne soit pas désapprouvé, mais soit ferme et confirmé, même si non seulement les sceaux, même si, avec ceux-ci, aussi toutes les souscriptions des témoins font défaut ».*

[376] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 3, 4 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 23 *(Des testaments, comment ils sont réglés)*, 18.

Extrait du livre L sur l'É*dit du préteur* d'Ulpien : *« Lorsque, dès le début, les tablettes [du testament] ont été ouvertes, l'office du préteur est qu'il contraigne les signataires à se rassembler et à reconnaître leurs sceaux ».*

[377] Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

cela concerne les enfants [378]. Ainsi aussi, il fait ce qu'il déclare oralement comme sa dernière volonté parmi ses enfants, pourvu qu'une telle chose apparaisse quant à cela comme quant aux autres choses [379].

§ 29. Un soldat, dans une expédition terrestre ou maritime, ou se trouvant dans un camp, ne s'opposant pas quelle incapacité il pourrait avoir, pourvu qu'il soit en possession de son entendement peut aussi, du mieux qu'il peut ou ainsi qu'il lui plaît, donner à connaître sa volonté [380], que ce soit avec un écrit, là où celui-ci [est] seulement [fait] sur la terre [381] ou par la bouche, ou s'il est muet par des signes, pourvu qu'il soit sûr que ce qu'il a dit ou signifié est fait avec une ferme intention qu'une telle chose est utile pour sa dernière volonté, ce qui en est inféré, dans le cas où il a fourni certains témoins expressément pour cela [382]. Car des mots volants ne conviennent pas pour exprimer utilement une dernière volonté [383] ; et, là où ce qu'il

---

[378] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 21 § 1 avec les Novelles qui suivent ; Fachinæus, liv. IV, cap. 1 avec les suivants ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 1, defin. 6 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 93 et les autres choses montrées dans le traité *De legibus abrogatis* sur C. 6, 23, 21 § 1. En outre, [pour savoir] si cela a aussi lieu, lorsqu'un père fait quelque chose pour son bâtard d'une telle manière, voyez Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 117.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Florentinus, Préfet du prétoire, et donnée en 439 : *« 1 - Si le testateur ne connaît pas l'écriture et ne peut pas souscrire, en employant six souscripteurs en faveur de celui-ci, nous décidons que les mêmes choses seront observées ».*

Novelle CVII, chap. 1 : *« Ce qui, sans souscription, procède ainsi, si un père qui connaît l'écriture, de sa propre main, non avec des signes, mais en conséquence de l'écrit, déclare le temps et mes noms des enfants, de même, le nombre des parts ou les marques des biens spéciaux ; en cela et à d'autres, une liberté peut être léguée, remise en fidéicommis et laissée ».*

Novelle CVII, chap. II : *« Ce testament, entre les enfants, est ainsi annulé, si le père, sept témoins ayant été employés, déclare qu'il ne veut pas qu'un tel testament soit valide et dispose une autre volonté ou dans un testament parfait ou dans une volonté parfaite non écrite ».*

[379] (Note de Groenewegen) En argument D. 29, 1, 40 pr aux mots *legitimis probationibus* ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV , tit. 1, defin. 7 et les autres juristes cités note 371.

Extrait du livre XI des *Réponses* de Paul : *« Lucius Titius, soldat, à son secrétaire, a dicté son testament pour être rédigé avec les notes prises et, avant que, par écrit, celui-ci soit rédigé, il a quitté la vie : je demande si cette dictée pourra être valide. J'ai répondu qu'aux soldats, de quelque façon qu'ils le voudraient et de quelque façon qu'ils le peuvent, il avait été accordé de faire testament, cependant, d'une façon telle qu'avec des preuves légales, il soit prouvé que cela a ainsi suivi ».*

[380] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre des *Institutes* (II, xi), du Digeste (D. 29, 1) et du Code (C. 6, 21) sur le testament militaire ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le début des *Institutes*, II, xi.

[381] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 21, 15.

Constitution de Constantin adressée au peuple et donnée en 334 : *« Les soldats qui partent en expédition, s'ils désirent entourer de l'affection de leur dernière volonté leurs épouses, leurs fils, leurs amis, ou leurs compagnons d'armes, enfin des hommes de quelque sorte que ce soit, feront des testaments de la manière qu'ils peuvent et qu'ils veulent ; on ne s'informera pas du mérite, de la liberté, de la dignité de leurs épouses, ou de leurs fils, du fait qu'ils ont rapporté avec eux la volonté d'un père. Par conséquent, de même que cela est permis par les raisons du droit et que cela sera toujours permis, s'ils ont noté quelque chose sur un fourreau, ou un bouclier par des lettres éclatantes de leur sang, ou inscrit dans la poussière de leur glaive, durant le temps même où ils ont laissé au combat le sort de leur vie, il faut qu'une volonté de cette sorte soit [considérée comme] inébranlable ».*

[382] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 1, 40 aux mots *legitimis probationibus* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit passage.

Extrait du livre XI des *Réponses* de Paul : *« Lucius Titius, soldat, à son secrétaire, a dicté son testament pour être rédigé avec les notes prises et, avant que, par écrit, celui-ci soit rédigé, il a quitté la vie : je demande si cette dictée pourra être valide. J'ai répondu qu'aux soldats, de quelque façon qu'ils le voudraient et de quelque façon qu'ils le peuvent, il avait été accordé de faire testament, cependant, d'une façon telle qu'avec des preuves légales, il soit prouvé que cela a ainsi suivi ».*

[383] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xi, § 1.

« § 1. Clairement, quant aux testaments des soldats, le divin Trajan, à Statilius Severus, a dit dans un rescrit ainsi : "Ce privilège qui, aux soldats, a été donné, pour que les testament faits de quelque façon par eux soient confirmés, doit être entendu ainsi, de sorte qu'en tout cas, d'abord, il devra être clair qu'a été fait le testament qui, sans écrit, par des non soldats, peut aussi être fait. En conséquence, ce soldat, quant aux biens duquel, devant toi, on fait une demande, , si, ayant été convoqués les hommes pour témoigner de sa volonté, il a parlé d'une façon telle qu'il déclare celui dont il veut qu'il lui soit un héritier et celui auquel il veut donner la liberté, il peut être considéré, sans un écrit, de cette façon, avoir testé et sa volonté doit être tenue pour confirmée. Du reste, si, comme cela est ordinairement fait avec des paroles, il a dit à quelqu'un : "moi, je te fais mon héritier" ou "à toi, je laisse mes biens", il ne faut pas que cela soit observé pour un testament. Ce n'est pas plus l'intérêt des uns que de ceux auxquels ce privilège a été donné, qu'un exemple de cette sorte ne soit pas admis ; autrement, non difficilement, après la mort de quelqu'un, il y aura les témoins du soldat qui

avait fait auparavant une dernière volonté qui autrement, selon les lois du pays, ne pouvait pas subsister et, dans l'expédition, quelque chose [pouvait être] ajouté ou enlevé, une telle chose est suffisante pour lui donner sa force [384]. Mais une dernière volonté faite lors d'une expédition en dehors du droit du pays est sans force après qu'une année s'est écoulée depuis l'expédition [385].

[**Note de Willem Schorer sur la note 380 de Groenewegen van der Made**

Les États Généraux, en faveur de ceux qui vont dans les Indes et qui en reviennent, ont établi qu'ils puissent tester sur la route, pourvu que leurs testaments soient rédigés par écrit et soient confirmés avec les souscriptions de deux témoins, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 1, nb 11.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCIC. Il est facilement montré à partir du droit romain que le testament fait selon le droit militaire est aussi valide après un an depuis la cessation de l'expédition, si le testateur n'a pas été envoyé en service armé et cela doit être tenu à l'encontre de Grotius qui n'explique pas à bon droit les *Institutes*, II, xi, § 3 ; cf. la thèse XXIII.]

§ 30. L'avantage qui est accordé par nécessité aux gens des villages **[122]** [386] semble ne pas pouvoir avoir lieu dans ces pays, étant considéré que, partout dans le plat pays, il y a des tribunaux et des notaires [387].

[**Note de Willem Schorer sur la note 387 de Groenewegen van der Made**

---

affirmeront avoir entendu quelqu'un dire qu'il laissait ses biens à celui auquel cela avait été envisagé et, par cela, les jugements vrais seraient subvertis" ».

384 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xi, § 4.

« § 4. Mais, si quelqu'un, avant le service armé, n'a pas légalement fait un testament et que, devenu soldat, étant en expédition, il l'a annulé et a ajouté ou enlevé certaines choses ou qu'autrement, la volonté du soldat est claire, voulant que celui-ci soit valide, il doit être dit que le testament 'est valide comme à partir d'une nouvelle volonté du soldat ».

385 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xi, § 3.

§ 3. Mais jusqu'ici, cela leur est accordé par les constitution impériales dans la mesure où ils servent à l'armée et, dans les camps, logent ; au vrai, après le congé, les vétérans ou ceux qui, en dehors de camps font le service armé, s'ils font encore un testament, ils doivent le faire selon le droit commun de tous les citoyens romains. Le testament que, dans les camps, ils n'ont pas fait selon le droit commun, mais comme ils voulaient, après le congé, pendant un an seulement, sera valide. En conséquence, qu'en est-il si, dans l'année, certes, il est mort, la condition assignée à l'héritier existera-t-elle après l'année ? Sera-t-elle valide comme un testament militaire ? Et l'on décide qu'il est valide comme un testament militaire ».

386 (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 31.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 534 : *« Par les lois anciennes et par différents empereurs dans le passé, il a toujours été avisé de la rusticité et l'observation stricte des lois leur a été remise dans beaucoup de subtilités, parce que nous en avons découvert dans de nombreux exemples des choses. En effet, alors que le règlement des testaments a été institué sous une détermination certaine des lois, les hommes de la campagne, pour lesquels il n'y a pas d'habileté de lecture, comment peuvent-ils garder une si grande subtilité des lois dans leurs dernières volontés ? C'est pourquoi, tournant notre attention sur l'humanité de Dieu, nous avons considéré comme nécessaire par cette loi de subvenir à leur simplicité. 1 - Pour cette raison, nous consacrons que dans toutes les cités certes, et dans tous les camps du monde romain, là où nos lois sont manifestes et la connaissance de la lecture fleurit, tout ce qui a été disposé dans les livres de nos Digestes et des Institutes, dans les constitutions impériales et nos dispositions pour établir des testaments, soit observé et que l'on ne fasse nulle innovation à la présente loi. 2 - Mais, dans ces endroits dans lesquels on trouve rarement des hommes lettrés, par la présente loi, nous accordons aux gens de la campagne de maintenir leur ancienne coutume en place de loi, cependant, d'une façon telle que, là où l'on a trouvé des gens sachant lire, sept témoins (qu'il est nécessaire de faire venir pour le témoignage) soient employés et que chacun souscrive pour sa propre personne. 3 - Mais, si, dans cet endroit, n'ont pas été trouvés sept témoins, nous ordonnons que l'on emploie jusqu'à cinq témoins de toutes les façons ; en aucune manière, nous n'accordons pas moins. 4 - Mais, si un seul, deux ou plusieurs étaient lettrés, il leur serait cependant permis, aux présents cependant, de mettre leurs souscriptions, ainsi toutefois, de sorte que les témoins eux-mêmes connaissent la volonté du testateur et surtout celui ou ceux qu'il a voulu laisser comme héritiers pour lui, et ils déposeront en jurant cela après la mort du testateur. 5 - En conséquence, ce que chacun des gens de la campagne a disposé pour ses propres bien, (comme il a été dit ci-devant), de toute façon, la subtilité des lois ayant été remise, sera ferme et valide ».*

387 (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 31 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 23, 31.

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit.1, nb 13, est en désaccord avec l'auteur et pense que, si quelqu'un, à la campagne, a été écrasé par une violente maladie subite et qu'il y a écrit sa dernière volonté, à partir des fondements du droit romain, à côté du nombre de cinq témoins, rien n'est requis.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCC. Le privilège de tester accordé aux habitants de la campagne dans C . 6, 23 *(Des testaments et comment sont mis en ordre les testaments)*, 31, pour le testament mis en ordre selon l'usage romain, n'est pas considéré du moins cesser en cas de nécessité, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1, nb 13.]

§ 31. Mais, [savoir] si quelqu'un, dans une époque de peste ou dans le cours d'une guerre (comme certains juristes le pensent) [388] ou aussi à l'avantage des pauvres ou des hôtels Dieu, comme lesdites lois spirituelles le portent [389], pourrait le faire oralement devant deux témoins ou déclarer sous sa main seulement une dernière volonté par écrit n'est pas sûr [390].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur traite ici des testaments privilégiés et doute [de savoir] s'ils seront reçus dans notre droit. Cependant, je penserais le testament fait en temps d'épidémie, de même, en temps de guerre privilégié, du fait qu'il est plus que clair que de tels testaments avaient été privilégiés dans le droit romain et je ne vois aucune raison pour laquelle ceux-ci seraient moins tenus comme privilégiés chez nous que chez les Romains ; en effet, Bijnkershoek, dans ses *Observationes juris romani*, dit dans sa préface au lecteur : *À moins que la claire volonté de la République ou l'autorité perpétuelle de la coutume ne s'y oppose*. Cependant, alors que Titia était dans la peine avec une maladie épidémique, désespérant de sa santé, ordonna qu'un notaire fût appelé pour faire sa dernière volonté, mais que, celui-ci, refusant de l'aborder par crainte de la contagion, Titia, ayant convoqués de nombreux témoins, nomma son mari Seius comme héritier de tous les biens. Mais le père, Mævius, soutenait que sa fille était morte intestate et Anne Robert, *Rerum judicatarum*, lib. II, cap. 10, signale que cela a été jugé en France le 7 janvier 1593 en faveur du père. On ne convient pas assez [de savoir] en quel nombre les témoins sont requis, voie Antonio de Gamma, *Decisiones Lusitaniæ*, decis. 210. Wamesus, dans sa *Responsorum centuriæ*, III, cons. 77, nb 11, signale que non seulement les testaments sont privilégiés, mais aussi, que les contrats faits à ce moment sont privilégiés, comme aussi, la Cour a prononcé plus d'une fois ces testaments comme privilégiés, voir Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 2, nb 15.

Cependant, il y a plus de difficultés pour le testament [fait] pour de pieuses raisons, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1, nb 19.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCI. Il est plausible que le testament fait par un testateur dans un danger d'épidémie est privilégié et valide s'il meurt de cette maladie, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 40, où sont

---

[388] (Note de Groenewegen) Voir Ripa, *De privilegio ultimæ voluntatis causa pestis*, cap. 2 ; Gabriel, *De testamentis*, concl. 8.

[389] (Note de Groenewegen) Voir Décrétales, III, xxvi, 11.

Décrétale de Grégoire IX aux juges de Velletra : *Il a été rapporté [à nos oreilles] que, lorsqu'à votre examen, quelque cause sur les [testaments] laissés à l'église, la cause est amenée, vous, [selon la loi humaine, et non la loi divine, dans celle-ci, vous voulez procéder, et], à moins que sept ou cinq témoins ne soient intervenus, [absolument], de là, vous différiez de juger. [D'où, parce que les causes de cette sorte, quant au jugements de l'Église, non selon les lois, mais selon les canons, doivent être traitées et que, pour celles-ci, au témoignage de l'Ecriture divine, deux ou trois témoins appropriés suffisent, à votre discrétion, par ces lettres apostoliques], nous commandons que, dans la mesure où, lorsqu'une telle cause a été amenée à votre examen, vous traitiez celle-ci non selon les lois, mais selon les statuts de décrets et que, de trois ou deux témoins, vous demandiez que l'on se contente, parce qu'il a été écrit : "dans la bouche de deux ou trois témoins, se tient toute parole"* (Mt 18, 16) *»*.

[390] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 31 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 1, defin. 4 et 13 ; Automne, *Conférence du droict françois* sur C. 6, 23, 8 et sur C. 6, 23, 31 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 67, 77 et 3e partie du chap. 2, avis 163 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 23, 8 ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *testamentum*, § 36.

louées des décision de la Cour du 2 juillet 1649 et de la Cour Suprême du 21 décembre 1651, dont, pour la première, j'ai vu autre part que la date inscrite était celle du 25 juillet 1649 et pour la seconde, la date du 21 décembre 1652 ; à savoir *dans l'affaire de Jan Gybertszoon Cameryc et Dirk Jacobszoon de Haer, habitant à Woerden, comme avec les héritiers de feu Haesjen Jansder demandeur dans le cas d'appel et de requête civile, contre Pieter Janszе et tous ceux-là.*

CCCII. Bien que le testament fait pour de pieuses raisons ne soit pas considéré privilégié dans le droit hollandais, cependant, dans le cas d'un legs de cette sorte laissé dans un codicille, il a été accordé quelque chose à la faveur de la nécessité par la Cour Suprême le 30 juin 1625, voir chez Cooren, *Observationes*, obs. 31.

*

Chapitre XVIII
De l'institution par une dernière volonté en général [391]

§ 1. Ayant vu comment se fait la dernière volonté en général, nous devons voir comment celle-ci SE FAIT DANS SES PARTIES, lesquelles sont (comme il est dit) l'INSTITUTION et le LEGS.

§ 2. Dans l'INSTITUTION, doit être examiné l'ORIGINE et la CONSÉQUENCE.

§ 3. Concernant l'ORIGINE, il y a à voir QUI L'ON PEUT ET DOIT, ET COMMENT ON LE PEUT, INSTITUER HÉRITIER.

§ 4. Au regard de QUI : on PEUT INSTITUER **[123]** HÉRITIER qui l'on veut, connu ou inconnu [392], nés ou non nés, cependant étant capables de recevoir un bien par une dernière volonté [393], dont il est parlé ci-dessus, et autant qu'on le veut.

§ 5. Mais là, il y en a certains qu'on peut non seulement, mais qu'aussi, on doit instituer héritier, à savoir les enfants [394], les parents [395], les frères et les sœurs [396].

---

[391] (Note de l'éditeur) Voir tout les titres des *Institutes* [II, xiv), du Digeste (D. 28, 5) et du Code (C. 6, 24) sur l'institution d'héritier.

[392] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xiv, § 12.

« § 12. Ceux que, jamais, le testateur n'a vus, peuvent être institués héritiers ; comme s'il avait institué les fils nés d'un frère étranger qui seront héritiers ; en effet, l'ignorance du testateur ne rend pas l'institution sans effet ».

[393] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 24.

« § 24. Mais on peut faire un legs à ceux-là seuls avec lesquels il y a la confection du testament ».

[394] (Note de Groenewegen) Voir Novelle XVIII, cap. 1 ; Novelle CXV, cap. 3, voyez ci-après la note 10.

Novelle XVIII : Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 536 : *« Chapitre I : Cela nous a incités à corriger la loi, à ne pas la dédaigner comme honteuse et, d'une telle façon, à déterminer la cause, de sorte que, si, certes, il est le père ou elle est la mère d'un seul fils, de deux, trois ou quatre, un quart seul leur est laissé, mais le tiers de la richesse, c'est-à-dire quatre onces, et que c'est là la mesure définie jusqu'au nombre ci-devant dit. Mais si, au-delà de quatre, ils ont eu des fils, la moitié de la richesse leur est laissée de sorte qu'il y ait six onces qui sont dues, envers chacun devant être partagée quatre ou six onces à égalité et cela, non sous la juste circonstance des choses, (peut-être, en effet, aussi, ici, les autres souffrent-ils une injustice, les uns ayant reçu de meilleures parts, mais les autres, de plus mauvaises), mais il arrivera que chacune [des parts], par tout, est juste en qualité et en quantité, que quelqu'un ait laissé cela avec la mesure de l'institution ou, par le biais d'un legs (il y a à dire la même chose du fidéicommis), l'occasion. Il lui sera permis, en effet, d'avoir huit onces, peut-être, ou six onces, comme il a voulu être généreux envers les fils eux-mêmes ou envers n'importe quel étranger et, la nature ayant été en premier lieu soignée de façon appropriée, d'accéder à des largesses extérieures. Ceci devant être observé pour toutes les personnes pour lesquelles, dès le commencement, le compte de l'ancien quart quant au [testament] contraire aux devoirs, dans la loi, a été décrété ».*

Novelle CXV : Constitution de Justinien adressée à Theodotos, Préfet des prétoires impériaux, et donnée en 530 : *« Chapitre III : Nous avons clairement vu qu'un autre chapitre, aussi, devait être ajouté. Nous consacrons, en conséquence, qu'il n'est pas du tout permis au père ou à la mère, au grand-père ou à la grand-mère, à l'arrière-grand-père ou à l'arrière-grand-mère de passer son fils, sa fille ou les autres enfants ou de les déshériter dans son testament, si, par le biais de n'importe quelle donation, legs, fidéicommis ou moyen quelconque, ils leur ont donné la part due selon les lois, à moins, peut-être, qu'ils ne soient prouvés ingrats et que les parents n'aient nommément inséré les causes même de l'ingratitude dans leur testament. Mais, parce que nous avons trouvé les causes à partir desquelles les enfants devaient être jugés ingrats, dispersées dans différentes lois et non clairement déclarées, dont quelques-unes nous ont semblé dignes pour l'ingratitude, mais d'autres, alors que celles-ci en étaient dignes, ont été laissées de côté, pour cela, nous avons clairement vu qu'il était nécessaire de, nommément, les comprendre dans la présente loi, de sorte qu'en dehors de*

celles-ci, il ne soit permis à personne de faire opposition, à partir d'une autre loi, des causes d'ingratitude, si ce n'est celles qui sont sérieusement comprises dans cette constitution.

Nous décidons que les justes causes d'ingratitude sont celles-ci :

1. Si quelqu'un a porté la main sur ses parents.

2. S'il leur a porté une grave et malhonnête injure.

3. S'il les a accusés dans des causes criminelles qui ne sont ni contre l'empereur, ni contre la République.

4. Si, dans des méfaits, comme maléfique, il est versé,

5. ou qu'il a tenté de tendre un piège à la vie de ses parents par le poison ou d'une autre façon.

6. Si un fils s'est uni à sa belle-mère ou à la concubine de son père.

7. Si un fils est le dénonciateur de ses parents et que, par sa dénonciation, il a fait que ceux-ci supportent de tourdes dépenses.

8. S'il est arrivé que n'importe qui, desdits parents, a été inclus et que les enfants qui peuvent venir ab intestat à sa succession, se la voit réclamer par lui ou que l'un d'eux, sur ses biens, n'a pas voulu qu'il la reçoive avec une garantie à la faveur d'une personne ou d'une dette, pour autant qu'il est celui qui se la voit demander est approuvé comme approprié.

9. Si l'un des enfants a été convaincu, parce qu'il a interdit que ses parents fassent un testament, de sorte que, si, certes, après qu'ils aient pu faire un testament, il y a pour eux, à la faveur d'une telle cause, la possibilité que le ils soit déshérité ; mais, si, lors de cette interdiction même, sans testament, l'un des parents est mort et que d'autres qui, que ce soit ab intestat, à la succession du défunt ou avec le fils lui-même qui a interdit que soit fait un testament, qui, après lui, sont appelés ou bien ceux qu'il voulait avoir comme héritiers, légataires ou qui ont supporté quelque dommage de l'interdiction du testament, ont approuvé cela, selon les autres lois posées sur cela, de telles affaires seront terminées.

10. Si, en dehors de la volonté des parents, le fils s'est associé à des gladiateurs ou des mimes et que, dans cette profession, il est resté, à moins, peut-être, qu'aussi ses parents n'aient appartenu à la profession.

11. Si, à l'un des ci-devant dits parents qui veut, à sa fille ou à sa petite-fille, donner un mari et une dot selon les forces de sa fortune en faveur de celle-ci, elle n'a pas donné son consentement, mais a choisi de vivre une vie débauchée. Au vrai, si, à l'âge de vingt-cinq ans, la fille est arrivée et que les parents ont différé de l'unir à un mari, que, peut-être, à partir de cela, il est arrivé que celle-ci, dans son corps, soit en faute ou que, sans le consentement des parents, elle s'est unie à un mari, cependant libre, nous ne voulons pas que cela soit imputé à l'ingratitude de la fille, parce que, non par sa faute, mais par celle des parents, elle est reconnue avoir commis cela.

12. Si l'un des ci-devant dits parents était fou et que ses enfants ou qu'un certain des enfants qui ne le sont pas pour lui, que ses autres cognats qui, ab intestat, à sa succession sont appelés, ne lui ont pas donné le respect et le soin approprié, si, certes, une personne saine a été [frappée] par une telle faiblesse, il y aura pour elle la possibilité [de savoir] s'il a voulu inscrire le fils négligent ingrat, les fils ou les cognats ingrats dans son testament. Mais, si, dans la maladie de folie, un étranger a vu que celui-ci était retenu, que par ses enfants, ses cognats ou les autres héritiers inscrits par lui, il avait été négligé et qu'à la faveur d'une miséricorde, il a voulu s'occuper de lui, nous lui donnons la possibilité attestée de la diriger à ceux qui, ab intestat ou à partir du testament déjà fait, à la succession du fou, ayant été inscrits, sont appelés, afin qu'ils se hâtent à s'occuper de lui. Mais, si après une attestation de cette sorte, ils ont négligé et que l'étranger a été montré s'être occupé du fou dans sa propre maison, reçu à ses frais propres jusqu'à la fin de ce dernier, celui qui a montré du respect et une diligence envers le fou, bien qu'il soit étranger, nous décidons qu'ils arrivent à la succession de ce dernier, l'institution de ceux-ci ayant été évacuée en tant qu'indignes, [eux] qui, au fou, comme nous l'avons dit, ont négligé de procurer leur soin, cependant, d'une façon telle que les autres articles du testament restent dans leur fermeté.

13. S'il est arrivé que l'un des ci-devant dits parents soit retenu en captivité et que ses enfants, tous ou un seul ne se soient pas hâtés de le racheter, si, certes, il a pu éviter le malheur d'une captivité, il sera en son pouvoir [de savoir] s'il a voulu inscrire cette cause d'ingratitude dans son testament ; mais, si, par la négligence ou le mépris des enfants, il n'a pas été libéré et, en captivité, est mort, nous ne souffrons pas que viennent à la succession ceux qui ne se sont pas hâtés de s'occuper de son rachat, mais qu'à tous les enfants négligents sur cela, tous les biens laissés par lui soient appliqués à l'église de la cité dont il est originaire, à savoir, en faisant un inventaire sous attestation publique, afin que rien de ses richesses ne périsse, d'une façon telle que, quoi qui, de là, à l'église, est arrivé, au rachat des captifs, soit utile. Mais cela a certes été dit autant pour les personnes qu'il n'est pas permis de déshériter, à moins qu'il ne soit arrivé que les causes d'ingratitude soient inscrites et approuvées ; et la présente cause est connue nous avoir offert l'occasion de promulguer une loi générale. Mais, de façon générale, nous ordonnons que, si celui qui, en captivité, a été détenu, n'a pas eu d'enfants, les autres qui ont été appelés à sa succession, ne s'étant pas hâtés de le racheter, en captivité, il est mort, aucun de ceux qui l'ont négligé n'arrivera à sa succession, bien qu'avant sa captivité, un testament ait été peut-être rédigé par lui, dans lequel il a inscrit les personnes rappelées comme héritiers. Mais, ici aussi, cette institution des héritiers ayant été annulée et les autres articles du testament restant dans leur force, les richesses de telles personnes, de la même façon, seront appliquées aux églises des cités dont elles sont originaires et, à aucune autre cause que les rachats des captifs, elles ne seront pas étendues, de sorte que, là où ceux-ci n'ont pas été rachetés par les leurs, le rachat d'autres soit appliqué et que leurs âmes, à partir de cette cause très pieuse, soient soulagées. Ceci ayant été observé aussi, s'il a inscrit une autre personne étrangère avant sa captivité comme héritier et que celle-ci, sachant qu'elle avait été inscrite par lui comme héritier, a négligé de le racheter de la captivité. Nous ordonnons que cette peine vaudra contre ceux qui ont accompli la dix-huitième année de leur âge. Au vrai, dans les causes de cette sorte, quand, en faveur du rachat des captifs, il était nécessaire que soit donné de l'argent, si quelqu'un n'a pas eu d'argent propre, il y aura pour lui, s'il est de l'âge rappelé, d'emprunter l'argent et de mettre à la place des biens meubles et immeubles, qu'ils soient sa propriété ou celle de celui qui, en captivité, est détenu, parce que, sur tout ce qui a été ci-devant dit, qui, en faveur du rachat des captifs, est prouvé avoir été donné ou dépensé, nous décidons que les contrats de cette sorte, en tant que faits par une personne sous leur puissance et de l'âge légal, sont ainsi fermes, ne générant

aucun préjudice pour ceux qui ont contracté avec des personnes de cette sorte dans les causes rappelées de la façon ci-devant dite, à savoir celui qui est revenu de captivité ayant la nécessité de confirmer de tels contrats et d'être obligé envers eux en tant que pour ses propres dettes.

14. Si l'un des ci-devant dits parents, établi comme orthodoxe, a pensé que son fils ou ses enfants ne sont pas de la foi catholique et ne communient pas dans la très sainte Église, dans laquelle tous les très saints patriarches sont connus prêcher en une seule union et concorde une fois très droite et embrasser ou citer les quatre saints synodes, Nicée, Constantinople, Ephèse I et celui de Calcédoine, [il a] la possibilité, à la faveur de cette cause principalement, d'inscrire ces ingrats et les déshérités dans son testament. Et cela, nous le décidons, certes, à la faveur de la cause d'ingratitude. Mais nous ordonnons que, portant aux enfants catholiques une prévoyance générale, étant sauvegardées les lois qui, déjà, quant aux autres hérétiques, ont été portées, pour les Nestoriens et les Acéphales, cela soit observé, de sorte que, si des parents ont été trouvés adonnés à la folie juive et nestorienne ou embrassant la folie des Acéphales et, pour cette raison, séparés de la communion de l'Église catholique, il ne leur sera pas permis d'instituer d'autres héritiers pour eux, si ce n'est des enfants orthodoxes et de la communion de l'Église catholique, ou, n'ayant pas d'enfants, des agnats ou des cognats qui seront, c'est clair, catholiques. Si, peut-être, les uns des fils, certes, sont orthodoxes et les autres, de la communion de l'Église catholique, mais séparés de celle-ci, nous consacrons que toute la richesse des parents arrivera seulement aux fils catholiques, bien que des personnes de cette sorte aient fait leur dernière volonté en disposant quelque chose contre la teneur de notre constitution. Mais, si, à l'avenir, des frères séparés de l'Église ont été convertis à celle-ci, la part qui se présente à eux leur sera procurée dans l'état où elle a été trouvée au moment où elle leur est remise, afin que, catholiques, ils ne souffrent, quant aux fruits ou au gouvernement du temps intermédiaire, aucune inquiétude ou inconvénient, [eux] qui détenaient avant les biens ci-devant dits, parce que, des biens de cette sorte, qu'à partir de la part des frères qui ne communiaient pas, les catholiques possédaient, de même que l'aliénation, nous interdisons ainsi les fruits des temps passés ou le gouvernement ne l'ait en aucune manière réclamé à ceux par qui ils ont été détenus ou nous permettons qu'ils soient retirés. Mais, si, jusqu'à la fin de leur vie, dans la même erreur, ils sont restés, n'étant pas communiants, alors, nous décidons que les frères catholiques ou leurs héritiers, avec le droit le plus entier de propriété, possèdent ces mêmes biens. Si les fils, certes, ont été trouvés pervertis et étrangers à la communion de l'Église catholique, mais que les uns, proches agnats ou cognats, ont été approuvés comme cultivant et étant en communion de la religion catholique, ceux-ci seront placés devant les enfants hérétiques et succéderont à leur succession. Au vrai, si les enfants et proches agnats ou cognats sont étrangers à la communion de la religion orthodoxe, alors, si, certes, leurs parents ont eu l'aspect de clercs, à l'église de la cité où ils avaient leur domicile, nous voulons que leurs biens appartiennent, d'une façon telle que, si les ecclésiastiques, dans l'espace d'un an, ont négligé de réclamer les biens des personnes de cette sorte, leur propriété sera réclamée pour les forces de notre fisc. Mais, s'ils sont laïcs, sans aune distinction, nous consacrons que leurs richesses arriveront semblablement dans nos biens privés. Nous décidons que cela tient fermement aussi, si, sans testament fait, de telles personnes sont mortes ; tout ce qui a été disposé contre les autres hérétiques, contre les Nestoriens, les Acéphales et tous les autres qui ne communient pas à l'Église catholique, dans laquelle les quatre synodes ci-devant dits sont cités, étant semblablement observé. Si, en effet, en faveur des causes matérielles, nous le pensons, combien plus, en faveur du salut des âmes, la prévoyance de notre sollicitude doit être employée.

15. En conséquence, que les parents aient inséré dans leur testament toutes les causes d'ingratitude rappelées ou n'importe laquelle de celles-ci et que les héritiers inscrits aient montré que les causes nommées ou l'une d'elles étaient vraies, nous décidons que le testament a sa fermeté ; mais, si cela n'a pas été observé, qu'aux enfants déshérités, aucun préjudice n'est né, mais qu'autant que cela regarde l'institution des héritiers, le testament ayant été évacué, à la succession de leurs parents, les enfants, en tant qu'[héritiers] ab intestat, pour une part égale, arrivent, afin que les enfants, avec de fausses accusations, ne soient pas condamnés ou qu'ils ne souffrent pas quelque tromperie sur les richesses de leurs parents. Si, cependant, il est arrivé dans certains testaments que certains legs, fidéicommis, libertés ou désignations de tuteurs soient laissés ou que n'importe quels articles accordés par les lois soient nommés, nous ordonnons que tout cela soit accompli et donné à ceux auxquels ils avaient été laissés, de sorte qu'en tant que non annulé en cela, les testament tienne ferme. Et cela, certes, quant aux testaments des parents, nous l'avons mis en ordre ».

[395] (Note de Groenewegen) Voir Novelle CXV, cap. 4 ; voyez ci-après note 22.

Novelle CXV, chap. 4 : Constitution de Justinien adressée à Theodotos, Préfet des prétoires impériaux, et donnée en 530 : *« Chapitre IV : Nous avons clairement reconnu comme juste et diamétralement opposé, quant aux testaments des enfants, de disposer cela même avec quelque distinction. C'est pourquoi nous consacrons qu'il n'est pas permis aux enfants de laisser de côté leurs parents ou, pour les biens propres sur lesquels ils ont la possibilité de tester, que ceux-ci, en général, les aliènent, à moins qu'ils n'aient spécialement indiqué dans leurs testaments les causes que nous énumérerons. Nous décrétons que celles-ci sont :*

1. Si les parents, à la fin de leur vie, ont livré leurs enfants, cependant, sans cause qui est connue regarder la dignité.

2. Si, avec des poisons, des délits ou un autre moyen, les parents sont prouvés avoir tendu un piège à la vie des enfants.

3. Si un père s'est joint à sa bru ou à la concubine de son fils.

4. Si les parents ont interdit que leurs fils fassent un testament pour les biens sur lesquels ils ont la possibilité de tester, à savoir tout devant être observé dans l'interdiction de testaments de cette sorte que nous avons distingué sur la personne des parents.

5. S'il est arrivé qu'un mari à son épouse, pour la mort ou pour l'aliénation de l'esprit, donne du poison, ou l'épouse à son mari, ou que, par un autre moyen, l'un tende un piège à la vie de l'autre, nous décrétons qu'un tel crime public, certes établi, selon les lois, est examiné et qu'un châtiment légal est mérité, mais qu'aux enfants, il y a la possibilité de ne rien laisser dans leurs testaments, quant à leurs richesses, à cette personne qui est connue avoir commis un tel crime.

6. Si, vis-à-vis des enfants ou de l'un d'eux établi dans une folie, les parents ont négligé de les soigner, nous commandons qu'ici, soit observé tout ce que, quant aux parents fous, nous avons plus haut disposé.

[**Note de Willem Schorer sur la note 396 de Groenewegen van der Made**

L'auteur parle ici de la nécessité d'instituer des personnes et il nomme les enfants, les parents et les frère ; mais, dans certaines places de la Belgique, une certaine part de la succession doit être laissée aux parents consanguins, voir Goudelin, *De jure novissimo*, lib. II, cap. 11, aux mots *hæc de jure* - "cela quant au droit". Cela triomphe aussi à Zirickzee ; car ici, le tiers des biens doit être laissé aux proches, si le testateur est mort sans enfants, à savoir à ceux qui habitent dans la ville ou son territoire ou qui sont absent à raison de la République, pourvu qu'ils jouissent du droit de citoyenneté, voir la coutume de Zirickzee de 1570, résolution du 1er avril 1689. Celui qui désire apprendre de nombreuses choses ira voir la consultation de van Ysselsteyn, *Dissertatio juridica inauguralis de portione legitima* de 1758.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCIII. Parmi les héritiers à instituer de façon nécessaire, selon le droit de la cité de Zirickzee, chaque citoyen né et habitant ici même est aussi l'héritier légal plus éloigné, ou ceux qui, ce domicile ayant été établi autre part, il y a six ans, sont venus habiter, pour lesquels, assurément, un tiers de la succession doit être sauvegardé, voir la coutume de Zirickzee, chap. 13, chez Smallegange, p. 521 ; les statuts du 4 juin 1689 et du 17 mars 1746, chez Blondeel, *Versterf-recht (Droit successoral)*, p. 349 et suivante.]

§ 6. Sont ici entendus non seulement les ENFANTS du premier degré, mais aussi des degrés plus éloignés [397] pour autant que ceux-ci viennent à la place de leurs parents décédés selon le droit qui est maintenant accepté à travers tout le pays.

---

7. À ces cas aussi, nous ajoutons la calamité d'une captivité, dans laquelle, s'il est arrivé que les enfants soient détenus et, par le mépris ou la négligence des parents, non rachetés, quittent cette lumière, en aucune manière, les parents de ceux-ci n'arriveront aux richesses des enfants, quant auxquelles les enfants pouvaient tester, mais tout est observé dans ce chapitre aussi que nous avons ci-dessus pensé quant aux parents, aux cognats et aux agnats qui, ab intestat, sont appelés aux droits de telles personnes ou quant aux étrangers inscrits comme héritiers.

8. Si quelqu'un des ci-devant dits enfants, établi comme orthodoxe, a pensé que son parent ou ses parents n'appartenait pas à la foi catholique, nous avons ordonné de tenir, pour la personne de ceux-ci, tout ce qui a [été dit] ci-dessus quant aux parents.

9. Si les enfants ont inscrit de tells causes certaines ou l'une de celles-ci dans leurs testaments et que les héritiers inscrits par eux les ont toutes approuvées comme certaines, ou l'une de celles-ci, nous commandons que le testament reste dans sa fermeté. Mais, si cela n'a pas été observé, nous consacrons combien le testament n'a aucune force pour l'institution des héritiers, mais, le testament étant annulé, à ceux qui, ab intestat, sont appelés à la succession du défunt, nous disposons que les biens de ce dernier sont donnés, à savoir les legs, les fidéicommis, les libertés, les nominations des tuteurs ou les autres articles, comme il a été dit ci-dessus, obtenant leur fermeté. Mais, si quelque chose a été trouvé en faveur des legs, des fidéicommis, des libertés ou de n'importe quels autres articles dans d'autres lois contraire à cette constitution, nous voulons qu'en aucune façon, cela n'obtienne [de force]. Et ces peines, certes, de l'exhérédation ou de l'omission, autant que pour l'ingratitude, contre les personnes ci-devant dites, doivent être statuées ; si celles de celles-ci sont réputées parmi les crimes, leurs auteurs aussi supporteront aussi les autres peines définies dans les lois ».

[396] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 27 ; voyez ci-après note 22.

Constitution de Constantin adressée à Lucrius Verinus donnée en 319 : *« Les frères et les sœurs utérins, de l'action relative à un testament contraire aux devoirs, contre le testament du frère ou de la sœur, seront totalement éloignés ; mais les consanguins, durant ou non l'agnation, contre le testament du frère ou de la sœur, quant à un testament contraire aux devoirs, peuvent soulever la question, si les héritiers inscrits sont éclaboussés d'une infamie, de honte ou d'une légère marque ou si les affranchis qui, les méritant faussement et pas bien et avec les plus grands avantages de leurs patrons, institués, l'ont obtenu, à l'exception de l'esclave inscrit comme héritier nécessaire ».*

[397] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 220.

Extrait du livre II des *Questions* de Callistrate : *« Sous l'appellation d'"enfants", les petits-enfants, arrière-petits-enfants et les autres qui descendent d'eux sont inclus ; en effet, sous cette appellation de siens, la Loi des XII Tables inclut tous ceux-ci. En effet, les lois introduisent comme nécessaire que la parenté use des appellations de personnes particulières (comme celle de fils, de petit-fils, d'arrière-petit-fils ou des autres qui descendent d'eux) chaque fois qu'elles ont voulu que cela ne soit pas procuré à tous ceux qui existent après eux, mais à ceux seuls qu'elles secourent, qu'elles énumèrent nommément. En revanche, là où cela n'est pas fourni aux personnes certaines, à certains degrés, mais à tous ceux qui sont nés de la même famille, ils sont compris sous l'appellation d'enfants. 1 - Mais Papirius Fronto, dans le livre III de ses Réponses, dit que les petits-fils des fils sont aussi compris pour un fonds légué avec un régisseur et son compagnon, à moins que la volonté du testateur ne le porte autrement ; en effet, souvent sous l'appellation de fils, dans beaucoup d'endroits, on a décidé de recevoir aussi les petits-fils. 2 - Le divin Marc [Aurèle] a aussi donné un rescrit [disant] qu'un défunt, qui laissait comme héritier son petit-fils, n'était pas considéré comme sans enfants. 3 - En dehors de tout cela, la nature*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCIV. Le mot néerlandais *Kinderen* - "enfants", lorsque l'on doute de l'intention des ascendants, signifie tous les descendants, mais quand il est question des collatéraux, les seuls enfants du premier degré, comme cela a été décidé par la Cour Suprême les 31 juillet 1733 et 28 juillet 1736, voir Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 305 et 306.]

§ 7. Nous entendons seulement les ENFANTS LÉGITIMES OU LÉGITIMÉS à l'égard du père [398] et des parents du père ; mais à l'égard de la mère [399] et des parents de la mère [400], aussi les [enfants] ILLÉGITIMES.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 399 et 400 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que le bâtard succède à la mètre et aux parents de la mère. Mais nous veronns ci-dessous, sur le liv. II, chap. XXVII, § 28, sur la note 679, si cette succession ab intestat dépassera la personne de la mère.]

§ 8. Ces enfants doivent est institués héritiers au moins ensemble pour un tiers de ce qu'ils auraient eu ab intestat des biens, profit et perte bien comptés ; cependant, dans le cas où les enfants sont plus de quatre, ainsi, ils doivent être institués héritiers pour la moitié, comme ci-devant [401], lesquelles parts sont appelées leurs parts légales.

---

nous enseigne aussi que les pieux parents qui prennent femmes pour avec l'intention et le vœu de procréer des enfants englobent dans l'appellation de fils tous ceux qui descendent de nous ; en effet, nous ne pouvons appeler d'un nom plus doux nos petits-enfants que fils. Le fait est que c'est pour cela que nous concevons et mettons au jour des fils ou des filles, afin que nous laissions, à partir des enfants de ceux-ci ou celles-ci, mémoire de notre longue durée dans l'éternité ».

[398] (Note de Groenewegen) En argument, voir *Institutes de Justinien*, I, x, § 12.

« § 12. Si, contre ce que nous avons dit, quelques-uns se sont unis, ni le mari, ni l'épouse, ni les noces, ni le mariage, ni la dot, ne sont entendus. C'est pourquoi ceux qui, de cette union, naissent, sous la puissance de leur père, ne se trouvent pas, mais ils sont tels au regard de la mesure qui appartient à la puissance paternelle ; lesquels sont ceux que la mère a conçus communément. Car ceux-ci sont entendus avoir un père, quand celui-ci est aussi incertain ; d'où les fils sont ordinairement appelés des bâtards ou du mot grec, des σποραδες*, comme ayant été conçus, ou comme des fils sans père. Il s'ensuit en conséquence qu'une telle union ayant été dissoute, à la réclamation de la dot, il n'y a pas lieu. Mais ceux qui contractent des noces interdites souffrent les autres peines qui, dans nos constitutions, sont contenues ».*

[399] (Note de Groenewegen) Voir D. 5, 2, 29 § 1.

Extrait du livre V des *Opinions* d'Ulpien : *« 1 - Quant au testament contraire aux devoirs d'une mère, les fils bâtards aussi peuvent porter plainte ».*

[400] (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 8, 8.

Extrait du livre XIV des *Réponses* de Modestinus : *« Modestinus a répondu que ne sont pas moins reçus aux biens de la grand-mère maternelle ab intestat les petits-enfants, pour la raison que communément, ils sont exposés avoir été obtenus ».*

[401] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle XVIII, cap. 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 3 des *Institutes*, II, xviii. À moins que l'on ne prouve que les parents ont disposé autrement au mieux de leurs enfants et ceci suit ce qui est jugé par le Conseil de Frise, [à savoir] que le testament était suffisant, par lequel une mère déshéritait ses enfants parce qu'ils étaient prodigues et avait institué ses enfants héritiers, excepté pour ses enfants ci-devant dits, seulement l'usufruit de ses biens. Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 2, defin. 3 ; D. 27, 10, 16 § 2 ; C. 3, 28, 25 ; D. 38, 2, 12 § 2 ; D. 28, 2, 18 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28, 25.

Extrait du livre XIII des *Discussions* de Tryphoninus : *« 2 - Cependant, le père pouvait pourvoir autrement à ses petits-fils, s'il avait ordonné qu'ils fussent ses héritiers, qu'il avait déshérité son fils et que, [quant à] ce qui lui serait suffisant au titre des aliments, à la charge de ceux-ci, il avait légué un montant certain d'argent, la raison et la nécessité de son jugement ayant été ajoutées ; ou, s'il n'avait pas sous sa puissance ses petits-fils, parce que, son fils ayant été déjà émancipé, ils étaient nés, il les a institués héritiers sous la condition qu'ils fussent émancipés par leur père prodigue ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Menodotus et donnée en 301 : *« Il a été trouvé que, légalement, à ses fils, une mère qui, quant aux mœurs du mari, est autrement suspectée, ainsi, puisse aviser, de sorte qu'elle les institue héritiers sous cette condition que, si, par leur père, ils avaient été émancipés et qu'avec ce pacte, selon les tablettes [du testament], le père n'était pas considéré recevoir la possession des biens, qui à la condition, n'a pas obéi et qu'à lui, ne peut pas se présenter au nom des fils, ce dette façon, l'action relative au testament contraire aux devoirs, [fils] auxquels la mère n'a fait aucune injure, mais a plutôt pensé qu'il fallait pourvoir, il doit la rendre ».*

[**Note de Willem Schorer**

Ces enfants etc. Ce que l'auteur signale ici quant au tiers ou à la moitié des biens à la faveur du nombre des enfants nés, est d'un droit à propos chez nous. Cependant, il a été autrement reçu dans le comté de Flandre, car ici, les deux tiers font la légitime ; en conséquence, personne ne peut disposer au-delà du tiers, pas même pour une pieuse cause, et cela est vrai non seulement en ligne directe, mais aussi collatérale, à un point tel que la pénalité ajoutée par le testateur n'est d'aucune valeur, voir la coutume de Gand, rubr. 28, art. 2, et là, de Haan dans ses notes ; ce qui, quant au droit de la Gueldre, est permis pour la moitié, et si plus a été laissé à des étrangers, l'action se présente aux enfants nés pour le complément, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten*, § 9. Mais, dans les coutumes de Zirickzee de 1570, les deux tiers doivent être laissés sans aucune charge. Voyez Smallegange, *Chronica Zelandiæ*, p. 521. Mais il est principalement débattu et demandé avec inquiétude si, de façon juste, les déshérités ou ceux qui ont été exclus par un statut de la succession, qui renoncent à la plainte de testament contraire aux devoirs, augmenteront le nombre des enfants nés, ainsi, pour que la légitime ne soit pas du tiers, mais de la moitié. De nouveau, si ceux-ci diminuent le nombre des enfants à cet effet que la part due ab intestat soit amoindrie. (Supposons qu'un père a laissé trois fils, qu'il en a déshérité un et que la part due ab intestat doit être comptée à neuf mille florins ; ces deux fils institués partageront-ils entre eux neuf mille florins ou cette part du déshérité augmentera-t-elle pour les héritiers testamentaires ?) Ce qui est également refusé communément dans ce cas. La raison de décider sur la première question est la suivante : parce que celui qui ne prend rien de la succession doit être tenu pour mort, du fait que le défunt, des enfants ayant été laissés, mais déshérités de façon juste, [est] comme s'il n'avait laissé aucun enfant ; en outre, l'augmentation de la légitime à la moitié, dans le cas d'un plus grand nombre d'enfants que quatre, est introduit pour quel le géniteur étant mort, les enfants ne soient pas chargés d'une trop grande pauvreté ; s'ils doivent se contenter du tiers, de même que la cause ayant cessé, l'effet cesse.

Mais pour le second cas, il est répondu de façon plus vraie à mon jugement qu'un tel régulièrement et justement déshérité ou exclu avec une renonciation ou avec le statut, ne doit pas être compté pour amoindrir la part légale des autres, du fait qu'il n'y a tout à fait aucune raison pour laquelle le déshérité serait moins tenu pour mort si la question tombe sur la diminution que si la question tombe sur l'augmentation légale. En outre, il convient à peine à l'équité qu'elle fasse une telle part et que soit compté pour les autres celui qui ne peut prendre aucune part de la succession, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 49 et 50. Van Zutphen, dans sa *Nederlandsche practijk*, § 16, p. 411, dit de nombreuses choses pour débrouiller cette question. Van Leeuwen, dans son *Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 5, nb 2, pense aussi que le déshérité doit être tenu pour mort, à moins cependant, que l'institué n'ait volontairement renoncé à la légitime, comme il le signale ici. Mais Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 10, defin. 15, dit qu'aussi, il a été ainsi jugé en 1593 que, dans ce cas, la part refusée vient en accroissement pour ceux qui ont accepté [la succession], comme aussi en 1621 dans une cause d'exhérédation, defin. 12.

Il est de nouveau bellement demandé si, les frères ayant été déshérités, le père qui succède à son fils sans enfant prendra le tiers de toute la succession ou le sixième. Les opinions varient, les réponses des jurisconsultes varient. La Cour a adjugé le 26 mars 1638 le sixième de la succession à celui qui le demandait, voir Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 85. Et ainsi, l'a aussi jugé le Conseil d'Amsterdam en 1712. Cependant, Tobias Boel réfute la sentence de la Cour d'Amsterdam abondamment et à bon droit, comme il me semble, voir Boel dans ses notes et dans son *Ouverture au lecteur impartial* ; et il signale ainsi que cela a aussi semblé à la Cour Suprême en 1675 ; cependant, van Leeuwen, dans *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 5, nb 3, suit la sentence contraire avec Merlin, [*De legitima*, lib. I, tit. 4, quæst. 7,] et Bachov, [*Ad Treutlerum disputationes*, disp. 14, thesis 15, lettre A].]

Extrait du livre XLIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si quelqu'un, sans mauvaise intention de son père, a été déshérité, mais que, pour une autre raison, l'exhérédation ne lui porte pas préjudice, comme par exemple pose qu'à raison d'une folie, il a été déshérité ou pour la raison qu'il était impubère, l'héritier institué se voit demander de lui rendre la succession ».*

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Beaucoup, non à raison d'une infamie, déshéritent leurs fils, non plus, pour leur porter préjudice, mais pour aviser d'eux, comme par exemple des impubères et de ceux auxquels ils donnent une succession en fidéicommis ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 401 de Groenewegen van der Made**

Groenewegen enseigne ici à bon droit que l'exhérédation faite avec la bonne intention des parents est valide, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 22. En outre, avec des conjectures, il est conclu [de savoir] si l'exhérédation sera faite de bonne ou de mauvaise foi. Cependant, dans le doute, elle est présumée avoir été faire de mauvaise foi, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, liv. IV, tit. 2, defin. 3 vers la fin.

Mais il est dignement demandé et vivement débattu parmi des jurisconsultes [de savoir] si la légitime sera préférée au douaire ou si celui-ci sera déduit avant que la raison de la part légale soit engagée. L'auteur a enseigné déjà ci-dessus, liv. II, chap. XII, à la fin § 17, que l'épouse ne prend aucun profit des biens du mari prédécédé, si ce n'est ce qui reste une fois la dette déduite et, en cela, joue l'argument de D. 50, 16 *(De la signification des termes)*, 9 § 1. Ce principe ayant été posé, il s'ensuit que le nœud de cette question est [de savoir] si le douaire devra être tenu pour profitable à la faveur d'une dette. Il y en a qui distinguent entre le douaire laissé dans un testament et promis dans le contrat prénuptial ; dans ce cas, il doit être tenu à la faveur d'une dette, en conséquence, il doit être d'abord déduit avant que la légitime soit comptée ; pour celui-ci, il fait partie de la succession et avec lui, la légitime est accrue ; Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 7, suit cette opinion au débrouillage de laquelle il a destiné tout le chapitre et témoigne que les deux Cours l'avaient jugé ainsi. Cependant, le très grand homme parle de ses difficultés à travailler cet te question ; car il y a des choses, dit-il, qui peuvent être dites et méritent d'être dites pour les deux parties. Mais, pour moi, on semble avoir répondu de façon plus vraie, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 134, p. 335, quen tout cas, la femme acquiert les douaires à titre lucratif et qu'il n'est rien d'autre à côté d'une libéralité que l'époux prédécédé veut procurer à son époux survivant après sa mort, du fait que la sentence contraire ouvrirait une porte légale à une diminution, mieux, à l'absorber toute, comme [le dit] Bijnkershoek lui-même. Cependant, il est contraint de dénouer ainsi le nœud, à savoir que toutes les donations immodérées et qui sont tournées au préjudice des enfants sont annulées comme contraires aux devoirs ; pourquoi pas, pour la même raison, les dots elles-mêmes selon C. 3, 30 *(Des dots contraires aux devoirs)*, 1. Mais avec ce remède, une médecine est du moins sérieusement préparée après la cause blessée, du fait qu'elle conduit plus à faire obstacle aux principes. En outre, , pour affermir cette opinion, il raisonne ainsi dans ce qui suit ; mais supposez que les douaires doivent être tenus pour de pures donations ; même dans ce cas, il est clair que les donations ne sont pas annulées, à moins qu'elles ne soient dites contraires aux devoirs, et elles ne sont pas dites contraires aux devoirs à moins qu'elles ne soient faites en fraude des enfants ; mais en fraude de ceux qui n'existent pas, ce qui est fait vient à l'esprit de celui qui est sain. Et, de nouveau de la même façon, aux mots *Potius quæro* - "Je demande plutôt". Mais je doute [de savoir] s'ils tiendront à bon droit qu'aucune injure n'est faite aux enfants non encore nés et cependant, qu'ils leur accordent le remède à partir de C. 3, 30, 1, du fait que la lésion devrai toujours précéder l'action en justice. Mais en outre, ce raisonnement ne me semble pas d'une grande valeur ; il est vrai, certes, qu'il n'y a aucun accident de l'épée [qui dénoue le nœud], mais il est non moins très vrai que la première fin du mariage est la procréation de descendants ; la raison persuade donc que l'on avise au salut de l'enfant non encore né, du fait que la légitime est à bon droit appelée une dette légitime et que le douaire doit son origine aux usages et que nous ne sommes pas privés de l'argument de la loi, car celui qui est en gestation est tenu pour déjà né chaque fois qu'il s'agit de son avantage, voir D. 1, 5 *(Du statut des hommes)*, 7, dont [il sera parlé] ci-dessous dans ce livre, chap. XXIV, § 7, sur la note 614. Ce qui rétroagit, comme [le dit] Brunemann sur cette loi, au moment même de la conception, alors que l'enfant est cependant à ce moment seulement un très léger espoir de l'homme et à peine une partie des entrailles maternelles. De là, nous concluons aussi qu'il a été très justement disposé par [les archiducs] Albert et Isabelle dans l'édit perpétuel [de 1611], art. 27, qu'il ne sera permis à personne de stipuler plus à la faveur d'un revenu annuel dans un douaire que la moitié des meubles qui doivent être laissés par le défunt. Cependant, dans les usages de Gueldre, il est clair que les fiancés stipulaient à bon droit dans le contrat prénuptial un usufruit absolu et illimité au préjudice des enfants qui n'existent pas encore, bien qu'il ait été répondu ici que toutes les libéralités matrimoniales étaient odieuses et interdites dans les statuts de ce duché, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 55, nb 2 et 3, p. 509. Mais le grand président ne se contente pas de cela de la façon suivante : si, les douaires doivent être tenus pour un seul profit, pourquoi n'y aurait-il pas lieu à la [quarte] Falcidie pour eux, comme

dans tout ce qui est avancé à partir d'un testament et d'un pure libéralité, aussi, dans les donations à cause de mort ? Et pourquoi ne seraient-ils pas soumis au vingtième des successions qui, dans le droit romain et dans le droit hollandais, est payé à partir de tout profit qui vient après la mort, si les biens sont soumis au vingtième ? Et cela a été aussi ainsi répondu, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part . II, cons. 29, p. 65. Je réponds à la premier chose que les douaires étaient inconnus des Romains, comme [le dit] Bijnkershoek lui-même au début de ce chapitre : *"Nous conservons le mot français,* dit-il*, parce que mot latin qui dit la même chose n'est pas à disposition"*. Déjà, en aucune façon, il ne peut être fait qu'il y ait lieu à la loi romaine pour ce qui ne serait pas valide dans l'usage des peuples et dans les usages des plus civilisés par la suite. L'autre objection ne m'émeut pas ; car, de ce même argument, il s'ensuit que certains biens sont exempts de cette charge imposée à la ligne collatérale (comme le sont les legs pour de pieuses causes et laissés aux exécuteurs testamentaires) ; il dit en effet : si les biens sont soumis au vingtième. Si, déjà, il a été placé en dehors de tout risque de controverse que nulle part, leur vingtième ne soit payé, à partir de là, il sera permis d'argumenter en sécurité que les douaires sont tenus parmi ce qui n'est pas soumis au vingtième, comme ils sont dispensés de cette charge en Hollande ; mais la chose elle-même ne procède pas de façon universelle, du fait qu'ils ne jouissent pas partout de cette dispense, car e, Zélande, si le défunt est mort sans enfants, le survivant est tenu de payer le vingtième. Ainsi me semble-t-il et ainsi aussi, a-t-il été répondu, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 30, p. 71 ; *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 25, nb 8, p. 88. Mais ici, la dot n'est pas à bon droit confondue avec le douaire, comme ci-dessous, liv. III, chap. II, § 20, sur la note 142. Du reste, il est permis de s'étonner qu'il n'y ait aucune trace des douaires dans le droit romain, bien qu'ils eussent été déjà usités dans le temps très anciens chez les Juifs ;lorsqu'en effet, Saül avait décrété d'immoler David pour sa vengeance, il lui donnait sa fille Merab en épouse, mais il avait présenté cent prépuces de Philistins en douaire, voir 1S 18, 17 et 25, et 2S 3, 14.

Du reste, la légitime est déduite avant les legs et les donations à cause de mort et c'est pourquoi elle n'est pas amoindrie avec ceux-ci, ce qui, cependant, est de nouveau limité, comme [le dit] plus longuement Merlin, *De legitima*, lib. II, tit. 2, quæst. 10. Il y en avait eu d'autres qui auraient eu moins à bon droit la légitime à la faveur d'une dette, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 35, nb 41 et 42.

En outre, le fief, l'emphytéose et les choses semblables qui viennent non de la richesses paternelle, mais comme avec un droit qui vient de l'extérieur au fils majeur, ne lui sont pas imputés sur la part légale, voir Merlin, *De legitima*, lib. II, tit. 1, quæst. 4, ce qui est limité cependant de différentes façons, voir le tit. 2 qui suit, quæst. 19, nb 6 et suivant.

Enfin, il est demandé dans quel délai sera prescrite la légitime. Il a été répondu qu'elle était prescrite dans un délai de cinq ans, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. II , cons. 175, p. 473 à la fin, part. III, cons. 190, p. 511 à la fin. Mais la sentence des interprètes a été plus reçue, qui requièrent un délai de trente ans, ainsi cependant, afin que, ce délai étant écoulé, il n'y ait pas lieu à une remise dans l'état initial, voir Merlin, *De legitima*, lib. V, tit. 3, quæst. 10, nb 8.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCV. La part légale due aux enfants mineurs peut dans notre droit être laissée d'une façon telle que le parent survivant ne leur procure rien avant l'âge de la majorité, mais il obtient les fruits pour les aliments, voir la loi sur la taxe de la succession collatérale du 17 mars 1723, art. 3.]

[124] § 9. D'après les lois romaines [402], les fils qui sont sous la puissance de leur père ou de leur grand-père étant passés sous silence, faisaient que la dernière volonté était absolument

[402] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, II, xiii, pr.

« Cependant, pour que, de toute façon, soit valide le testament, cette observation que nous avons exposée ci-dessus, ne suffit pas. Mais celui qui a un fils sous sa puissance, doit veiller à ce qu'il institue celui-ci héritier ou le déshérite nommément ; autrement, s'il l'a passé sous silence, de façon inutile, il testera, certes, à un point tel que, quoique, du vivant du père, le fils soit mort, personne ne peut, à partir de ce testament, être héritier, à savoir parce que, dès le début, n'a pas existé le testament. Mais on ne l'avait pas ainsi observé anciennement quant aux filles ou aux autres enfants descendants par l'intermédiaire du sexe masculin et des deux sexes ; mais, s'ils n'avaient pas été inscrits ou inscrites héritiers ou avaient été déshérités ou déshéritées, le testament, certes, n'était pas annulé, mais le droit d'augmentation leur était procuré pour une part certaine. Mais il n'était pas nécessaire aux parents de déshériter nommément ces personnes, et, entre les autres, il était permis de le faire ».

nulle ; mais, puisque cela était une conséquence de la particulière puissance paternelle qui, par les Romains, était utilisée et que, pour cette raison aussi, par les lois plus jeunes, n'avait pas lieu pour la mère et les parents de la mère [403], ainsi, il est en hors de raison de vouloir appliquer une telle chose chez nous [404].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCVI. La mise de côté du fils déjà né faite aussi par le père ne rend pas le testament nul selon le droit lui-même ; le fils posthume laissé de côté rompt le testament, même renforcé d'une clause codicillaire, à raison du défaut de volonté envers celui qui naît après le testament du père, du fait que le père est présumé ne pas avoir pensé à celui-ci, voir Schulting, *Ad Ulpiani fragmenta*, tit. 22, § 18, dans la note 48, et *Ad Pauli sententias*, lib. IV, tit. 5, note 5 ; cette volonté ne sera pas soutenue en force de fidéicommis, voir D. 29, 7 *(Du droit du codicille)*, 11, 12, 13 pr et 19.]

§ 10. Mais un enfant étant laissé de côté ou déshérité ne peut pas rendre nulle toute l'institution d'une telle façon que, concernant la succession, le droit de la succession ab intestat sera totalement suivi, la dernière volonté restant en force dans toutes les autres parties [405] ; mais, dans le cas où un enfant était bien institué héritier, alors, à une moindre part ou à des biens de moindre valeur que sa part légale, il peut en réclamer le supplément aux autres héritiers [406] ; et l'enfant doit avoir la ci-devant dite part en pleine propriété sans aucune charge [407] sans qu'aucune interdiction puisse valoir ici contre [408].

---

[403] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 15 ; Fachinæus, liv. IV, cap. 9, et liv. XIII, cap. 68, et aussi, cela est jugé par la Cour de justice de Hollande, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 99, bien que le contraire de cela soit entendu par le Conseil de Frise, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 2, defin. 2.

Constitution de l'empereur Philippe adressée à Aphrodisia et donnée en 245 : *« Il est d'un droit examiné que la fille laissée de côté par sa mère, à la succession de celle-ci sans une plainte de testament contraire aux devoirs, ne peut aspirer ».*

[404] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur le pr des *Institutes*, II, xiii.

[405] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CXV, chap. 3 à la fin ; la Novelle CXV, cap. 3, placée sous C. 6, 28, 4 ; Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 134 ; Clarus, § *testamentum*, quæst. 52.

On ne reprendra pas le long passage de la Novelle CXV qui a déjà été donné ci-dessus dans la note 387. L'extrait de cette même constitution est repris ici sous la constitution comprise dans le Code sous une forme un peu modifiée : *« À partir d'une cause d'exhérédation ou d'omission, le testament est nul pour ce qui regarde les institutions ; car les autres choses restent fermes ».*

[406] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 30, durant la période de 30 ans ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 3 aux mots *nec etiam obstare* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28, 6 ; voyez en outre ci-après chap. XXIV, note 25.

Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 528 : *« ¨Par tout moyen, aux volontés des testateurs, pourvoyant, nous pensons couper la grande et innombrable occasion de subvertir la disposition de ceux-ci et, dans certains cas dans lesquels, quant au détournement des testaments contraires aux devoirs des défunts ou d'une autre façon, une action était ordinairement soulevée, avec une loi certaine et établie, aviser tant aux morts qu'aux enfants de ceux-ci ou aux autres personnes auxquelles cette même action pouvait se présenter, de sorte que, que l'on ajoute dans le testament ce qu'il en est de l'accomplissement de la part légale ou non, le testament est certes ferme, mais il sera permis à ces personnes qui pouvaient se plaindre que le testament, comme contraire aux devoirs ou d'une autre façon, ait été subverti, ce qui leur a été laissé en moins dans la part légale pour la remplir sans aucune incommodité et sans retard, le réclamer, si, cependant, non reconnaissants, avec des moyens légaux, ils sont discutés, à savoir, du fait que le testateur a édicté qu'ils avaient été non reconnaissants envers lui ; car, s'il n'a fait aucune mention de ces ingrats, il ne sera pas permis à ses héritiers de les appeler ingrats et d'introduire une question de cette sorte. Nous statuons cela, certes, quant à ces personnes dont ceux qui testent auront fait mention et leur auront laissé une certaine quantité dans la succession, dans u legs ou un fidéicommis, bien que moindre que la part légale. 1 - Mais, si au contraire, ils ont laissé de côté quelque personne de ceux-ci déjà née ou, avant le testament, conçue, encore établi dans le ventre, avec une exhérédation ou en faisant une autre mention de ceux-ci, rien ne leur est absolument laissé, alors, nous consacrons que les anciennes lois ont lieu, à partir de la présente promulgation, n'allant recevoir aucune novation ou modification. 2 - Mais nous voulons que soient attribuées aux fils et autres personnes ces choses qui étaient naguère appelées pour une plainte relative au testament contraire au devoir en portion légitime, et celles qui avaient été acquises à ces mêmes personnes à l'occasion du service à partir du pécule du mort, il est manifeste qu'ils peuvent en jouir, parce qu'une telle chose est du service, pour être vendue ou bien pour que des espèces certaines reviennent à son héritier, le mort faisant son service ; toutefois, d'une façon telle que l'on regarde attentivement le grade du service lui-même que celui qui sert détient à la mort du testateur, de sorte qu'autant d'argent lui soit compté en part légitime qu'il a été établi lui être donné, si celui qui est arrivé au service à partir de l'argent du testateur est mort en ce grade. 3 - Étant exceptés les honorables silentiaires de notre sacré palais, auxquels des avantages*

[**Note de Willem Schorer sur la note 405 de Groenewegen van der Made**

Si, au regard des enfants, le père a fait un testament contraire aux devoirs, la succession, selon l'auteur, leur est déférée ab intestat ; mais, parce qu'aujourd'hui, dans nos testaments, est communément ajoutée une clause codicillaire, à partir des principes du droit canonique et des usages de presque tous les peuples plus civilisés, elle a triomphé dans l'usage, afin que ceux qui ont été injustement déshérités soient considérés se voir demander de rendre la succession aux héritiers institués, pour qu'ils déduisent une double quarte, à savoir la légitime et la Trébellianique, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. IV, tit. 2, defin. 2 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 14 ; *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 211, p. 582, aux mots *te meer* - "au plus". Cependant, la Cour a jugé le 4 novembre 1616 à l'encontre de la sentence commune reçue dans l'usage, que la succession doit être rendue à l'héritier institué par l'héritier laissé de côté, étant déduite la seule légitime, non de même la Trébellianique, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, nb 329. Cependant, cela est tout à fait contraire au droit romain ; en effet, selon ce droit, le père qui déshérite ou laisse de côté ses enfants avec une injure est imaginé fou, voir Brunemann, *Exercitationes ad Institutiones, II, xviii, § 5*, nb 5, et ainsi aussi, [le dit] Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 9, defin. 2. Si cette clause a été laissée de côté, sera-t-elle tacitement sous-entendue ? Nous le verrons ci-dessous, liv. II, chap. XXIV, sur la note 614. Speidel, *Sylloge quæstionum judicarum et politicarum*, lettre C, p. 645, et ceux qui ont écrit sur celle-ci parlent de son effet.]

[**Note de Willem Schorer sur les notes 407 et 408 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que la légitime doit être laissée aux enfants sans aucune charge et ainsi aussi, [le dit] Wamesius, *Consiliorum centuriæ*, cent. 2, cons. 38, nb 18. La raison en est que la légitime ne vient pas de la libéralité du testateur, mais de la disposition de la loi. Cependant, dans ces cas, l'exhérédation faite de bonne foi est valide, sur sur ceux-ci est aussi imposée la charge de la légitime, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 63 ; Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. IV, tit. 2, defin. 3 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 5, nb 9. À bon droit, faire un choix est aussi accordé aux enfants, durant un certain délai fixé à l'avance dans le testament, [pour savoir] s'ils voudront se contenter du seul usufruit de tous les biens ou s'ils voudront prendre une pleine légitime sans aucune charge de la succession des parents. En effet, dans ce cas, qu'ils choisissent ceci ou cela, ils sont totalement privés du droit d'une poursuite plus au-delà, du fait que peut à peine être appelé un testament contraire aux devoirs celui à partir duquel quelqu'un a eu la possibilité d'acquérir la part due ab intestat, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 64, et cela a été aussi répondu à Utrecht le 23 août 1642, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 62, nb 1, de même à La Haye, le 25 avril 1651, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 186, p. 561. Un exemple du choix accordé aux enfants nés est tenu dans le testament même de Grotius fait à Paris le 27 mars 1645, voir *Vervolg van het leven van Hugo Grotius (Continuation de la vie d'Hugo Grotius)* par Cattenburg, p. 403.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCVII. Le fils laissé de côté non autrement et injustement déhérité a la plainte de testament contraire aux devoirs ; si une clause codicillaire a été ajoutée au testament, il est jugé avoir été chargé d'un fidéicommis universel en faveur de l'héritier inscrit, allant déduire cependant non seulement la légitime, mais aussi la Trébellianique, voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ*, decis. 17. N'y fait pas obstacle la décision postérieure de la Cour du 4 novembre 1616, dont mon livre manuscrit, à partir duquel doit être ainsi corrigée la lecture dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*,

---

particuliers ont déjà été donnés tant à l'égard d'autres chapitres que de l'argent donné par leurs parents pour un service fameux, de sorte que cela ne leur sera point compté en part légitime ; nous commandons que cela sera confirmé ; mais pour les autres personnes, nous voulons que l'on tienne l'observation susdite ».

407 (Note de Groenewegen) Voir la Novelle XVIII, cap. 3, voyez ci-devant la note 394 et, chap. XIII, la note 310. Cette Novelle a été elle-même donnée dans la note 310.

408 (Note de Groenewegen) En argument D. 30 55.

Extrait du livre IX de Pomponius : *« Personne ne peut disposer dans son testament que les lois, dans son testament, n'auront pas lieu, parce que, ni par le temps, ni par le lieu, ni par une condition, l'obligation de l'héritier ne peut être délimitée au titre des legs ».*

decis. 329, aux mots *dat Pater præteritus* - "que le père laissé de côté", enseigne qu'elle traite non du fils, mais du père laissé de côté.]

§ 11. Lorsque l'on dit laisser ou léguer à l'égard d'un enfant, une telle chose est interprétée chez nous comme une institution d'héritier [409] et ce que l'enfant prend en quelque façon par une dernière volonté, un préciput, comme aussi ce qui est donné entre vifs à l'occasion d'un mariage ou autrement, **[125]** doit être compté pour le supplément de la part [410].

§ 12. Cependant, il y a certaines causes qui sont exprimées par la dernière volonté et, étant trouvée par la suite véritables donnent le droit de déshériter les enfants ou de les laisser de coté [411].

§ 13. Ces causes, selon les dernières lois romaines [412], sont les suivantes : I. dans le cas où un enfant, dans une furie, a levé ses mains sur ses parents ; II. si celui-ci a commis une injure atroce ; III. si celui-ci les accuse de choses criminelles, à l'exception du crime de haute trahison ; IV. si, avec une communauté de malfaiteurs, il s'est tenu comme un de leurs complices ; V. s'il a attenté à leur vie par du poison ou autrement ; VI. dans le cas où un fils a violé le lit de son père ; VII. dans le cas où quelqu'un a fait une dénonciation contre ses parents pour leur plus grand préjudice ; VIII. dans le cas où un fils, un de ses parents étant prisonnier, a refusé de le cacher là où il le pouvait ; IX. dans le cas où quelqu'un a auparavant empêché l'un de ses parents de faire sa dernière volonté ; X. dans le cas où un fils s'est adonné à des jeux déshonorants ; XI. dans le cas où une fille s'est adonnée à une vie non chaste, là où les parents étaient prêts à la marier selon son statut ; mais, si les parents avaient laissé la fille atteindre vingt-cinq ans sans s'occuper de la marier, ainsi, ceci n'aurait pas lieu [413] ; XII. dans le cas où les enfants, l'un de leurs parents étant tombé en une folie, l'ont négligé ; laquelle cause est si forte que, si les enfants ou **[126]** d'autres parents étaient déjà reconnus comme héritier par la dernière volonté et que, l'un de leurs parents étant négligé, il était pris en charge par l'un des parents, ledit parent en ayant fait une convenable information, serait héritier à leur place ; XIII. dans le cas où l'un des parents étant capturé par les ennemis, ses enfants étant âgés au-dessus de dix-huit ans, n'ont pas faits de leur mieux pour le libérer ; pour cette raison, aussi, celui qui a été négligent, étant déjà reconnu comme héritier, perd sa succession et, dans le cas

---

[409] (Note de l'éditeur) Voir Michael Grass [de Rostock], *Receptæ sententiæ de successione* …, § *Institutiones*, quæst. 14 ; Vasquez, *De successorum progressu*, liv. I, § 3, nb 13 ; la glose et les docteurs sur D. 28, 5, 18 et sur l'extrait de la Novelle XVIII, cap. 1, placé sous C. 3, 28, 6 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 158, 175, 265 et 276.

[410] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle XVIII, cap. 6 ; l'ordonnance de police, art. 29. Voyez en outre Papon, *Arrests*, liv. XXI, tit. 7 ; les privilèges et les coutumes de la Hollande du Sud, art . 11, p. 404 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 130 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 20 *(Des rapports)*, 13, D. 37, 6 *(Du rapport des biens)*, 1 § 16 et sur D. 37, 7 *(Du rapport de la dot)*, 5 § 1.

Novelle XVIII, chap. 6 : Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 536 : *« Chapitre VI : Nous croyons aussi que cela est compris dans les biens. En effet, les premières lois voulant pour les rapports que, si, certes, sans testament, mouraient les parents, les rapports fussent faits selon leur vertu, mais que, s['ils mouraient] en ayant testé, ne disant rien de ceux-ci, il n'y avait pas lieu aux rapports, mais qu'ils avaient peut-être les biens par le biais de la dot ou donnés d'une autre façon et qu'ils défendaient ce qui avait été laissé ; nous ne consacrons pas du tout une telle opinion, mais, que quelqu'un soit mort intestat ou ayant testé (parce qu'il est déjà incertain que, peut-être, il soit oublieux des biens donnés ou, ayant été resserré à la faveur du bruit de la mort, il ne s'en soit pas rappelé) qu'en général, il y a des rapports et, à partir de là, une égalité, selon ce qui, autrefois, a été disposé, à moins qu'expressément, lui-même n'ait indiqué qu'il voulait que le rapport n'en soit pas fait, mais que l'a celui qui est contraint à partir de la loi, d'apporter ce qui a été déjà donné à partir du droit du testament, tout ce qui, d'abord, quant aux rapports, a été consacré par nous restant dans sa force ».*

[411] (Note de l'éditeur) Voir la Novelle CXV, cap. 3 dans l'avant-dernier passage ; Fachinæus, liv. VI, cap. 76 ; Clarus, § *testamentum*, quæst. 40 ; Michael Grass, *Receptæ sententiæ de succesione* …, § *testamentum*, quæst. 41.

Le long chapitre 3 de la Novelle CXV a déjà été proposé plus haut dans la note 387.

[412] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CXV, chap. 3. Voyez ci-devant les remarques dans la note 394.

[413] (Note de l'éditeur) Mais voyez contre cela ledit traité *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28 [*Des testaments contraires aux devoirs*], 19.

où tous les enfants sont redevables, ainsi, ledit héritage vient à l'église de la paroisse [414] ; XIV. dans le cas où un enfant de parents orthodoxes tombe dans une hérésie, c'est-à-dire, tombant dans une croyance erronée s'opposant à la parole de Dieu telle qu'elle est déclarée par les quatre conciles de Nicée, de Constantinople, d'Éphèse et de Calcédoine [415] ; cependant, il est entendu ainsi à l'égard des parents comme des enfants que les causes qui sont sans doute également importantes ou plus graves que celles ci-dessus nommées, donnent droit à une exhérédation [416].

[**Note de Willem Schorer**

Mais si les parents avaient etc. Ce que l'auteur enseigne ici quant à la jeune fille qui a dépassé l'âge de vingt-cinq ans est de façon plus certaine vrai quant au droit romain certain. Cependant, dans nos usages, cette distinction n'est pas observée, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note ; ainsi, pour que le père puisse déshériter sa fille d'un âge quelconque qui faute dans son corps, voir Brouwer, *De jure connubii*, lib. II, cap. 24, nb 34. Mais il est demandé si cela doit être entendu quant à la femme qui se prostitue publiquement dans un lupanar et qui aura exercé là le métier de courtisane ou si, de même, il faut le statuer si la fille, alors qu'elle n'a pas possédé le don de la continence, séduite avec des flatteries et des dons de quelque prétendant, faible, y succombe. Van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 4, nb 22, le nie. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 26, l'affirme. Cependant, la première sentence agrée plus et Carpzov, *Criminalis parctica*, part. II, quæst. 69, nb 65 à la fin, la défend. Mieux, dans la Cour de Saxe, la femme diminue la seule pudicité en forniquant, elle ne perd en aucune manière la succession, [dit] de même Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 21, defin. 7, nb 3. Du reste, pour que la femme soit appelée une courtisane, plusieurs actes de débauche sont requis, voir Antonella, *De tempore legali*, lib. II, cap. 84, nb 5. En outre, il signale, dans le nb 10, que les parents voluptueux ne déshéritent pas à bon droit une fille débauchée ; car personne ne peut faire de reproche sur un autre vice que ceux dont lui-même est en peine, comme un père mime ne peut pas déshériter le fils gladiateur ou qui suit des mimes et, dans le nb 9, il enseigne que l'exhérédation cesse si elle a voulu se marier à un homme honorable, pour ainsi se tenir à l'écart d'un déshonneur honteux.

Ce que l'auteur signale en outre quant à l'hérétique ne procède pas ainsi, du fait que déjà, dans la pacification de Gand, cela a été disposé, comme [le dit] Grotius lui-même ci-dessous dans le liv. II, chap. XXIV, § 20, notes 632 et 633. Après l'époque de l'auteur, les États de Hollande, le 4 mai 1655, et les États Généraux, le 15 octobre de la même année, ont établi qu'aux parents voués aux ordres sacrés, il ne serait pas permis de laisser moins aux enfants qui suivent les dogmes de la religion réformée que celui-ci, auquel la plus grande partie de la succession avait été donnée, aurait eue ; mais, si moins a été donné cela doit être suppléé à partir des biens des parents non encore partagés, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 25. Dans le cas contraire, dans l'électorat de Saxe, il a été disposé à un père de la Confession d'Augsbourg de déshériter un fils qui accédait aux ordres sacrés, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 14, defin. 10, nb 8, et *Illustres decisiones*, part. I, decis. 89, nb 4. Bijnkershoek a débrouillé plus longuement l'édit du 4 mai dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 2 en entier, et il examine si et dans quelle mesure les prêtres et ecclésiastiques pourront tester et il indique sur cela, l'époque différente dans

---

[414] (Note de l'éditeur) Voyez contre cela ledit traité *De legibus abrogatis* sur la Novelle CXV, cap. 3, dans la forme mise sous C. 1, 3 [*Des évêques et des clercs*], 49.

[415] (Note de l'éditeur) Voir C. 1, 1, 7 § 4 ; voyez Schultz, *Institutionum, De exheredatione, Liber*, lettre E, nb xiv.

Constitution de Justinien à Epiphane, le très saint et bienheureux archevêque de cette ville royale et patriarche œcuménique donnéen 533 : *«* (texte en grec) *4 - Certains infidèles en petit nombre et étrangers à la sainte église de Dieu, catholique et apostolique, ont osé contredire de façon juive ce qui, par tous les prêtres, à bon droit, est observé, approuvé et prêché, refusant que notre seigneur Jésus Christ [soit] le fils unique de Dieu et notre Dieu incarné, né du Saint Esprit et de la sainte glorieuse vierge Marie, génitrice de Dieu, [qu'il a été] fait homme, [a été] crucifié et qu'il est l'une [des personnes] de la sainte et consubstantielle Trinité, adoré et glorifié avec le père et le Saint Esprit, consubstantiel au père selon la divinité et consubstantiel à nous selon la chair souffrante humaine, lui-même impassible en divinité ».*

[416] (Note de Groenewegen) Voir Fachinæus, liv. VI, cap. 78 ; Clarus, § *testamentum*, quæst. 41, nb 2 ; Menochio, *De arbitrariorum judicium causis*, caus. 267, nb 6 ; Michael Grass, *Receptæ sententiæ de successione* …, § *testamentum*, quæst. 41, nb 2 et 3 ; Vinnen sur le début des *Institutes*, II, xviii, nb 2 ; Bronckhorst [est] en désaccord, cent. 3, assert. 26 ; Hunnius, *Resolutiones*, liv. II, tit. 5, quæst. 19.

laquelle la Cour de Hollande et la Cour Suprême l'ont jugé. Il est clair que la confection d'un testament leur a été totalement interdite dans le duché de Gueldre, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten*, § 16.]

§ 14. Dans ces pays, il est anciennement entendu qu'une fille, vers ses vingt ans se donnant elle-même en mariage en dehors du consentement du père ou de la mère, peut être déshéritée par ce même père ou cette même mère, ou être considérée comme morte [417].

[**Note de Willem Schorer sur la note 417 de Groenewegen van der Made**

L'exhérédation ne peut pas être faite d'une façon ordinaire en présence d'un notaire et de deux témoins, mais en présence de la cour du lieu ou des échevins qui, à partir de l'édit de Charles Quint, sont employés comme témoins. Mais en Gueldre, de même, à Zutphen, dans la loi provinciale, il est requis que le père aille trouver les États eux-mêmes, au moins la Cour, et en obtienne la faveur, voir Schomaker, *Consila et responsa juris*, part. I, cons. 54, nb 35, p. 544. La raison en est que l'exhérédation est la peine d'un délit qui précède ; déjà, dans le statut civil, il est interdit à quiconque d'infliger une peine, comme ci-dessus, liv. II, chap. III, §, sur la note 95, et il a été répondu que l'exhérédation, bien que juste, contraire à la forme prescrite dans les lois, ne subsistait pas, voir Schomaker dans ledit cons. 54, nb 33. Cependant, un tel testament ainsi fait est valide dans nos usages et ceux des autres, bien qu'il n'ait été fortifié par la souscription ni du testateur ni des témoins. , voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, II, x, § 3. Qu'en est-il si le père regrette l'exhérédation du fils de bonnes mœurs dans l'avenir ? Il est demandé si cela doit être révoqué de la même façon que cela a été fait, du fait que chacune des choses doit être dissoute de la même façon selon laquelle elle a été faite. Arent Lybrechts enseigne, dans *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 534, que cela peut être révoqué de la même façon, parce que l'exhérédation est odieuse, mais la révocation favorable, pourvu que la raison particulière de la révocation soit ajoutée et qu'il soit clair que le testateur qu'à partir d'une libre volonté, il l'avait ignorée vis-à-vis du déshérité. Cependant, cela a semblé autrement à Merlin, *De legitima*, lib. IV, tit. 1, quæst. 20, nb 20 et 21, parce que, dit-il, une réconciliation peut remettre l'injure, non l'exhérédation, et van Zutphen, au mot *Onterving* - "exhérédation", art. 13, p. 469, suit cette sentence, comme aussi Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 128, nb 7, p. 237, souhaite une révocation solennelle. Mais, quand le père n'a pas connu la faute du fils, de nouveau, il ne peut pas le déshériter, voir l'illustre Decker van Walhorn, *Dissertationes et decisiones posthumæ*, dissert. 23, nb 16, p. 277. En outre, il faut relever qu'à côté des quatorze causes d'exhérédation prescrites par Justinien dans la novelle CXV, cap. 3, une autre est en vigueur dans le droit de la province de Zélande, à savoir si une fille mineure de 20 ans, sans employer le consentement des parents, s'est mariée à un homme, voir la *Keure* de Zélande, chap. 2, art. 25, comme, quant à l'ancien droit de Hollande, le signale ici l'auteur, ce qui a aussi été étendu dans la Belgique autrichienne aux mineurs des deux sexes, voir *Précis du droit Belgique*, p. 144. Et cela a été disposé dans le privilège accordé au gens de Zirikzee par le comte Willem : si la fille mariée, mais de 15 ans, ou non encore née s'est enfuie de chez ses parents pour qu'elle ait été, pour cette raison, exclue de la succession des parents, à moins que les parents n'aient expressément institué la fille.

Du reste, il faut observer sur cette matière que l'exhérédation du fils qui décède avant la mort des parents ne porte pas préjudice au petit-fils qui réclame la possession des biens à l'encontre le testament du grand-père, voir Brunemann, sur D. 37, 4 *(De la possession des biens à l'encontre des tablettes [testamentaires])*, 3 § 5. Mieux, bien que le déshérité ait survécu à son père, cependant, pour tout dire, contre le gré de l'équité, le petit-fils est puni : il succède de son propre chef, dans ce cas, et ainsi l'a plus souvent jugé la Cour de Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 144.]

[§ 14a. Une femme qui se remarie doit laisser à ses enfants du premier lit tout ce qu'elle areçu de son premier mari par une libéralité.

[417] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla de liberorum exheredatione*, nb 5 ; Goudelin, *De jure novissimo*, livre II, cap. 8 ; *Keuren* de Zélande, cap. 2, art. 25. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28, 19 à la fin, et les juristes cités là.

§ 14b. Un homme ou une femme qui se remarie doit laisser aux enfants du premier lit tout ce qu'il ou elle a reçu sans charge de certains de ces enfants] [418]

§ 15. Pour ce qui concerne les parents, ceux-ci ne DOIVENT pas toujours être reconnus [comme héritiers] par une dernière volonté, mais [il en est] ainsi seulement quand ils auraient été autrement héritiers *ab intestat* selon le droit du pays [419] ; il sera parlé de cela ci-après.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCVIII. Parce que la plainte [de testament contraire aux devoirs] cesse, ce parent ayant été laissé de côté qui, à partir de la loi du lieu, ne peut pas succéder ab intestat, la raison du droit enseigne que la légitime ne lui est aussi pas due ; à cela, il est conséquent que qu'au parent qui succède selon le nouveau loi de l'Azing avec ses frères ab intestat, bien que les frères aient été aussi laissés de côté par le testateur, au titre de la légitime, seule le sixième, non le tiers, sera dû. Cependant, cela a varié dans les réponses des jurisconsultes et les sentences des juges, voir Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, decis. 85, et dans la préface, p. 15 et suivante.]

[127] § 16. Et cependant, encore pas, dans le cas où certaines des causes suivantes reconnues par les lois romaines [420]sont exprimées dans la dernière volonté et trouvées par la suite vraies. I. Dans le cas où les parents ont accusé leur enfants d'un crime capital, en dehors d'un crime concernant la haute trahison. II. Dans le cas où, par du poison ou d'autres moyens, ils ont attenté à la vie de leurs enfants. III. Dans le cas où le père a eu des rapports avec la femme ou la concubine de son fils. IV. Dans le cas où les parents ont empêché avec une contrainte leurs enfants de faire une dernière volonté. V. Dans le cas où l'un des parents a intenté à la vie de l'autre ou a cherché à aliéner son entendement avec du poison. VI. Dans le cas où les parents, une de leur enfants étant pris de furie, l'ont négligé. VII. Dans le cas où les parents, les enfants étant capturés par les ennemis, n'ont pas tenté de les délivrer selon leurs moyens ; dans un tel cas aussi, contre les parents, tout ce qui a été dit ci-dessus contre les enfants a lieu. VIII. Dans le cas où un père ou une mère d'enfants orthodoxes tombe dans une hérésie, tel que cela est dit ci-dessus.

[**Note de Willem Schorer**

Dans le cas où le père etc. Nous avons déjà réfuté cette doctrine de l'auteur sur l'hérésie dans le § précédent.]

§ 17. Concernant les FRÈRES et les SŒURS, lesquels étant capables, selon le droit du pays, d'hériter et étant déshérités ou laissés de côté par leur frère ou leur sœur germain ou utérin, n'ont aucun droit de se plaindre, à moins qu'un homme infâme ne soit institué héritier [421], et ils doivent intenter cette action dans les cinq ans sous peine d'être privés de leur droit [422], sans que l'affaire ait été commencée par le défunt [423].

---

[418] (Note du traducteur) Ces deux paragraphes complémentaires ont été rajoutés par le manuscrit de Lund.

[419] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 10, nb 24 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28 *(Des testaments contraires aux devoirs)*, 24.

[420] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CXV, chap. 4.

Ce chapitre a été présenté ci-dessus dans la note 388.

[421] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 27. Voyez en outre Fachinæus, liv. IV, cap. 93 ; Clarus, § *testamentum*, quæst. 50.

Constitution de Constantin adressée à Lucrius Verinus donnée en 319 : *« Les frères et les sœurs utérins, de l'action relative à un testament contraire aux devoirs, contre le testament du frère ou de la sœur, seront totalement éloignés ; mais les consanguins, durant ou non l'agnation, contre le testament du frère ou de la sœur, quant à un testament contraire aux devoirs, peuvent soulever la question, si les héritiers inscrits sont éclaboussés d'une infamie, de honte ou d'une légère marque ou si les affranchis qui, les méritant faussement et pas bien et avec les plus grands avantages de leurs patrons, institués, l'ont obtenu, à l'exception de l'esclave inscrit comme héritier nécessaire ».*

[422] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 34 à la fin et 36 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28 *(Des testaments contraires aux devoirs)*, 16.

§ 18. On doit examiner d'abord COMMENT ON SERA INSTITUÉ HÉRITIER EN GÉNÉRAL et en outre, SELON SES DISTINCTIONS.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« (…) et il jouit de notre bénéfice, l'ayant négligé par une longue durée, mais remis en vigueur par nous, à moins que le père encore survivant n'ait repoussé la plainte ou ne l'ait tue pendant cinq ans, à savoir après l'acceptation de la succession ».*

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *Nous savons avoir fait auparavant une constitution dans laquelle il a été disposé que, si un père a laissé une moindre portion que celle due à son fils, par tout moyen, quoique ne soit pas ajouté qu'au jugement d'un homme de bien, elle est complétée pour le fils, cependant, avec le même droit, ce complément est présent. 1 - C'est pourquoi il était demandé, si quelqu'un avait reconnu avoir donné un bien entre vifs ou à cause de mort, ou laissé dans un testament, et pour sa part, l'avait eu, qu'en suite, ce même bien avait été évincé ou totalité ou en partie, si devrait, à partir de notre constitution, être complétée la part légale après l'éviction ; ou, quand, à partir de la Loi Falcidia, sont amoindris les legs, les fidéicommis ou les donations à causes de mort , cependant, un supplément doit être dans ce cas introduit, de sorte que, tandis que l'héritier s'efforce de recevoir toute [la quarte] Falicidie, il ne perde pas aussi tout l'avantage de la succession. 1a - C'est pourquoi nous consacrons que, dans tous ces cas, que l'éviction se soit ensuivie en totalité ou en partie, le défaut est corrigé, qu'un autre bien ou de l'argent est rendu ou qu'un complément est fait, nulle [quarte] Falcidie n'intervenant, afin que, que, dès le début, moins ait été laissé ou que, de l'extérieur, la cause quelconque qui intervient impose quelque incommodité en quantité ou en temps, cela est complété par tous moyens et notre aide pure est portée aux fils. 1b - Que le complément est aussi fait à partir de la richesse même du père, non si, à partir d'autres causes, le fils a profité de quelque chose, à partir d'une substitution ou d'un droit d'accession, par exemple un usufruit ; le fait est que nous consacrons qu'à raison de l'humanité, certes, il acquiert tout cela comme selon un droit adventice, mais que le complément est fait à partir des biens de la richesse. 1c - Lorsque quelqu'un a disposé, un héritier étranger ayant été institué, qu'à son fils, ce dernier rende sa succession quand il mourra, ou, durant un certain temps, a différé la restitution, parce que notre constitution qui a été promulguée antérieurement* (cf. C. 3, 28, 31) *a pensé que tout report et tout retard devaient être supprimés pour que le quart pur soit bientôt rendu au fils, dans une espèce de cette sorte, on doutait de ce qui devrait être fait. 1d - C'est pourquoi nous consacrons, certes, que la restitution du quart est déjà maintenant faite sans attendre la mort de l'héritier ni l'intervalle du temps, mais que le reliquat qui reste après la part légale, est alors rendu, quand le testateur l'a disposé. 1e - Le fait est qu'ainsi, le fils aura toute sa part que les lois et notre constitution ont déterminée et l'héritier inscrit ressentira l'avantage que lui a laissé le testateur avec un gouvernail légal. 2 - En outre, nous consacrons cela, pour que les délais de la plainte quant au testament contraire aux devoirs, depuis l'acceptation de la succession, selon l'opinion d'Ulpien, courent, la sentence d'Herennius Modestinus ayant été refusée qui, depuis la mort du testateur, donnait tout de suite ce cours aux délais de la plainte quant au testament contraire aux devoirs, afin qu'il ne soit pas permis à l'héritier de l'accepter quand il l'aura voulu et que, par le biais d'une voie de cette sorte, de nouveau, le fils ne soit pas frustré d'une dette naturelle. 2a - C'est pourquoi nous consacrons que, quand le testateur est mort, un autre héritier ayant été inscrit, et qu'est espérée une plainte quant au testament contraire aux devoirs, l'héritier inscrit en a la nécessité, si, certes, il est présent, demeurant dans cette même province, dans l'espace de six mois, mais si au contraire, les deux parties demeurent dans des provinces différentes, alors, dans l'espace seulement d'un an, de la même façon à compter de façon continue depuis la mort du testateur, par tout moyen, d'accepter une succession de cette sorte ou de manifester sa sentence [disant] qu'il ne perd pas la succession ; le fait est que le traitement mis en ordre ainsi est conduit pour le fils à soulever la plainte rappelée ; mais, si au contraire, l'héritier inscrit n'a pas accepté dans les délais fixés, certes, par le biais de l'office du juge, l'héritier inscrit est contraint de le faire. 2b - Cependant, dans le temps intermédiaire, c'est-à-dire depuis la mort, certes, du testateur, avant l'acceptation de la succession, quoique soit mort le fils, il transmettra une plainte de cette sorte, bien qu'il ne se soit pas préparé, à sa descendance, mais alors seulement, aux héritiers étrangers, quand il fera la préparation mise dans les livres anciens ».*

[423] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 36 à la fin et C. 3, 28, 34.

Le premier texte est déjà cité dans la note précédente. Reste le second, dont seule, la fin avait été proposée : Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si quelqu'un a déshérité son fils en inscrivant un autre héritier, mais qu'il a laissé, [né] de celui-ci, un petit-fils vivant ou établi dans le ventre de sa bru, mais l'héritier inscrit délibérant, que le fils est mort, aucune réclamation de succession n'ayant été établie ou préparée au titre d'un testament contraire aux devoirs, il laisse tout le secours au petit-fils. En effet, le père, au petit-fils ne laisse pas quelque droit, quand il meurt contre le testament de son père, parce que, par la suite, la succession a été, par l'héritier étranger, acceptée et qu'au grand-père, a survécu le père de ce dernier, de sorte qu'à partir de la Loi Velleia, il pourra succéder à la place de son père et annuler le testament. 1 - Mais nous qui pensons que tous nos sujets ont des fils et des petits-fils dans leur affection et imitation paternelles, selon ce qui est possible, pourvoyant à l'avantage de tous, nous ordonnons que, dans une telle espèce, les droits, que le fils avait, au petit-fils, seront accordés et, à moins que la préparation n'ait été faite pour intenter une plainte quant au testament contraire aux devoirs, cependant, le petit-fils peut exposer cette même cause ; et, si l'héritier, avec les preuves les plus claires que le père du petit-fils était ingrat pour le testament, le testament étant supprimé, celui-ci est appelé ab intestat, à moins qu'une quantité certaine, au père de celui-ci, moindre que la part légale, n'ait été laissée ; le fait est qu'alors, selon la nouvelle constitution de notre divinité, le complément du quart, pour le petit-fils, subsiste, si, par quelque moyen, à son père, il se présentait ; et il jouit de notre bénéfice, l'ayant négligé par une longue durée, mais remis en vigueur par nous, à moins que le père encore survivant n'ait repoussé la plainte ou ne l'ait tue pendant cinq ans, à savoir après l'acceptation de la succession ».*

§ 19. EN GÉNÉRAL, il est utile de savoir qu'elle peut se produire au commencement, au milieu et à **[128]** la fin de la dernière volonté [424], que les héritiers peuvent être plus institués pour des parts semblables ou différentes. Elle peut aussi se faire de façon absolue ou sous condition [425] qu'elle soit casuelle ou [potestative] au pouvoir de l'héritier en totalité ou en partie [426], sans qu'aussi on n'ait été sévèrement attentif aux mots avec lesquels l'héritier est institué [427] et, s'il est nommé ou autrement reconnu [428].

[***Theses selectæ*** **de Dionsus Godefried van der Keessel**

CCCIX. L'héritier seul institué pour partie succède à la faveurt de cette partie, la part restante app^rtindra aux héritiers ab intestat ;appelé à un bien certain, il sera tenu à la placed'un légataire, la raison de notre droit le demandant ainsi, règle qu'a soumis D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 7 et à laquelle, dans un cas postérieur, C. 6, 24 *(De l'institution des héritiers et ceux qui ne peuvent pas être institués)*, 13.]

§ 20. D'après les lois romaines [429], celui qui est institué héritier sous une condition impossible, dans le cas où il touche le ciel ou boit la mer, est tenu pour héritier avec la mise de

---

[424] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 34.

« § 34. Avant l'institution de l'héritier, auparavant, inutilement, on léguait, à savoir parce que les testaments reçoivent leur force de l'institution des héritiers et qu'à raison de cela, comme le point principal et le fondement de tout le testament, est entendue l'institution de l'héritier. Avec une égale raison, une liberté ne pouvait pas, avant l'institution de l'héritier, être donnée. Mais, parce que nous pensons qu'il est brutal de suivre, certes, l'ordre de l'écrit (ce qui était considéré, dans l'antiquité elle-même) devoir être critiqué, et que soit écartée la volonté du testateur ; par notre constitution (cf. C. 6, 23, 24)*, nous avons corrigé ce défaut, afin qu'il soit permis, avant l'institution de l'héritier et parmi les institutions des héritiers, de laisser un legs et beaucoup plus, une liberté, dont l'usage est plus favorable ».*

[425] Voir tout le titre de D. 28, 7 *(Des conditions des institutions).*

Ce titre comporte en tout 28 extraits.

[426] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xiv, § 6.

« § 6. Si plusieurs héritiers sont institués, ainsi seulement, la répartition des parts est nécessaire, si le testateur ne veut pas que ceux-ci, pour des parts égales, soient héritiers ; en effet, il est suffisamment clair qu'aucune part n'étant nommée, pour des parts égales, ceux-ci sont héritiers. Des parts ayant été indiquées pour certaines personnes, si quelqu'un d'autre, sans part, a été nommé, si certes, quelque part de la totalité manque, pour cette part, il devient héritier ; et, si plusieurs, sans part, ont été inscrits, tous concourent à une même part. Mais, si la totalité des parts a été remplie, sur la moitié, celui-ci est appelé et tous les autres sur l'autre moitié. Il n'importe pas [de savoir] si, le premier, au milieu ou à la fin, sans part, il aura été inscrit ; en effet, est entendue donnée cette part qui est vacante ».

[427] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 15.

Constitution de Constantin adressée au peuple et donnée en 339 : *« Parce qu'il est indigne qu'à raison d'une observation vaine, les tablettes [testamentaires] et les jugements des morts soient annulés, on a décidé qu'étant ôtés ceux dont l'usage est imaginaire, à l'institution d'héritier, l'observation des termes n'est pas nécessaire [pour savoir] si, en termes impératifs et directs ou infléchis, elles est faite. 1 - En effet, il n'importe pas [de savoir] s'il est dit "je fais héritier", "j'institue héritier", "je veux", "je demande", "je souhaite", "qu'il soit" ou "il sera", mais, faite avec n'importe quelles phrases, formée avec n'importe quelle façon de parler, l'institution sera valide, pour vu que, par celle-ci, soit claire l'intention de la volonté, l'importance des termes ne sera pas nécessaire que, peut-être, la langue d'un demi-mort et balbutiante a épanchés. 2 - Et, dans la mise en ordre des derniers jugements, en conséquence, la nécessité des discours solennels sera supprimée, afin que ceux qui désirent régler leurs propres richesses, sur n'importe quelle matière d'instrument, l'écrivent et en termes quelconques, comme ils en auront la libre possibilité ».*

[428] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 34 ; *Institutes de Justinien*, II, xx, § 29 ; C. 6, 23, 4.

Extrait du livre XI des *Institutes* de Florentinus : *« Nommément, à quelqu'un, un legs est ainsi fait "à Lucius Titius", [savoir] si [c'est] par le biais de l'indication du corps, du métier, de l'office, de la nécessité ou de la parenté n'importe en rien ; car l'indication, en général, à la place du nom, s'en acquitte. Et il n'importe pas [de savoir] si elle sera fausse ou vraie, s'il est certain [de savoir] qui le testateur a indiqué. 1 - Entre une indication et une condition, il y a cette différence que l'indication, en général, montre une chose réalisée, la condition, une chose future ».*

« § 29. Si, sur le nom, le surnom et le nom, le testateur s'est trompé, si, quant à la personne, cela est clair, le legs n'est pas moins valide ; de même, pour les héritiers, on l'observe et à bon droit ; en effet, les noms ont été trouvés pour désigner les hommes dont il n'est en rien d'intérêt, si, de n'importe quelle façon, ils sont entendus ».

Constitution de Gordien adressée à Rufinus donnée en 239 : *« Si, sur le prénom ou le surnom, le testateur s'est trompé et que, cependant, il n'est pas incertain [de savoir] quant auquel il a pensé, une erreur de cette sorte ne fait pas obstacle à la vérité »*

[429] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xiv, § 10 ; D. 28,7, 1.

« § 10. La condition impossible, dans les institutions, les legs, aussi, les fidéicommis et les libertés, pour non écrite, est tenue ».

côté de ladite condition, mais puisque chez nous, la dernière volonté est interprétée d'après la signification la plus vraisemblable, ainsi, il semble qu'une telle institution soit tenue avant tout pour une plaisanterie et comme non-dite ou non-écrite, comme les Romains ont aussi entendu une telle chose dans toutes les autres causes en dehors de la dernière volonté [430].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 429 et 430 de Groenewegen van der Made**
Voet n'est pas d'accord et pense que, si le testateur a ajouté dans le testament des conditions impossibles par leur nature, de la même façon, elles sont tenues pour non écrites, comme s'il en avait ajouté des honteuses, voir *Commentarius ad Pandecats*, lib. 28, tit. 7, nb 16.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCX. La raison avec laquelle cela avait été reçu chez les Romains et la règle [posée] dans la thèse XVII enseignent que les conditions légalement impossibles ou par nature ou de fait ne doivent pas être tenues pour ajoutées aux dernières volontés.]

§ 21. Semblablement, par les lois romaines, quelqu'un ayant été institué héritier depuis telle date ou jusqu'à telle date était tenu [comme tel] comme si, sans indication de date, il était institué héritier [431], pour une certaine subtilité, par cela, ils veulent dire que personne ne pouvait pour une part mourir avec une dernière volonté et pour une part, sans dernière volonté [432] et parce que l'un qui était héritier ne pouvait pas cesser d'être héritier [433] ; mais, comme l'équité leur a enseigné de rejeter de telles subtilités **[129]** dans le testament des soldats [434], ainsi, une telle chose était chez nous aussi jugée équitable à l'égard des autres personnes [435]

Extrait du livre V d'Ulpien : *« Sous une condition impossible ou avec une autre erreur, on décide que l'institution faite n'est pas viciée ».*

430 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix, § 11 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 11 des *Institutes*, III, xix.

« § 11. Si une condition impossible, aux obligations, est ajoutée, n'est en rien valide la stipulation. Mais, comme impossible, est tenue la condition à laquelle la nature vient en empêchement, l'empêchant d'exister, comme si quelqu'un a ainsi dit : "Si, avec le doigt, je touche le ciel, promets-tu de donner ?". Mais, si on stipule ainsi "si avec le doigt, je n'ai pas touché le ciel, promets-tu de donner ?", comme purement et simplement faite, l'obligation est entendue et c'est pourquoi il peut immédiatement réclamer ».

431 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xiv, § 9.

« § 9. Un héritier peut, purement et simplement ou sous condition, être institué, à partir d'une certaine date ou jusqu'à une certaine date, il ne le peut pas comme "cinq ans après que je serai mort" ou "à partir de ces calendes", ou "jusqu'à ces calendes, sois mon héritier" ; on décide que la date ajoutée est tenue pour inutile et qu'il est [héritier] de la même manière que si, purement et simplement, il avait été institué héritier ».

432 (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 7 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 3 aux mots *beroerende het tweede.*
Extrait du livre III de Pomponius : *« Notre droit ne souffre pas qu'une même personne chez les civils soit morte en ayant testé et sans testament ; naturellement, il y a un conflit de ces mêmes choses entre elles : avoir testé et être intestat ».*

433 (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 5, 89 et D. 4, 4, 7 § 10.

Extrait du livre unique *Des cas* de Gaius : *« A celui qui n'est pas solvable, avec quelque accident, il arrive qu'un esclave, avec sa liberté, soit héritier et qu'en outre, un autre héritier soit ajouté ; comme si, l'esclave, avec sa liberté, comme héritier, ayant été institué, ainsi, il a été ajouté : "si, pour moi, Stichus est héritier, alors, que Titius aussi soit héritier" ; car Titius, avant que Stichus, à partir du testament, comme héritier, se soit présenté, ne peut pas être héritier, mais, lorsqu'une bonne fois, comme héritier, s'est présenté l'esclave, celui qui a été ajouté ne peut faire en sorte que celui qui, une bonne fois, comme héritier, se présente, cesse d'être héritier ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - Mais, [quant à] ce que Papinien, dans le livre II de ses Réponses, dit que, pour le mineur, l'esclave substitué sera [comme un héritier] nécessaire, certes, le mineur refusant la succession nécessaire, si le mineur a été remis dans son état initial, il n'en reste pas moins libre ; mais, si, d'abord, le mineur a accepté la succession, que, bientôt, il s'en est tenu à l'écart, l'esclave substitué, pour le pupille, avec sa liberté, ne peut être un héritier ni être libre ; à travers tout, cela n'est pas vrai. Car, si n'est pas solvable la succession, l'héritier s'en tenant à l'écart, le divin [Antonin] le Pieux et notre empereur ont dit dans un rescrit que, certes, pour un pupille extérieur, il n'y aura pas lieu à un substitué [comme héritier] nécessaire. Et, parce qu'il dit qu'il demeure libre, il est comme s'il ne demeure pas un héritier, du fait que le pupille obtient la remise en son état initial, après qu'il s'en est tenu écarté ; du fait, en effet, que le pupille ne devient pas héritier, mais qu'il a les actions utiles, sans aucun doute, restera héritier celui qui, une bonne fois, aura les actions ».*

434 (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 1, 37.

qui ne sont pas parfois plus subtiles que les soldats ; et pour cela, on doit entendre dans de tels cas que, dans le premier cas, jusqu'à la date où l'héritier qui est appelé ab intestat doit tenir les biens et alors, le transmettre et que, dans le second cas, l'institué héritier, la date étant arrivée, doit transmettre la succession à l'héritier qui y était appelé ab intestat [436].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXI. Ayant été institué à partir d'un certain temps, on ne devient pas héritier avant ce temps et, dans l'intervalle, l'héritier sera légal. Semblablement, l'héritier inscrit pour un temps cesse de l'être par la suite et il aura sur cette succession le successeur que le testateur a substitué directement (à l'exemple d'une substitution militaire) ou par le biais d'un fidéicommis, ou celui-ci ayant fait défaut, l'héritier légal du défunt.]

§ 22. Les relations ou les apparentés, ou les héritiers consanguins nommés par la dernière volonté sont entendus être signifiés par une telle suite, comme ils hériteraient selon le droit du pays des places, à moins que certaines indications remarquables d'une autre volonté n'existassent [437].

[**Note de Willem Schorer sur la note 437 de Groenewegen van der Made**

Il est demandé, quand le testateur, avec le terme général dont use l'auteur, a appelé les proches ou ceux qui sont liés par le sang, si tous ceux-ci et seuls seront considérés avoir été appelés que la loi du lieu dans lequel le testateur favorise le domicile et déclare les héritiers ab intestat, ou plus, pour quelle quantité sur les seuls biens meubles ou sur les immeubles, ceux-ci seront appelés ab intestat selon la loi du lieu où les immeubles sont situés. Rodenburg, *De jure, quod oritur e statutorum diversitate*, cap. 4, nb 4, p. 140, suit la seconde opinion et Sande rappelle, *Decisiones Frisicæ*, lib. IV, tit. 8, defin. 7 à la fin, que cela a été ainsi jugé dans le dernier jugement de révision à Utrecht. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 5, nb 16, n'est pas d'accord et ne l'émeut pas le fait que les lois du domicile du testateur ne puissent pas étendre leurs forces aux immeubles situés autre part, du fait qu'il n'est pas moins vrai (pourvu que les statuts du lieu dans lequel les immeubles sont situés, permettent la confection d'un testament) que la volonté du testateur regarde tous les biens de celui-ci, bien que, dans un autre, ils soient régis selon la loi de la succession ab intestat.]

*

Chapitre XIX
De l'institution directe

Extrait du livre VII des *Questions* de Paul : *« Si, deux héritiers ayant été inscrits par un soldat affranchi, l'un a laissé de côté la succession, à la faveur de cette part, le défunt est considéré être mort intestat, parce qu'un soldat peut pour partie tester et se présente à son patron, ab intestat, la possession des biens intestat, si ce n'est si cette volonté du défunt avait été prouvée, [à savoir] que, l'un l'ayant laissée de côté, il veuille qu'à l'autre, toute la succession revienne ».*

[435] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur le § 5 des *Institutes*, II, xiv.

[436] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* dans ledit endroit ; voyez en outre ci-après le chap. XXIII, § 5, note 574.

[437] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 69 § 3 et là, les docteurs ; Clarus, § *testamentum*, quæst. 76, nb 13.

Extrait du livre XIX des *Questions* de Papinien : *« 3 - A son frère institué héritier, [le testateur] demande que la maison ne soit pas vendue, mais que, dans la famille, elle soit laissée. Si l'héritier n'a pas obéi à la volonté, mais a vendu la maison ou qu'un étranger ayant été institué héritier, il est mort, réclameront le fidéicommis tous ceux qui, dans la famille, se trouvaient. Qu'en est-il donc, s'ils ne sont pas du même degré ? La chose doit être tempérée d'une façon telle que le plus proche est considéré comme convié en premier lieu. Cependant, pour cela, la cause des suivants, à raison des premiers, ne doit pas être lésée pour l'avenir, mais ainsi, le plus proche doit être reçu, s'il s'est préparé à garantir qu'à la famille, il rendra la maison. S'il n'y a pas eu de garantie par celui qui, en premier lieu, a été reçu, certes, à ce titre, ne naîtra aucune condiction, mais, si la maison est, à un moment, à un étranger, arrivée, la réclamation du fidéicommis, à la famille, se présente. Mais, à raison de l'exception de dol, je pense que, de façon juste, la garantie est souhaitée, bien que personne d'autre de la famille à la suite n'ait survécu ».*

§ 1. Mais, cela n'étant pas suffisant de savoir [ce qu'est l'institution d'héritier] en général, voyons aussi comment l'institution est bien faite SELON SES DISTINCTIONS ; nous avons aussi dit ci-dessus que celle-ci était DIRECTE ou INDIRECTE [ou FIDÉICOMMISSAIRE], puisque les deux peuvent se présenter dans une dernière volonté parfaite, bien que la première soit nécessaire pour la perfection, la seconde, non.

§ 2. L'INSTITUTION DIRECTE peut être faite avec une institution ou une substitution [438] ;

§ 3. Avec une institution, comme lorsque l'on dit : *Que Jan soit mon héritier.*

§ 4. Avec une substitution, comme lorsque l'on dit : *Que Jan soit* **[130]** *mon héritier et, dans le cas où Jan n'est pas mon héritier, que Pieter soit mon héritier.* Si l'on veut aussi, en outre : *Dans le cas où Pieter n'est pas mon héritier, que Klaes soit mon héritier* et ainsi de suite autant que l'on veut, aussi bien parmi des relations que parmi des apparentés.

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur enseigne ici que la substitution est à bon droit faite à l'infini, ce qui est très vrai dans le droit commun ; cependant, dans l'édit perpétuel [de 1611], elle a été interdite au-delà de la troisième perspnne, celle-ci ayant été incluse dans l'institution.]

§ 5. Ces mots *dans le cas où il n'est pas héritier* ont leur effet, qu'il meure avant le testateur, qu'il ne puisse recevoir aucune succession selon les lois ou qu'il repousse la succession [439].

§ 6. Et on peut non seulement instituer aussi une personne sous une personne, mais aussi une personne sous deux personnes : *Que Harmen et Robbert soient mes héritiers. Dans le cas où Harmen et Robbert ne sont pas héritiers, que Bernard soit mon héritier* ; ou deux personnes sous une : *Que Lodewyk soit mon héritier, dans le cas où Lodewyk n'est pas mon héritier que Diederik et Willem soient mes héritiers* ; ou chacun sous chacun, comme *Que Frederik et Karel soient mes héritiers, dans le cas où Frederik n'est pas mon héritier, que Leonard soit mon héritier ; dans le cas où Karel n'est pas mon héritier, qu'Hendrik soit mon héritier* ; ou deux personnes sous réciprocité, comme *Qu'Alard et Frans soient mes héritiers, dans le cas où Alard n'est pas mon héritier, que Frans soit mon héritier ; dans le cas où Frans n'est pas mon héritier, qu'Alard soit mon héritier* [440].

§ 7. Dans le cas où, dans les substitutions suivantes, aucune part n'est nommée, ainsi, les parts sont entendues être reprises qui, dans l'institution, étaient exprimées [441].

---

[438] (Note du traducteur) C'est Grotius qui propose dans la marge cette interprétation par les expressions latines correspondantes. Le texte néerlandais dit *met een lidt, ofte met meerder leden* que l'on traduit *verbatim* ainsi "avec un membre ou avec plus de membres"

[439] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii, § 2.

« § 2. Avec un testament aussi postérieur qui, légalement, est parfait, le premier est rompu. Il n'importe pas [de savoir] s'il y aura quelque héritier à partir de celui-ci ou s'il n'y en aura pas eu un ; en effet, il est seulement regardé si, dans quelque cas, il pourra y en avoir. C'est pourquoi, si quelqu'un n'a pas voulu être héritier, que, du vivant du testateur ou après la mort de ce dernier, avant qu'il accepte la succession, il est mort ou que la condition sous laquelle l'héritier a été institué a fait défaut, dans ces cas, le père de famille est mort intestat ; car le premier testament rompu par le second n'est pas valide et le second, également, n'a aucune force lorsqu'à partir de lui, personne n'est héritier ».

[440] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 6, 36 § 1.

Extrait du livre IV des *Institutes* de Marcianus : *« 1 - Et plusieurs, à la place d'un seul, peuvent être substitués, ou un seul à la place de plusieurs, à chacun, chacun ou réciproquement, ceux-là mêmes qui ont été institués héritiers ».*

[441] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 113 § 2 ; D. 30, 30 § 7, *Institutes de Justinien*, II, xv, § 2. En argument D. 45, 1, 134 § 1.

Extrait du livre VII des *Institutes* de Marcianus : *« 2 - Si quelqu'un, à la charge de Primus, l'héritier, a légué cent à quelqu'un, au même, à la charge de Secundus, deux cents et que, par la suite, de façon générale, il a réclamé les legs, il est considéré avoir réclamé trois cents ».*

Extrait du livre XIX d'Ulpien : *« 7 - Gallus Aquilius, Ofilius, Trebatius ont répondu que cette clause s'étendait non seulement aux seuls legs qui précèdent, mais aussi à tous ceux qui ont été inscrits dans le testament, et cela est vrai ».*

« § 2. Et, si, pour des parts différentes, il a réciproquement substitué les héritiers inscrits et qu'il n'a fait nulle mention des parts dans la substitution, on considère qu'il a donné ces parts dans la substitution que, dans l'institution, il avait indiquées ; et, ainsi, le divin Antonin le Pieux l'a-t-il dit dans un rescrit (cf. C. 6, 26, 1) *».*

§ 8. Ainsi, je disais *Que Lambert et Gillis, chacun pour la moitié, soient mes héritiers, dans le cas où Lambert n'est pas mon héritier, que le ci-devant dit Gillis soit mon héritier et dans le cas où Gillis n'est pas mon héritier, que Roelof soit mon héritier* ; et il arriva que ni Lambert ni Gillis ne puissent pas ou ne veuillent pas être héritiers, ainsi Roelof sera héritier sur la totalité [442].

[131] § 9. Nous avons dit ci-dessus que les substitutions pupillaires que les pères avaient l'habitude de faire à raison de leurs jeunes enfants, ou aussi à raison de leurs enfants insensés, comme naissant de la puissance particulière des pères romains n'a pas lieu dans ces pays [443].

[**Note de Willem Schorer sur la note 443 de Groenewegen van der Made**

La substitution pupillaire, dans la mesure où elle a pour fondement la puissance paternelle, ne peut pas avoir plus de force. De là, il s'ensuit que le père ne substitue pas à bon droit à son fils impubère, à moins que, sur les biens venant du père lui-même qui substitue, elle ne soit soutenue au regard de ceux-ci avec le droit d'un fidéicommis universel, ainsi, pour que le substitué déduise la légitime et la Trébellianique. Nous verrons dans le chapitre suivant, §§ 9 et 10, sur les notes 462, 463 et 464, si la déduction de cette Trébellianique conviendra à l'équité. Cependant, cette limitation ayant été employée, mieux, personne ne doute que la mère et n'importe quel étranger pourront substituer ; ce qui triomphe aussi dans une substitution quasi-pupillaire, mieux, est étendu aux muets, aux sourds, aux prodigues et aux fous.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXII. Bien que la substitution pupillaire ne puisse pas être permise à partir de la raison de notre droit §voir thèse CVI), cependant, rien n'empêche que la substitution quasi-pupillaire soit permise, comme l'a décidé aussi la Cour Suprême le 27 juillet 1737, voir chez Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 311.]

*

Chapitre XX
De l'institution indirecte [ou fidéicommissaire] [444]

§ 1. L'INSTITUTION INDIRECTE [ou FIDÉICOMMISSAIRE] est tenue se produire, que l'héritier directement institué soit chargé de transmettre la succession ou qu'il en soit prié et requis avec des termes honorables ; car, toutefois, la volonté doit être exécutée [445], à savoir dans le cas où l'héritier fidéicommissaire souhaite une telle chose.

Extrait du livre XV des *Réponses* de Paul : *« 1 - [Paul] répondit de même : en général, ce qui est conçu qu'avec des propos préliminaires, on a convenu, on croit aussi que, dans les stipulations, cela a été répété, cependant, d'une façon telle qu'à partir de cette répétition, la stipulation ne soit pas rendue invalide ».*

[442] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xv, § 4.

« § 4. Si quelqu'un a inscrit comme héritier l'esclave d'autrui le jugeant père de famille et s'il n'est pas héritier, lui a substitué Mævius et que cet esclave, sur l'ordre de son maître, a accepté la succession, Mævius, sur une partie, est reçu. C'est termes "s'il n'est pas mon héritier", pour celui que le testateur sait, au droit d'autrui, avoir été soumis, sont ainsi reçus : si lui-même n'est pas héritier et qu'il n'a pas fait héritier un autre ; mais pour celui qu'il pense être un père de famille, ils signifient cela : si n'a pas acquis pour lui ou pour celui au droit duquel, par la suite, il a commencé à être soumis. Et cela, l'empereur Tibère, pour la personne de son esclave Parthenius, l'a établi dans une constitution (cf. D. 28, 5, 42) *».*

[443] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xvi *(De la substitution pupillaire).* Cela est différent des lois romaines, voir tout ce titre xvi des *Institutes,* II.

[444] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre xxiii *(Des successions fidéicommissaires)* des *Institutes*, II, et C. 6, 42 *(Des fidéicommis).*

[445] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 1.

« § 2. En conséquence il fau !t en premier lieu savoir qu'il y a besoin que quelqu'un, dans un testament juste, légalement, soit institué héritier et qu'il soit remis à sa foi de rendre à une autre personne cette succession ; autrement, est sans effet le testament dans lequel personne n'est institué héritier. En conséquence, lorsque quelqu'un a écrit : " Que Lucius Titius soit mon héritier", il pourra ajouter : "je te demande, Lucius Titius, dès que tu pourras accepter ma succession, de la rendre et restituer à Gaius Seius". Mais

[**Note de Willem Schorer sur la note 445 de Groenewegen van der Made**

Les fidéicommis sont divisés différemment par les docteurs ; les fidéicommis sont en effet réels, ou graduels ou réciproques.

Les réels sur ce que les descendant en ligne directe et, l'un de ceux-ci ayant fait défaut, les collatéraux aussi, se le voient permettre, pourvu qu'ils soient les descendants de ceux qui ont été institués et substitués au commencement.

Il y en a en outre certains qui sont absolus et simples, d'autres conditionnels ou introduits dans le cas d'une comparaison. Ceux-ci sont appelés ceux quant auxquels aucun jugement n'est clairement laissé au fiduciaire ; ceux-là, quand un choix se présente à celui-ci ; par exemple si le testateur a demandé que l'héritier rende à l'un de la famille la succession ; dans ce cas, il peut préférer le plus éloigné au plus proche, du fait qu'alors, il est fait satisfaction à la volonté du testateur qui établit le fidéicommis, pourvu que, dans la dernière volonté, il ait transféré les biens sujets à un fidéicommis à un étranger ; en effet, dans ce cas, les proches de la famille peuvent les faire venir, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 1, nb 3, 4 et 5.]

§ 2. On peut aussi charger l'héritier direct de délivrer tout ce qu'il hérite ou une partie, immédiatement ou après un certain temps, absolument ou avec une condition [446].

§ 3. Ce qui est plus, on peut aussi charger son héritier ab intestat d'une telle transmission et l'on peut aussi charger un héritier fidéicommissaire de délivrer à une autre personne ce qui lui est laissé en totalité ou en partie [447].

§ 4. Certes, là où aucune preuve d'une telle charge et l'héritier direct y étant appelé, ne se reconnaissant pas être chargé d'une telle façon, là où l'héritier fidéicommissaire défère l'a chose à son serment, jurant qu'il a fait sa demande de bonne foi, **[131]** l'héritier direct contredisant le serment, il devrait accomplir le fidéicommis [448].

---

chacun peut demander à l'héritier de restituer une partie, et il est libre de laisser purement et simplement ou sous condition le fidéicommis, ou à partir d'une certaine date ».

[446] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 2 à la fin.

« § 2. (…)Mais chacun peut demander à l'héritier de restituer une partie, et il est libre de laisser purement et simplement ou sous condition le fidéicommis, ou à partir d'une certaine date ».

[447] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 11.

« § 11. [Celui qui va mourir intestat] peut aussi demander que celui auquel quelque chose est rendu rende en retour à une autre personne la totalité, à la faveur d'une partie ou aussi, quelque chose d'autre ».

[448] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 12 ; C. 6, 42, 32 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 5, defin. 18 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 62 à la fin.

« § 12. Et, parce que la première origine des fidéicommis, de la foi des héritiers, dépend et qu'il en ont reçu tant le nom que la substance, pour cette raison, le divin Auguste, pour la nécessité du droit, les a retranchés ; récemment, nous, prétendant dominer cet empereur à partir d'un fait que Tribonien, l'excellent questeur de notre palais impérial, a suggéré, nous avons fait une constitution (cf. C. 6, 42, 32) *par laquelle nous avons disposé que, si un testateur a confié à la foi de l'héritier de restituer la succession ou un fidéicommis spécial et que, ni à partir de l'écrit, ni à partir du nombre de cinq témoins, [nombre] qui est connu être, pour les fidéicommis, légal, la chose ne peut être manifestée, mais qu'un plus petit nombre que cinq ou que nul témoins n'est tout à fait intervenu, alors, que soit le père de l'héritier ou une quelconque autre personne celui qui a choisi la foi de l'héritier et a voulu que, par lui, quelque chose soit rendu, si l'héritier, tenté par une perfidie, refuse d'accomplir sa foi, en refusant que la chose se soit ainsi ensuivie, si le fidéicommissaire lui a déféré serment, lorsque d'abord, lui-même, quant à la fausse accusation, a juré, il est nécessaire qu'il ait ou qu'il supporte le serment qu'il n'a, comme tel, en rien entendu du testateur, ou en refusant d'être contraint au fidéicommis de la totalité ou au paiement d'une part spéciale, afin que ne dépérisse pas la dernière volonté du testateur relise à la foi de l'héritier. Nous avons pensé que cela était observé, si, par le légataire ou par le fidéicommissaire, quelque chose, semblablement, avait été laissé. Si celui par lequel il est dit que cela a été laissé, confesse que quelque chose a été laissé par lui, mais en vient à une subtilité de la loi, par tout moyen, il doit être contraint de payer ».*

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Retranchant la question qui survient du fait et, à la volonté des défunts, pourvoyant, nous consacrons que, si, sans écrit et sans la présence des témoins, un fidéicommis ayant été laissé, le fidéicommissaire a choisi le serment de l'héritier, peut-être du légataire ou du fidéicommissaire, chaque que, par lui, un fidéicommis a été laissé soit de la totalité soit spécial, l'héritier, le légataire ou le fidéicommissaire, le serment ayant été prêté d'abord quant à une fausse accusation, a nécessairement à subir le serment et, de toute inquiétude, se relâcher, s'il a pensé que le serment devait être refusé ou qu'il n'a pas voulu montrer qu'une quantité certaine, au fidéicommissaire, avait été laissée, si, peut-être, le fidéicommissaire attend une plus grande, pat tout moyen, à la réclamation du fidéicommis, il est contraint de se soumettre et à la*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXIII. La doctrine du § 12 des *Institutes*, II, xxiii, a été reçue non seulement pour les fidéicommis, mais aussi, à partir de l'esprit du droit romain lui-même, pour les legs aussi chhez nous (voir Grotius, *Hollandiæ consilia*, part. III, 2e st., cons. 198) et approuvée dans une décision de la Cour en 1723, voir Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 374.]

§ 5. Quand quelqu'un dit *Je laisse mon bien à Jan et, dans le cas où Jan meurt sans enfants, ainsi, je veux que cela passe à Paulus* ; ainsi, il est entendu que si Jan meurt déjà le premier, ses enfants auront devant Paulus la préférence [449]. Mais, si Jan étant entendu héritier est chargé de devoir laisser les biens à ses enfants, on en doute. Cependant, il est plus reçu qu'un telle chose n'est pas entendue, à moins que les enfants ne fussent les descendants du testateur, que les enfants ne fussent trouvés être chargés de certains legs ou que, de la dernière volonté, ne fussent survenues certaines autres indications à partir desquelles une telle plus proche signification pourrait être conjecturée [450].

[**Note de Willem Schorer**

Le fidéicommis est laissé purement et simplement, à partir d'une date, à terme ou sous condition.

Sur la date, il fait relever que seul le jour, comme ordinairement, (ce dont il sera parlé ci-dessous, liv. II chap. XLVI, § 6, sur la note 1080, ne s'interrompt pas en faveur de l'homme et que le fiduciaire n'est pas établi en retard, par conséquent que, depuis ce temps, il ne lui est pas procuré d'intérêt, voir Fusarius, *De substitutione*, quæst. 626. Ce qui trompe cependant, quand le fidéicommissaire n'a pas connu le fidéicommis, et ainsi [le disent] Brunemann sur D. 36, 1, 22, nb 2 et 4, Mantica, *De conjecturis ultimæ voluntatis*, lib. VIII, tit. 10, nb 27 et 7, *Codex Fabrianus*, lib. VI, tit. 27, defin. 6, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 38 *(Du fait de contracter et d'entreprendre une stipulation)*, 12.

Parmi les condition qui sont ordinairement ajoutées au fidéicommis, [celle-ci] est très fréquente : si le fiduciaire meurt sans enfants. Maintenant, à cette occasion, il est demandé, quand une femme a

---

satisfaction, quand lui-même, pour lui, est trouvé juge et témoin dont le respect et la foi, par le fidéicommissaire, ont été choisis, nulles autres preuves complémentaires n'étant requises mais, que les témoins soient [au nombre] de cinq, moins ou nuls, que la cause, par la prestation ou le refus du serment de celui-ci, ait tant sa fermeté que sa réclamation, que le père soit celui qui a donné le fidéicommis, ou une personne extérieure, afin que la raison de l'équité, de façon commune, pour tous, procède. 1 - En effet, quand la chose, par la solennité des témoins, est montrée, alors, le nombre des témoins et une trop grande subtilité doivent être requis. Le fait est que la loi, afin que rien composé d'une fausseté ne se rencontre par le biais, peut-être, de deux témoins, demande un plus grand nombre de témoins afin que, par des hommes en plus grand nombre, la vérité la plus parfaite soit révélée. 2 - Mais, quand celui qui, de quelque chose, à partir de la volonté du défunt, profite et surtout, l'héritier lui-même, auquel la plus haute autorité de toute la cause a été confiée, est contraint de dire la vérité par la religion du serment, quelle place est-elle laissée aux témoins ou comment, à une foi extérieure, en vient-on, laissée propre et indubitable ? Du fait que, dans les lois, nous avons examiné ce qui, aux justes dispositions des testaments, par tout moyen, contraint les héritiers à obéir et ainsi, réclame de façon plus stricte un cause aussi, pour prescrire que reçoivent le profit de la succession ceux qui, à leurs testateurs, n'ont pas obéi ».

[449] (Note de l'éditeur) Voir D. 28, 5, 86.

Extrait du livre II des *Réponses* de Scævola : *« Lucius Titius qui avait un frère, dans son testament, ainsi, a disposé : "que Titius, mon frère, pour la totalité, pour moi, soit héritier ; si, pour moi, Titius n'a pas voulu être héritier, que (ce que je repousse avec horreur) il est mort avant qu'il ait accepté ma succession ou qu'il n'a pas de fils né de lui ou de fille née de lui, qu'alors, que Stichus et Pamphile, mes esclaves, soient libres et héritiers pour moi à parts égales". Je demande, lorsque Titius a accepté la succession et qu'il n'a pas eu d'enfants au moment de l'acceptation de la succession, si Stichus et Pamphile, à partir de la substitution, pourront être libres et héritiers. De même, je demande, quand, à partir de la substitution, ils ne peuvent être ni libres ni héritiers, si, pour une part de la succession, ils seront considérés être ajoutés. [Scævola] a répondu : il appert, certes, que l'intention du testateur n'était pas celle-ci, [à savoir] qu'il ait ajouté n'importe quel héritier à son frère qu'ouvertement, pour la totalité, il avait institué héritier ; en conséquence, si le frère a accepté [la succession], Stichus et Pamphile ne seront pas héritiers ; en cela, plus largement, il n'a pas voulu que ceux-ci soient héritiers, si son frère, avant d'accepter la succession, est mort en laissant des enfants. Car le dessein prudent du testateur est rappelé ; en effet, il n'a pas seulement placé son frère devant les substitués, mais aussi ses enfants ».*

[450] (Note de Groenewegen) Voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 22 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 6, defin. 5 ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *fideicommissum*, § 5, et les autre juristes cités dans le traité *De legibus abrogatis* sur D. 28, 5, 86.

été instituée sous cette condition (car, quant aux hommes, chez nous, il n'y a aucune raison de douter) et a laissé des bâtards qui, dans nos usages, succèdent également et dans le droit romain à la mère, si le testateur aura appelé de telles personnes en tant que placées sous une condition. Il est plus vrai que de telles personnes ne sont pas jugées avoir été appelées, du fait qu'il est à peine probable que le testateur les ait ainsi aimés, bien que légalement nés, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 11. Cependant, si quelqu'un a institué une femme de soixante-dix ans qui n'a aucun enfant, si ce n'est des bâtards, et que le testateur le savait, dans ce cas aussi, ceux qui sont nés d'une relation condamnée sont considérés avoir été demandés du fait qu'à partir de l'âge de la femme, il n'aurait en aucune façon pu penser à des enfants légitimes allant naître de celle-ci.

Du reste, il est demandé, si, ayant été ainsi chargé *si, sans enfants etc.*, elle laisse des enfants légitimes, [qu'en est-il] ? Il est fait une distinction entre les enfants légitimés par un décret du prince et par un mariage subséquent. Dans le premier cas, ils ne sont pas jugés avoir été placés dans une condition, pave que ceux-ci ne sont pas tenus pour légitimes sur la succession paternelle (comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, liv. I, chap. XII, § 9, sur la note 247, auquel on peut ajouter Peregrinus, *De fideicommissis*, art. 23, nb 23. Decker van Walhorn, *Dissertationes juris*, lib. I, dissert. 17, p. 325), si ce n'est en rapport des parents de la ligne paternelle qui ont consenti à la légitimation, du fait qu'en sens contraire, par le biais d'un mariage subséquent, bien que [fait] à l'article même de la mort, les enfants légitimés sont tenus à travers tout pour légitimes. La raison en est que de telles personnes sont jugées être nées après le contrat de mariage, voir *Précis du droit Belgique*, § 8, p. 31, et plus abondamment, Daniel von Clasen, *De jure legitimationis*, cap. 11, p. 73, et de même, Antonella, *De tempore legali*, lib. I, cap. 76, nb 13. Trompe de nouveau le fait que plusieurs le veuillent, si les enfants placés sous une condition sont nés d'un mariage légitime, parce qu'alors, les termes de la condition avaient été rapportés au moment de la naissance. Quant aux bâtards, [il en sera parlé] plus longuement ci-dessous, liv. II, chap. XXVII, § 28, sur la note 679.

En outre, il faut être attentif à ce que, bien que le testateur ait fait mention des enfants, cependant, à raison du seul fils ou de la seule fille de l'héritier fiduciaire, le fidéicommissaire est dépossédé de tout espoir de succession, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 1, nb 13, 14 et 15.]

§ 6. L'héritier direct acceptant volontairement la succession peut en déduire un quart, ce qui est introduit à Rome par le sénatus-consulte Trébellien ; dans ce cas, il est tenu pour sa part aussi aux dettes [451], mais non aux legs [452] et, s'il a payé quelque chose en plus, il peut le redemander à l'héritier fidéicommissaire [453] ; il peut déduire ce quart, que celui-ci lui soit laissé par la dernière volonté ou non ; mais, si quelque chose lui est laissé ou légué comme une partie de la succession ou autrement, cela doit venir en compte ; alors, dans le cas où quelque chose

[451] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 7.

« § 7. Mais, parce que les stipulations qui, du sénatus-consulte Pégasien proviennent à l'antiquité elle-même déplaisaient, dans certains cas Papinien, un homme d'une excellente intelligence, les appelle captieuses, à nous, dans les lois, plus la simplicité que la difficulté nous agrée, c'est pourquoi tant toutes les ressemblances que toutes les différences des deux sénatus-consultes nous le conseillant, il nous agréé que, le sénatus-consulte Pégasien ayant été rejeté, qui est survenu par la suite, de procurer toute autorité au sénatus-consulte Trébellien, afin qu'à partir de lui, les successions fidéicommissaires soient rendues, que l'héritier ait à partir de la volonté du testateur le quart, plus ou moins ou rien du tout, pour qu'alors, quand rien ou moins du quart reste auprès de lui, il lui soit permis de conserver le quart ou ce qui manque à partir de notre autorité ou de réclamer le paiement comme à partir du sénatus-consulte Trébellien à proportion de sa part, les actions en justice se présentant tant contre l'héritier que contre le fidéicommissaire. Mais, s'il a rendu volontairement toute la succession, toutes les actions successorales, au fidéicommissaire et contre lui, se présentent. Mais aussi, ce qui était le commandement du sénatus-consulte Pégasien, de sorte que, quand l'héritier inscrit refusait d'accepter la succession à lui donnée, la nécessité lui était imposée de rendre toute la succession au fidéicommissaire qui la veut et que toutes les actions en justice passent à lui et contre lui ; et nous transposons cela pour le sénatus-consulte Trébellien, afin qu'à partir de celui-ci seul, la nécessité soit imposée à l'héritier, si lui-même ne le voulant pas, le fidéicommissaire souhaite l'accepter, que lui soit rendue la succession, aucune perte ou aucun avantage ne restant auprès de l'héritier ».

[452] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 49, 2 et là, les docteurs.

Constitution de l'empereur Philippe adressée à Julianus et donnée en 244 : *« Celui auquel, à partir du sénatus-consulte Trébellien, une parttie de la succession est rendue, il est d'un droit indubitable que les charges de la succession ou la fourniture des legs, à la faveur de la part qui se présente, le regarde ».*

[453] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 7 des *Institutes*, II, xxiii.

est laissé au-dessus du quart comme une partie de la succession, ainsi, il est tenu aux dettes pour sa part, mais aux legs, seulement pour autant qu'il a reçu au-dessus du quart [454]. Mais, s'il lui est légué moins que la valeur **[133]** du quart, comme comme une partie de la succession, mais comme un don particulier, ainsi, il n'est pas tenu aux dettes ni aux legs [455], à moins que la succession ne puisse autrement pas supporter les charges ; caralors, il pourrait être poursuivi par les créanciers [456], mais par les légataires aussi, dans ce cas, seulement pour autant qu'il pourrait avoir reçu au-dessus du quart [457].

[**Note de Willem Schorer**

Un tiers. L'héritier, cependant fidéicommissaire, qui restitue de nouveau à un autre la succession, ne jouit pas de ce droit, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 151, nb 33. En outre, il faut relever que cette déduction de la Trébellianique, de même, de la [quarte] Falcidie, a été interdite à Nimègue et dans certaines autres places de la Gueldre en 1699, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 50, nb 3, et en tout cas pour les fiefs, de même, nb 26 et suivant ; ce que Schrassert signale quant à tout le droit de la Gueldre, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Testamenten*, art. 14.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXIV. Ce qui avait été établi dans le décret des États de Hollande du 28 juillet 1674, [à savoir] qu'une taxte du centième et du deux-centième en tant que charge réelle, diminuait les fidéicommis des dettes publiques qui sont soumises à cette charge, a été abrogé par la nouvelle loi du 16 juin 1795, les intérêt imaginaires du tiers ayant été réduits à 2, 5 %.]

---

[454] (Note de Groenewegen) Voir D. 36, 1, 1 § 17.

Extrait du livre III *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« 17 - Si celui qui a quatre cents dans ses biens a légué trois cents et, deux cents ayant été déduits, a demandé que son héritier, à Seius, remette la succession, le fidéicommissaire supportera-t-il la charge des trois cents ou dans la mesure où, à lui, à partir de la succession, elle arrive ? Julianus dit que se présente, certes, contre lui la réclamation des trois cents, mais qu'il ne donnera pas plus de deux cents dans l'action contre le fidéicommissaire, mais, contre l'héritier, cent. L'opinion de Julianus me semble vraie, de sorte que le fidéicommissaire ne ressente pas une perte au-delà de ce qui, à lui, de la succession, est arrivé ; en effet, personne ne doit procurer plus au titre d'un legs que ce qui, à lui, de la succession est arrivé, bien que la Loi Falcidia cesse [de s'appliquer], comme, dans le rescrit du divin [Antonin] le Pieux, cela est compris ».*

[455] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 9.

« § 9. Si quelqu'un, un bien ayant été déduit ou pris en préciput qui contient la quarte, comme un bien-fonds ou un autre bien, se voit demander de renddre la succession, de la même façon, à partir du sénatus-consulte Trébellien, la restitution est faite de la même manière que si, le quart ayant été conservé, il s'était vu demender de restituer le reste de la succession. Mais importe ce qui, dans un autre cas, c'est-à-dire quand, quelque bien ayant été déduit ou pris en préciput, est restituée la succession, en totalité, à partir de ce sénatus-consulté, les actions sont transférées et le bien qui reste auprès de l'héritier, sans charge successorale, auprès de lui, reste comme lui ayant été acquis à partir d'un legs ; mais dans un autre cas, c'est-à-dire quand, le quart ayant été conservé, l'héritier s'est vu demander de restituer la succession et l'a restituée, les actions sont divisées et, à la faveur des trois quarts, certes, sont transférés au fidéicommissaire et que, pour la quart, ils restent aurpès de l'héritier. Mieux aussi, bien que, sur un bien, étant déduit ou pris par préciput le bien que quelqu'un s'est vu demander de rendre, la plus grande partie de la succession soit comprise, également, en totalité, les actions sont transférées et doit délibérer celui auquel est restituée la succession [de savoir] s'il sera à paropos pour lui de la restituer. À savoir, cela intervient si deux biens éayant été déduits ou pris en préciput, il s'est vu demander de restituer la succession. Mais, si, un certain montant ayant été déduit ou pris par péciput qui comprend le quart ou même la plus grande partie de la succession, quelqu'un s'est vu demander de restituer la succession, la règle est la même. Ce que nous avons dit de celui qui, pour la totalité, a été institué héritier, nous le transférons à celui qui, pour partie, a été inscrit comme héritier ».

[456] (Note de Groenewegen) En argument, voir *Institutes de Justinien*, II, xxii, § 3 au début et D. 50, 16, 39 § 1.

« § 3. Mais, quand la raison de la Loi Falcidia est posée, avant que soit déduite une dette, de même, les dépenses des funérailles et les prix des esclaves affranchis, alors, ensuite, sur le reliquat, le compte est tenu d'une façon telle qu'à partir de cela, le quart reste auprès de l'héritier, mais les trois autres parties, entre les légataires, sont réparties, à savoir à proportion de la part de ce qui aura été, à chacun de ceux-ci, légué. C'est pourquoi, si nous imaginons que quatre cents pièces d'or ont été léguées et que le montant du patrimoine, à partir duquel les legs doivent être réclamés, est d'[une valeur] de quatre cents, un quart doit en être enlevé à chacun des légataires. Si nous imaginons que trois cents cinquante ont été légués, un huitième doit être retiré. S'il a légué cinq cents, au commencement, le cinquième, ensuite, le quart doivent être retirés ; en effet, antérieurement, doit être retiré ce qui est en dehors du montant des biens, ensuite, ce qui, des biens, auprès de l'héritier, doit rester ».

Extrait du livre LIII sur l'*Édit du préteur* de Paul : *« 1 - L'appellation d'"esclave" se rapporte aussi à la servante ».*

[457] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 9.

Ce § 9 a été proposé ci-dessus dans la note 448.

§ 7. Mais, dans le cas où l'héritier direct ne veut pas volontairement accepter la succession, mais s'y fait contraindre en justice, ainsi, il ne retirera pas le quart, mais l'héritier fidéicommissaire le retirera à sa place ; de là, l'héritier direct sera libéré de toutes les charges et pourra rejeter ainsi tous les demandeurs tant des dettes que des legs [458].

§ 8. Dans le quart sont aussi comptés les fruits reçus [459] excepté à l'égard des enfants du premier degré [460].

§ 9. On tient aussi que ce quart aussi bien que le quart du legs ne sera pas déduit, lorsqu'une telle chose est clairement interdite par la dernière volonté [461] ; avec le fait qu'une telle interdiction n'aura pas lieu à l'égard des enfants du premier degré [462].

---

[458] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 7 à la fin.

« § 7. (…)Mais, s'il a rendu volontairement toute la succession, toutes les actions successorales, au fidéicommissaire et contre lui, se présentent. Mais aussi, ce qui était le commandement du sénatus-consulte Pégasien, de sorte que, quand l'héritier inscrit refusait d'accepter la succession à lui donnée, la nécessité lui était imposée de rendre toute la succession au fidéicommissaire qui la veut et que toutes les actions en justice passent à lui et contre lui ; et nous transposons cela pour le sénatus-consulte Trébellien, afin qu'à partir de celui-ci seul, la nécessité soit imposée à l'héritier, si lui-même ne le voulant pas, le fidéicommissaire souhaite l'accepter, que lui soit rendue la succession, aucune perte ou aucun avantage ne restant auprès de l'héritier ».

[459] (Note de Groenewegen) Voir D. 36, 1, 23 § 2 ; Gail, *Observationes*, iv. II, obs. 233 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, liv. II, cas. 256.

Extrait du livre V des *Discussions* d'Ulpien : *« 2 - Si l'héritier, après beaucoup de temps, la remet, alors qu'à la date présente, il y a le fidéicommis, le quart ayant été déduit, il le remettra ; en effet, les fruits qui ont été perçus avec la négligence du demandeur, selon le jugement du défunt, ne sont pas considérés avoir été perçus. La cause est différente, si, sous condition ou à terme, il se l'est vu demander ; alors, en effet, ce qui est perçu repousse la Loi Falcidia, s'il y a eu autant que fait le quart et les fruits du quart ; car les fruits qui, dans la période intermédiaire, ont été perçus, à partir du jugement du testateur, sont considérés avoir été perçus ».*

[460] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 49, 6 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, defin. 5 et 6 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. V, cap. 9 ; *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 27, defin. 4 ; Gabriel, liv. IV, tit. *ad Trebellianum*, concl. 12 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 318, nb 30 jusqu'à la fin.

Constitution de Zénon adressée à Dioscorus, Préfet du prétoire, et donnée en 489 : *« Nous ordonnons que, chaque qu'un père ou une mère, à son fils ou à ses fils, à sa fille ou à ses filles, institués héritiers pour des parts égales ou inégales, réciproquement ou simplement a demandé à certains de ceux-ci ou à une certaine personne qui, la première est morte sans efants, de restituer sa par de succession au survivant ou aux survivants, afin que, par tous moyens, le quart étant conservé à la faveur de l'autorité du sénatus-consulte Trébellien, non par l'imputation des revenus, bien que le testateur l'ait demandé ou ordonné, mais les biens héréditaires eux-mêmes, les trois quarts soient restitués. 1 - De même, pour retenir la part de la Loi Falcidia, nous comandons que cela se présente, si le père ou la mère, à son fils ou à sa fille institués héritiers (comme il a été dit ci-dessus) a demandé que ceux-ci ou celles-ci, aux petits-fils ou aux petites-filles, aux arrière-petits-fils ou aux arrière-petites-filles et ainsi de suite, restituent la succession. 1a - Dans les cas dits ci-dessus, nous ordonnons que ccesse la garantie de conservation des fidéicommis, si le testateur n'a pas sépcialement disposé que soit demandée cette même garantie lorsque le père ou la mère pensent ne pas de voir s'abstenir de secondes noces ; le fait est que, dans ces deux cas, c'est-à-dire lorsque le testateur a voulu que, spécialement, il soit donnée garantie et lorsqu'en seconds mariages, le père ou la mère se sont unis, il est nécessaire que cette même garantie, à la faveur de l'ordre des lois, soit procurée. 2 - Mais, si au contraire, celui qui, d'une restitution fidéicommissaire, a été alourdi, un fils étant survivant ou un petit-fils né du fils ou de la fille, un petit-fils ou un enfant posthume ayant été laissés, il est mort, la condition n'est pas considérée avoir existé et c'est pourquoi la demande du fidéicommis fait défaut. 3 - Nous rappelons aussi cela, [à savoir] que ce qui, quant à la conservation la part de la Loi Falicidia, non par le biais du revenu, mais par le biais des biens héréditaires eux-mêmes, et quant à la concession de la garantie des fidéicommis (comme il a été dit ci-dessus), non plus loin que pour ces personnes et ces cas dont la mention, plus haut, a été faite, doit être conduit ».*

[461] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle I, cap. 2 et 3, telle qu'exposée sous C. 6, 50, 7 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 316, et vol. IV, decis. 52 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, decis. 5. Il est néanmoins jugé par la Cour de Hollande (bien que pas avec des voix unanimes) que ce quart ne disant pas être interdit, lorsque le testateur a interdit l'aliénation ou la vente des biens, voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 5 à la fin ; Gabriel, liv. IV, tit. *ad Trebellinaum*, con,cl. 9 ; Cooren, *Observationes*, obs. 39, nb 8. Voyez en outre ci-après chap. XXIII, § 20, note 607.

Novelle I, cap. 2 et 3 : *« Mais, lorsque le testateur l'a interdit expressément, n'ingorant pas quelle est la mesure de son patrimoine, la Loi Falcidia cesse [de jouer] ; et, si l'héritier en cela, au défunt, n'obéit pas, la succession est déférée aux personnes énumérées sous le titre des legs et des fidéicommis. De même, si l'héritier, reconnaissant subtilement la mesure de sa richesse, procure certains legs en totalité ; à partir de ceux-ci, la répétition, ni, à partir des autres choses, la conservation ne sont permises, à moins que quelque chose d'inopiné ne surgisse. Ceci cessant, il y a lieu à la Loi Falcidia, si est fait un inventaire selon la mesure et le temps fixé pour l'ajout ; cette observation ayant été employée pour qu'en présence de tous de la même cité dans lequellecela est fait, à la faveur de ceux des légataires ou des agents, si l'on doit tenir compte de la personne, cela soit parfait ou si l'un de ceux-ci est absent ou n'a pas voulu être présent, suit la présence de trois témoins de même riches de la même cité, de bonne réputation, sans préjudice, cependant, de*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXV. La déduction de la Trébellianique ne peut nonseulement pas être interdite aux fils, mais non plus aux petits-fils du premier degré vis-à-vis du fils prédécédé, avec leur droit, ils sont institués héritiers, voir Vinnen, *Selectæ quæstiones*, lib. II, cap.29 ; Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 85.]

§ 10. Bien que, selon les lois écrites [463], les enfants et les autres descendants recevant leur part légale, ne peuvent pas réclamer ce quart outre cela, ainsi, chez nous à l'avantage desdits enfants, cela est fait selon la décision desdites lois spirituelles [464], la coutume est que les enfants, d'abord, retirent leur part légale de la totalité de la succession et, par la suite, un quart du reste, dans le cas où ils sont chargés de translettre la succession à quelqu'un immédiatement ou à terme, d'une telle façon que les enfants, étant moins de cinq, prennent ensemble librement la moitié [465] de la succession, sans qu'une interdiction d'aliénation ou d'autres charges n'y ait lieu.

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 9 et 10**

L'auteur signale ici que l'interdiction de la Trébellianique cesse pour les enfants du premier degré institués héritiers, mais, pour ceux qui ont été alourdis avec un fidéicommis, cela a été reçu à l'encontre du droit romain à partir des principes du droit canonique ; ce qui est vrai, mais, contre le gré de Thémis, à un point tel que l'on doute fortement [de savoir] si jamais, quelque chose d'inepte viendrait à l'esprit humain. Car le fils doit se contenter du tiers ; mais, lorsque je l'ai inscrit héritier pour la totalité et, le cas existant aussi, je l'ai alourdi avec un fidéicommis, il n'est pas permis d'interdire la déduction de la Trébellianique. Cependant, cette question a obsédé les esprits de ceux qui jugent et de ceux qui répondent quant au droit, à un point tel qu'il n'y a personne qui oserait parler contre. Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 41, nb 2 et 6, critique cette double déduction comme contraire aux usage du Brabant, à l'exception des seules coutumes d'Anvers. Et Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 1, defin. 20, indique aussi tout le catalogue de ceux qui réfutent cette jurisprudence et rappelle que cela a été ainsi jugé deux fois. Toutefois, il semble que l'auteur admette l'interdiction uniquement pour les enfants du premier degré et ne l'étende pas aux petits-fils ou petites-filles et aux autres ; ce qui n'est pas, de même, naturel, parce que dans la succession

---

l'exament de la vérité par le biais de la question des esclaves et par le biais du serment de l'héritier et des témoins. Ceci n'ayant pas été observé, il paiera les legs en entier, quoiqu'ils dépassent les limites de la succession. Mais aucune de tels questions ou procès ne dépassera l'année. En effet, l'année étant écoulée, la faute de l'héritier tombe à l'égard du reste ».

462 (Note de Groenewegen) Étant bien entendu, pour autant que le quart ne dépasse pas, avec la légitime ou la part légale, la moitié de toute la succession ; car ce qui dépasse peut être interdit. Voyez ci-après la note 457 ; Manticus, *De conjectura ultimæ voluntatis*, liv. VII, tit. 11, nn 7 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. XII, cap. 11 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, defin. 5.

463 (Note de l'éditeur) Voir Bronkhorst, cent. 3, assert. 67 ; mais voyez Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. V, cap. 2.

464 (Note de Groenewegen) Voir Décrétales III, xxvi, 16.

Cette décrétale d'Innocent III adressée à l'évêque Tuscanus étant assez longue, nous nous contenterons de son résumé : *« Sir les biens du père, de la mère et de la grand-mère, on a une dette selon le droit de la nature, dans laquelle on ne peut pas être alourdi ; et le fils, se voyant demander des restituer la succession sous condition, retire la dette selon le droit de la nature et la Trébellianique, dans laquelle sont comptés les fruits perçus après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio) *».*

465 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 21 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 3 et 17 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, defin. 3 et 4 ; Guy de la Pape, *Decisiones*, quæst. 52 ; *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 27, defin. 4 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 121 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 245, nb 3. En outre, bien que les enfants soit au nombre de cinq ou plus, ainsi, ils peuvent cependant pas prendre plus de la moitié, ce qui, aussi, différentes fois, est entendu par la Cour de Hollande avec le Haut Conseil de Brabant, voir Dekker, liv. I, dissert. 14, à la fin, defin. 3. Étant ajouté que ces personnes, dans ces cas, ne peuvent pas prendre plus que leur légitime ou les deux quarts, comme les ci-devant dites décisions et les juristes le disent ; voir Covarruvias sur Décrétales III, xxvi, 16, § 11, nb 6 et 11. Voyez Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 245, nb 7 et 8, decis. 315, nb 9 ; Fachinæus, liv. V, cap. 3.

ab intestat et dans la possibilité d'intenter la plainte [de testament contraire aux devoirs], ils équivalent aux fils, bien que beaucoup souscrivent à l'opinion de Grotius, voir Christinæus, *Decisiones*, vol. IV, decis. 52, nb 4 ; Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 138, nb 16 etc. Et cela a été ainsi jugé plus d'une fois par la Cour, le 12 octobre 1610 le 17 octobre de la même année et le 31 juillet 1617, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 328. Toutefois, à Zutphen, il a été répondu le contraire, et à bon droit, le 17 juin 1758, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 49, nb 12 et 13. Voyez aussi Decker van Walhorn, *Dissertationes*, lib. II, dissert. 11, nb 14. Cependant, à moins que, selon la sentence des autres, le grand-père n'ait interdit expressément la déduction de la Trébellianique, l'interdiction déjà exprimée peut être à peine conçue quand nous supposons que les petits-fils et les petites-filles ont été injustement déshérités ou laissés de côté avec un silence ; Nieuwstadt, decis. 17, p. 56, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 11, nb 15, rapportent que cela a été jugé ainsi le 10 janvier 1583.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXVI. Bien que les enfants chargés d'un fidéicopmmis universel puiçssent retirer la légitime et la Trébellianique, si, cependant, ils sont cinq ou plus, ils ne prendront pas plus de la moitié des biens ; voir Vinnen, *Selectæ quæstiones*, lib. II cap. 29, et les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 156 et 328 à la fin.]

§ 11. Une interdiction d'aliénation ne peut pas être faite autrement qu'à l'avantage de quelqu'un qui espère le bien [466], et celle-ci est toujours strictement tenue selon les termes et n'est pas étendue d'un degré à l'autre [467] ; et là où cela est posé pour être perpétuel, ainsi cela ne peut aller plus loin que le quatrième degré de la lignée [468].

---

[466] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 114 § 4 ; Sande, *De prohibitione rerum alienandarum*, part. II, cap. 1 ; Antoine Gabriel, *De fideicommissis*, liv. IV, concl. 9 ; Fusarius, *De fideicommissis*, quæst. 685.

Extrait du livre VIII des *Institutes* de Marcianus : *« 4 - Mais, si le fidéicommis de Titius n'a pas été, au moment de la mort du légataire, imputé, Marcellus dit qu'immédiatement, le fidéicommis, à Titius, doit être donné, mais, une fois la garantie prise pour autant que, plus largement, il a commencé être rendu ; cette garantie est ainsi mise à exécution, si le légataire est mort avant que, des fruits, il ait perçu les cent. Mais il est difficile qu'il ait voulu que le légataire, à partir des revenus, les donne, avant que le légataire ait perçu les fruits ; de façon certaine, le légataire devra être entendu, s'il a voulu procurer la totalité du bien-fonds, si, quant à la restitution, il est donné garantie ; il est, en effet, absurde que, de son propre bien, il paie les cent, surtout si le bien-fonds est de cent ou pas beaucoup plus cher ; de cette règle, nous usons ».*

[467] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 32 § 6.

Extrait du livre IX des *Règles* de Modestinus : *« . 6 - Dans le fidéicommis qui, à une famille, est laissé, peuvent être reçus à sa réclamation ceux qui ont été nommés ou, après la mort de tous ceux qui, du nom du défunt, se trouvaient à ce moment où le testateur est mort et qui, de ceux-ci, au premier degré, ont été procréés, à moins que, spécialement, le défunt, aux plus éloignés, n'ait étendu sa volonté ».*

[468] Étant bien entendu que le quatrième degré y est compris, en ajout que les héritiers au quatrième degré ne peuvent pas aliéner les ci-devant dits biens, voir la Novelle CLIX, cap. 2 dans le passage *quod autem* aux mots *post quatuor generationes* ; *Consultatien ven de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. 1, avis 251 ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. VI, tit. 14, nb 24. Étant bien entendu avec le fait que le premier degré ne commence pas au premier héritier, mais à ceux auxquels les biens bien arrêtés après la mort du même héritier viennent à être dévolus en premier, voir ladite Novelle sur ledit mot *Hiero* ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. 1, avis 77, nb 8, et le ci-devant avis 251. En outre, ce que dit ici Hugo Grotius n'a pas lieu lorsque, clairement, la dernière volonté du défunt semble avoir été de ne pas étendre la ci-devant dite interdiction d'aliéner plus loin que jusqu'au quatrième degré ; voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 5, defin. 4 et *De prohibitione rerum alienandarum*, part. III, cap. 5, nb 19 avec les suivants ; Fachinæus, liv. IV, cap. 100. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ladite Novelle 159.

Novelle CLIX, cap. 2 : Constitution de Justinien adressée à Petrus, second Préfet du prétoire, et donnée en 555 : *« Chapitre II : Maintenant, du fait que nous considérons toute la cause avec une grande diligence comme il convient, certes, pour les autres biens dont le fils Constantin, de gmlorieuse mémoire, à partir du testament de H-iero le vieux son père, a été fait le propriétaire, nous n'avons pas même pensé que la question soit à bon droit instituée, mais que de l'action quant à ces biens, non seulement Alexandre, homme très glorieux, mais aussi, tout le reste de la famille devaient être protégés, du fait que les termes du testament, pour les seuls enfants, établissent l'interdiction, et le fils lui-même de Hiero, de glorieuse mémoire, par le biais desquels, aux droits de Hiero, lui ont préparé l'accès ceux qui, après eux, sont une partie de la famille, ils auraient aliéné certains biens qui se présentaient à eux et auraient entièrement interdit la substitution comme à partir d'une seule volonté. Mais, quant au bien-fonds suburbain, dont un codicille montre que le propriétaire est Hiero, de glorieuse mémoire, la chose nous a semblé pleine de nombreuses*

[**Note de Willem Schorer sur la note 468 de Groenewegen van der Made**

Groenewegen, dans sa note, enseigne à meilleur droit que le fidéicommis peut être étendu au-delà du quatrième degré, si le testateur a voulu de tout son pouvoir que l'interdiction soit perpétuelle, bien que, dans ce cas aussi, il ait été répondu autrement, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 164, et part. IV, cons. 246, p. 732. Dans l'édit perpétuel [de 1611], art. 16, cela a été restreint au troisième degré et, dans le droit de la Gueldre, au second, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *testamenten*, art. 13. Cependant, l'interdiction de l'aliénation simplement faite est terminée avec la quatrième génération, voir Johan Decker van Walhorn, *Dissertationes et decisiones posthumæ*, dissert. 13, nb 16, p. 149.

Du reste, si les biens sont soumis à un certain degré pour le fidéicommis, Groenewegen observe dans sa note que le premier degré ne commence pas et n'est pas compté depuis le premier héritier, mais à partir de celui auquel les biens sont dévolus après la mort du premier héritier, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 3, part. III, cons. 275, p. 717. Il a été cependant répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Ultrejectinorum*, part. III, cons. 31, nb 1, que le premier degré commençait depuis l'héritier chargé [du fidéicommis], et il a été expressément établi dans l'édit perpétuel [de 1611], art. 13, et dans le *Codex Gelro-Zutphanicus,* au mot *testamenten*, art. 14, qu'il fallait le compter ainsi.

En outre, il faut relever que, bien que l'aliénation des biens ait été interdite par le testateur, cependant, comme pour les autres choses, ici aussi, le cas d'extrême nécessité est excepté, à savoir pour que l'on ne soit pas meurtri dans sa réputation et la Cour de Frise l'a ainsi assez souvent jugé ; mais un consentement est toutefois requis par les juristes hollandais de la Cour de Hollande, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. VI, cons. 116, p. 378. cependant, cela procède seulement dans la mesure où la nécessité presse, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 59, p. 201. Mais, dans la loi particulière d'Amsterdam, il a été seulement reçu que ceci est non seulement permis au fiduciaire à raison de la nécessité, mais à raison de la seule utilité ; mieux, celui qui a été chargé [d'un fidéicommis] peut en disposer à son plaisir, voir Rooseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 44, art. 7, p. 219, comme l'auteur le dit bientôt dans la note 471. Ceux qui répondent quant au droit interprètent ainsi cet article ; ils distinguent entre un double lien et un lien simple (communément *une obligation simple et une obligation double*). Simple, quand le testateur a certes nommé les héritiers fidéicommissaires, cependant, sans aucune interdiction d'aliénation des biens soumis au fidéicommis. Double, quand le testateur a expressément interdit au fiduciaire l'aliénation au préjudice des fidéicommissaires. Dans ce cas, il refusent au grevé le droit d'aliéner ; ils l'accordent à celui-là, d'une façon telle qu'un tel fidéicommis ne soit pas autrement utile au fidéicommissaire que si le grevé n'avait pas aliéné avec un acte entre vifs et n'avait pas testé dans sa dernière volonté en faveur d'un tiers, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 1, nb 5. Mieux, Decker van Walhorn, *Dissertationes et decisiones posthumæ*, nb 22, p. 150, signale qu'à son plaisir, la condition du fidéicommis étant en suspens, à bon droit, le fiduciaire vend le bien interdit d'aliénation à un autre, l'échange, étant cependant sauvegardée pour le fidéicommissaire l'action en justice, la condition s'étant réalisée, mais tout à fait à l'encontre de la loi, comme il me semble amenée ici à cette fin. En tout cas aussi, l'aliénation du bien soumis au fidéicommis est partout valide et son échange est tout à fait permis, même si le testateur avait expressément interdit l'aliénation, pourvu que l'échange soit plus à propos pour le fidéicommissaire, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 8, defin. 33 (un désaccord clair ou l'ignorance du fidéicommissaire ne vient pas empêcher cet échange, voir de même, Decker van Walhorn, nb 33, p. 152) ; de même, ce qui ne peut pas être conservé pour celui qui conserve, à un point tel que le fiduciaire qui retient de telles choses commet une faute, voir

---

ambiguïtés de mettre au centre une question de cette sorte après quatre générations. Maintenant, en effet, du fait que Maria et Maria, femmes très glorieuses, sont encore survivantes, à savoir qui, elles-mêmes aussi ont été placée dans la famille, puisque nos lois les font dignes aussi de cette appellation de bru, non à bon droit, ni convenablement, Alexandre, homme très glorieux, n'a pas réglé le procès intenté par lui ; mais, si celles-ci aussi décèdent, de sorte que, déjà, quatre générations soient considérées être passées, nous ne souffrirons pas qu'une si ancienne cause soit traînée devant les juges, surtout du fait que la fille de Constantin a terminé sa vie à un âge tendre, à un point tel quaussi, que, si celui-ci 'navait pas fait de testament, cependant, à la mère de ce dernier, le bien-fonds suburbain allait arriver, du fait que non la pupille elle-même, mais la loi a été faite à cause de ceux-ci, même si aucun des successeurs de Hiero, de glorieuse mémoire, n'avait été en faute à l'égard de la volonté de celui-ci. Car, quoique Constatin, dans le testament écrit, a fait certaines substitutions, si la fille est morte impubère, cependant, de là, rien de grave n'est introduit du fait que la loi elle-même allait procurer par son biais, à la mère de la pupille, la richesse, si celle-ci était morte sans testament ».

Carpzov, defin. 32, nb 4 et 5. À partir de là, la Cour Suprême, la sentence de la Cour ayant été annulée, a approuvé la vente d'une maison soumise à un fidéicommis qui menaçait ruine, ceux qui devaient être entendus ayant été entendus, sous cette condition cependant que les espèces monétaires ramenées de là soient dépensées pour l'chat d'un autre bien, voir Nieuwstadt, *Curiæ Supremæ decisiones*, decis. 74. En outre, il faut observer que les biens interdits d'aliénation n'échoient pas à bon droit au fisc à raison du délit du grevé, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 254, nb 18, p. 476, ce qui est étendu par certains aux fruits perçus avant la mort du condamné, le crime de haute trahison n'étant pas même excepté, voir Johan van Heemskerk, *Batavische Arcadia*, p. 378, aux mots *Imo licet* - "mieux, il est permis".

Enfin, il faut être attentif à ce que, si deux ou plusieurs hérieiers remettent le fidéicommis à eux enjoint réciproquement par le testateur pour que celui qui décède sans enfants rende à son frère la succession cela est à ce point valide que la remise en son état initial est refusée au mineur lésé ; voir Gomez, *Resolutiones juris*, t. II, cap. 2 ; Brunemann, sur C. 2, 4 *(Des transactions)*, 11, en indique les raisons.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXVII. La libération du bien du lien du fidéicommis en tant que dispense de la loi a été réservée à juste titre aux États dans la loi du 23 juillet 1670 et du fait qu'une perte apporte en général un espoir de fidéicommis à ceux qui l'ont, avec le meilleur conseil, il a été veillé par les États de Zélande à ce que les biens immeubles ne soient pas liés avec le lien du fidéicommis, si ce n'est après une entière connaissance de la cause et non autrement que pour de justes raisons non prévues pour le testateur, étant en outre ajouté le décret du 1er juillet 1683, afin qu'avec la prérogative d'un seul suffrage, mais avec le consentement commun de tous les États, cette dispense ne soit pas accordée. Les deux décrets ont été renouvelés le 21 janvier 1721. Mais, dans le premier, il a été aussi statué qu'ils seront vendus publiquement, quand il y a la nécessité de les vendre, afin que le prix ramené de là soit placé à intérêt auprès du trésor de Zélande et que, sans consulter les États, il ne soit pas rendu à quelqu'un.]

[135] § 12. Les termes placés dans une dernière volonté comme le fait que *les biens ne puissent pas être aliénés en dehors du sang* sont en générale entendus apporter des obligations et des fidéicommis à l'avantage des parents consanguins [469], de telle façon que desdits biens (exceptées la part légale et la Trébellianique, lesquelles ont lieu) [470], ne peut être aliéné [quelque chose] par un contrat entre vifs, ni par une dernière volonté, excepté à Amasterdam où de tels mots sont entendus seulement indiquer comment les biens iront ab intestat, c'est-à-dire à défaut d'une dernière volonté et pour autant que ceuci ne sont pas aliénés entre vifs [471]. Une interdiction d'aliénation faite par une dernière volonté charge les biens d'une façon telle que ceux-ci ont non seulement leur action personnelle contre l'aliénateur, mais aussi une action réelle sur le bien aliéné [472].

---

[469] (Note de Groenewegen) Voir Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum volonutatum*, liV. VI, tit. 14, nb 24 ; Sande, *De prohibitione reum alienandarum*, part. III, cap. 5, nb 5.

[470] (Note de Groenewegen) Ainsi, comme cela a été dit ci-devant dans les notes 454, 456 et 457.

[471] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 78 ; coutume d'Amsterdam reconnue par plusieurs témoins devant le tribunal les 6 et 7 juillet 1593, le 9 janvier 1590, le 27 août 1567 et le 4 mars 1569, imprimée parmi les privilèges de la même ville, pour moi, p. 91, 92 et 93.

[472] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 43, 1 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 23 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 6 [*De la condiction à raison de la cause des biens donnés*], 3.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Du fait que ceux qui, avec des legs et des fidéicommis, sont honorés, sont connus avoir une action en général personnelle, qui, avec la mesure de la réclamation ou de l'autorisation, recevra la subtilité des autres legs avec une intention bien disposée dont la descendance, avec les meilleures raisons, n'a pas facilement usé et n'a pas loué les détours inextricables ? 1 - En conséquence, de façon plus juste, nous pensons que l'envoi [en possession] sur le bien est tout à fait aboli au vrai pour tous, que tant aux légataires qu'aux fidéicommissaires, il impose une unique nature et qu'il procure non seulement une action personnelle, mais aussi une action sur le bien* (in rem)*, dans la mesure où il sera permis que ces mêmes biens, soit par n'importe quel genre de legs, soit par le biais d'un fidéicommis, avaient été laissés, de réclamer en intentant une action sur le bien et en outre, procurer l'action utile Servienne (c'est-à-dire hypothécaire) sur ce qui avait été laissé dans les biens du mort. 2 - En effet, du fait que cela, déjà, dans notre droit, s'est répandu de*

[**Note de Willem Schorer sur la note 471 de Groenewegen van der Made**

À l'autorité alléguée par Groenewegen dans sa note, peuvent être ajoutées les *Responsa jurisconsultorum Belgorum*, part. I,cons. 164, p. 397.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXVIII. le fidéicommis réalisé sur un bien poutr que les biens reviennent à la famille ou pour qu'ils ne soient pas aliénés en dehors de la famille, n'interdit pas à Amsterdam la disposition entre vifs ou aussi testamentaire [faite] pour le contraire ; réalisé sur la personne, comme piur que l'héritier n'aliène pas en dehors de la famille, il l'interdit en tout cas. Le premier sur le bien est réputé contenur une *obligation simple* et n'appelle pas autrement les proches de la famille que si rien n'a été disposé au contraire. Le second dirigé sur la personne, c'est-à-dire un fidéicommis du vrai nom, est appelé une *double obligation*, voir *Hanvesten van Amsterdam*, p. 552 et suivantes.

CCCXIX. La loi hollandaise du 30 juillet 1624, quant à l'interdiction d'aliéner des biens en fidéicommis à ceux qui doivent être notés dans le protocole public, n'a hjamais été reçue dans l'usage, voir *Handvesten van Amsterdam*, p.55, et il a semblé à la Cour qu'elle ne devait pas pas être révoquée dans l'usage sans inconvénient en 1658, voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 42. À Mideleburg, une semblable annotation des biens immeubles qui sont soumis à un fidéicommis, a été requise dans la loi du 6 août 1597, art. 7.]

[§ 12a. Alors, par une nouvelle loi du pays de 1625, il est dit qu'une interdiction et une charge de cette sorte sera sans effet aussi longtemps que ni celui qui lègue ni celui qui, par lui, en premier lieu ou par la suite, ne profite pas, celui-ci n'a pas à faire signer devant le tribunal de là où les biens sont situés, sauf l'existence de leur recours contre les tuteurs et le premier possesseur perdant son droit pour une telle négligence] [473].

§ 13. Quelqu'un étant chargé, dans le cas où il meurt sans enfants, ce qu'il délivrera du reste de la succession à un tiers, il ne peut en conserver que les trois-quarts ; et, s'il a délivré plus des trois-quarts, **[136]** ainsi, lui et son héritier et aussi les biens qui sont aliénés en dernier, pour cela, sont poursuivis [474]. Il est aussi tenu, sur demande et n'en étant pas délivré par la dernière

---

permettre au testateur l'action hypothécaire de ses biens à ceux auxquels il a voulu donner et que, de nouveau, de nouvelles constitutions ont introduit dans de nombreux cas des hypothèques tacites, il n'est pas sans intérêt aussi que nous, dans le présent cas, donnions une action hypothécaire qui, nul mot ne précédant, pourra être introduite par cette loi. 3 - En effet, si le testateur a laissé des legs et des fidéicommis pour que, par tous les moyens, les personnes honorées par lui les reçoivent, il apparaît à partir de sa volonté aussi que les actions ci-devant dites doivent être intentées contre les biens du testateur, afin que, par tout moyen, à la volonté du testateur, il soit fait satisfaction et particulièrement, lorsque les legs et les fidéicommis sont tels qu'à des actes pieux, ils sont assignés. 4 - Et nous disposons cela non seulement si, par l'héritier, le legs ou le fidéicommis a été laissé, mais aussi si, par le légataire, le fidéicommissaire ou une autre personne que nous pouvons alourdir avec le fidéicommis, le fidéicommis est laissé à quelqu'un. En effet, du fait qu'il n'est pas autrement valide, à moins qu'il n'offre quelque profit à celui par qui il a été laissé, il n'est en rien pénible, aussi contre lui, non seulement d'étendre l'action personnelle, mais aussi sur le bien (in rem) *et hypothécaire sur les biens que, du testateur, il a obtenus. 5 - Mais, dans tous les cas de cette sorte, nous voulons que chacun soit cité à comparaître avec l'action hypothécaire pour autant que l'action personne, contre lui, se présente et que l'action hypothécaire n'appartienne pas à l'héritier lui-même ou à une autre personne qui a été alourdie avec le fidéicommis des biens, mais seulement de ceux qui, du testeur, à lui, sont arrivés ».*

[473] (Note du traducteur) Ce paragraphe a été rajouté dans le manuscrit de Lund.

[474] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CVII, cap. 1, telle que placée sous C. 6, 49, 6 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 3, defin. 4. Voyez en outre Cooren, *Observationes et consilia*, cons. 23 et obs. 11 ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. X, tit. 4, nb 21 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 188 ; Fusarius, *De fideicommissis*, quæst. 645 et la suivante.

Novelle CVIII, cap. 1 : *« Au contraire, lorsque quelqu'un s'est vu demander, comme étant mort sans enfants, des redre ce qui, alors, de la succession reste, ou alourdi par les autres termes d'un fidéicommis, il est contraint de restituer le quart de l'institution au fidéicommissaire. Sur cela, en conséquence, il mettra en vue la garantie, à moins que, par le défunt, elle n'ait été remise. S'il arrive que ce quart soit diminué ou qu'à partir de celui-ci, la richesse soit complétée, d'une action sur le bien* (in rem) *et hypothécaire, il est permis au fidéicommissaire, d'user contre ceux qui ont reçu les réceptionnaires des biens. Cependant, à partir d'ue cause de dot, d'une donation àcause des noces, du rachat de captifs ou s'il n'a pas de quoi d'om faire les dépenses, de ce quart, la diminution est permise ».*

volonté, d'en donner la garantie [475] ; cependant, à défaut d'un douaire, d'un bien de mariage nécessaire ou de rachats de captifs, il peut aussi aliéner le quart [476].

[**Note de Willem Schorer**

Il ne peut en conserver. Ce que l'auteur enseigne ici que l'héritier grec-vé doit rendre le quart de tous les biens est vrai, voir Gomez, *Resolutiones*, t. I, cap. 5, nb 16, même bien que la possibilité d'aliéner lui ait été accordée, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 244, p. 729 à la fin, *Hollandorum*, part. V, cons. 59, p. 199, *Ultrajectina*, part. III, cons. 28, nb 13 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 49, nb 89 ; et cela a été ainsi jugé en 1600, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 8, defin. 37. Ainsi cependant, pour que le fiduciaire puisse aliéner entre vifs les trois quarts, mais non par le biais d'une dernière volonté, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 253, p. 748, et part. VI, cons. 90, p. 520 ; *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 54, nb 17 et 18, p. 18. Et le fiduciaire est astreint à cette restitution des trois quarts à un point tel qu'il est tenu de procurer une garantie à la faveur de sa restitution, voir Lauterbach sur le titre de D. 36, 1 *(Sur le sénatus-consulte Trébellien)*, nb 22 ; Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. IV, tit. 2, defin. 4, p. 378. Voyez ci-dessous le liv. II, chap. XXXVIII, § 3. Cependant, l'aliénation de tout le fidéicommis et permise dans quatre causes : 1. pour procurer dot à la fille, la petite-fille et aux autres semblables ; 2. pour une largesse de fiançailles ; 3. pour le rachat des captifs ; 4. pour procurer les aliments ; voir Menochio, *De præsumptionibus*, lib. IV, præs. 188, nb 1 à 25, et l'auteur dans la marge. Il a été aussi répondu que cette réserve du quart n'avait pas lieu dans le testament mutuel des époux, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 220, p. 476, aux mots *Wat aangaat de twee laatste vragen* - "Pour ce qui concerne les deux dernières questions", et plus longuement, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 1, nb 56.]

[**Willem Schorer sur la note 474 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur dit ici qu'à la faveur de cette charge, les biens récemment aliénés restent obligés est vrai à raison des immeubles ; nous en verrons ci-dessous la raison, liv. II chap. XLVIII, § 36, sur la note 1139.]

[**Willem Schorer**

Il est tenu d'en donner la garantie. Sur cette matière, il faut observer que, dans les usages, la nécessité de faire l'inventaire et de donner la garantie incombe à l'héritier, à un point tel que celle-ci ne peut pas être remise par le testateur (bien que l'auteur le pense ici autrement) et que la peine ajoutée à cette fin n'est d'aucune valeur, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 8, nb 40, du fait que le fidéicommissaire est semblable à l'usufruitier, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 61, nb 1. Maintenant, l'auteur lui-même signale, sur le liv. II, chap. XXXIX, § 3, note 860, que cette garantie usufruitière n'est pas à bon droit remise par le testateur, et ainsi le pense aussi Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 1, nb 36, sur la garantie fidéicommissaire. En effet, personne,

---

[475] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre de D. 36, 3 *(Pour que soit donné garantie à raison de la conservation des legs ou des fidéicommis)* et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*. Cependant, les frères et les sœurs ne sont pas tenus les uns vis-à-vis des autres de faire cette garantie, ni aussi les parents au profit de leurs enfants, voir C. 6, 49, 6 § 1 et Godefroy là et sur C. [référence introuvable, car mal indiquée]. Voyez en outre ci-après chap. XXXIX, note 3 en Groenewegen sur C. 6, 61 *(Des biens qui, aux enfants, établis en leur pouvoir à partir d'un mariage ou qui, autrement, sont acquis et de leur administration)*, 8 § 4.

Le titre en question du Digeste comprend 18 extraits.

Constitution de Zénon adressée à Dioscorus, Préfet du prétoire, et donnée en 489 : *« 1 - De même, pour retenir la part de la Loi Falcidia, nous commandons que cela se présente, si le père ou la mère, à son fils ou à sa fille institués héritiers (comme il a été dit ci-dessus) a demandé que ceux-ci ou celles-ci, aux petits-fils ou aux petites-filles, aux arrière-petits-fils ou aux arrière-petites-filles et ainsi de suite, restituent la succession. 1a - Dans les cas dits ci-dessus, nous ordonnons que cesse la garantie de conservation des fidéicommis, si le testateur n'a pas spécialement disposé que soit demandée cette même garantie lorsque le père ou la mère pensent ne pas devoir s'abstenir de secondes noces ; le fait est que, dans ces deux cas, c'est-à-dire lorsque le testateur a voulu que, spécialement, il soit donnée garantie et lorsqu'en seconds mariages, le père ou la mère se sont unis, il est nécessaire que cette même garantie, à la faveur de l'ordre des lois, soit procurée ».*

[476] Voir ladite Novelle CVIII [citée ci-dessus] ; Sande, *De prohibitione rerum alienandarum*, oart. III, cap. 8, nb 7 avec le suivant ; Menochio, *De oræsumptionibus*, liv. IV, præs. 191 ; Fusarius, *de fideicommissis*, ladite question 645. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle XXXIX, cap. 1, telle que placée sous C. 6, 43, 3.

dans son testament, ne peut modifier le droit. Cette garantie doit être procurée par des garants appropriés, bien qu'aucun mauvais soupçon ne milite contre l'héritier, voir Carpzov, *Responsa electa*, lib. VI, tit. 3, resp. 31, nb 10. Brumemann, sur C. 6, 49 *(Sur le sénatus-consulte Trébellien)*, 6, excepte cependant le fils du premier degré, ce que Huber, sur le titre de D. 36, 3 *(Pour qu'il soit donné garantie pour conserver les legs ou les fidéicommis)*, étend aussi au petit-fils, comme Groenewegen excepte ici d'autres personnes dans sa note. Cependant, Carpzov, dans ledit endroit, nb 15, signale de même qu'ailleurs, le testateur peut remettre cette garantie, et cela au préjudice des légataires et des fidéicommissaires, voir Cooren, *Consilia*, cons. 12, p. 76.

Il est en outre débattu [de savoir] si l'héritier fiduciaire qui ne fait pas l'inventaire perdra la quarte Trébellianique du fidéicommis universel, comme il perdrait la déduction de la [quarte] Falcidie des legs particuliers. Gomez, *Resolutiones*, t. I, cap. 5, nb 12, le refuse. Nous avons vu que cela avait été autrement jugé sur le liv. II, chap. XIII, § 3, sur la note 316. Il est de nouveau demandé si l'héritier chargé [du fidéicommis] purement et simplement, à terme ou sous condition poUrra répéter les dépenses et lesquelles. Il peut recouvrer les dépenses nécessaires parfois et le dépenses utiles, pourvu que le prix de l'édifice soit examiné au moment de la restitution, mais non au moment où il a été fait, voir Gomez, *Resolutiones*, t. I, cap. 12, nb 40. Voyez aussi ce que j'ai relevé ci-dessus quant à la restitution des dépenses sur le liv. II, chap. X, § 19, sur la note 270.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXX. Du reliquat en fidéicommis, sur lequel il faut s'en tenir à la règle de la novelle CVIII, cap. 1 [qui dit] que le quart sauvegardé appartient à celui qui le veut, diffère la communauté des biens continuée à partie de la volonté du défunt, semblable à celui-ci en ce qu'avec une donation ou une dernière volonté, la part à procurer aux héritiers du défunt ne peut pas être diminuée, voyez Cooren, *Observationes*, obs. 11, et une autre décision de la Cour Suprême du 31 octobre 1642 chez Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 8, nb 10.]

§ 14. Ainsi, quand quelqu'un est fait usufruitier de la succession, avec le fait qu'il le délivrera à un autre, ainsi, le mot usufruit est appelé improprement pour [signifier] une propriété qui a une charge [477].

[**Note de Willem Schorer sur la note 477 de Groenewegen van der Made**

Il est d'un droit plus à propos [de savoir] si quelqu'un a légué un usufruit pur et simple ou véritablement un droit de propriété entier, par exemple, si une maison a été léguée pour l'habiter ou pour en jouir ou si un bien-fpnds, non un usufruit, mais une pleine nue-propriété, est considéré avoir été léguée pour les aliments, à moins que la clause "tant qu'il vit" n'ait été ajoutée, comme [le dit] plus longuement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 1, nb 9. Ces deux choses diffèrent en ce que, chaque fois qu'un usufruit pur et simple a seulement été laissé, la nue-propriété ne peut en aucun cas rester chez l'usufruitier.]

*

Chapitre XXI
De l'acceptation et de l'abandon de la succession [478]

§ 1. Ayant suffisamment entendu l'origine de l'INSTITUTION, nous devons en venir à LA **[137]** CONSÉQUENCE, laquelle est l'ACCEPTATION DE LA SUCCESSION.

---

[477] (Note de Groenewegen) Voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 20 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 1, defin. 2, et tit. 3, defin. 4 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 133. Voyez en outre Buys et les docteurs sur D. 7, 1 [*De l'usufruit et comment on en use et on en jouit*], 19 ; Pinellus sur C. 6, 60 *(Des biens maternels et de l'espèce maternelle)*, 1, part. 3, nb 41 et 42 ; Fachinæus, liv. V, cap. 43 avec le suivant ; Vasquez, *De successionibus*, tom. I, liv. I, § 9, nb 8, et liv. III, § 23, nb 50.

[478] (Note de l'éditeur) Voir les titres de D. 41, 2 *(De l'acceptation ou de la perte de la succession)* et de C. 6, 31 *(Du refus ou de la mise à l'écart de la succession)* ; D. 28, 8 *(Du droit de délibérer)* et C. 6, 30 *(Du droit de délibérer et de l'acceptation ou l'acquisition de la succession)*.

§ 2. L'héritier institué n'est pas tenu d'accepter la succession s'il le veut [479] ; mais il peut la délaisser ; il peut délibérer ; il peut aussi l'accepter selon son plaisir, étant bien entendu qu'à raison des épouses, des personnes et des enfants mineurs, tout cela doit être fait par les tuteurs [480].

[**Note de Willem Schorer sur la note 480 de Groenewegen van der Made**

Dans nos usages, l'épouse est sous la puissance du mari, à un point tel que, sans son autorisation, elle ne peut accepter ni repousser une succession ; et cela est vrai d'une façon telle que [le mari] aliène la succession déjà acquise à l'épouse et repousse celle qui lui a été déférée, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 24, 3 *(Le mariage ayant été dissous, la dot est demandée)*, 58. Si cependant, il est clair que le mari, pour tromper son épouse, a fait une donation, ce qui est présumé s'il dilapide ou donne largement tous les biens ou la plus grande partie de ceux-ci sans aucune nécessité, surtout si cela apparaît avoir été faite à la personne conjoint, supposez pour l'utilité des enfants du premier lit, dans un tel cas, Rodenburg, *De jure conjugum*, cap. 1, tit. 2, nb 10 et 11, et Voet qui l'a suivi, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 2, nb 34, rapportent qu'une action utile Paulienne se présente à l'épouse à l'exemple de l'action Paulienne. Voyez ce que j'ai relevé ci-dessus sur le liv. II, chap. XI, § 17.

Du reste, dans nos usages, le tuteur pour le pupille, le curateur pour un prodigue ou un fou acceptent ou repoussent la succession ; cependant, ils agissent avec plus de précaution s'ils ont employé l'autorité du juge ou du magistrat, de façon très sûre, s'ils ont obtenu le bénéfice d'inventaire, voir Voet, lib. 29, tit. 2, nb 34 et 39. Mieux, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 20, 8 *(De l'autorité et du consentement des tuteurs et des curateurs)*, 17, [dit] que le tuteur pourra accepter une succession clairement utile au pupille. La succession que le fils refuse d'accepter n'est pas acquise au père qui l'accepte ; mais, dans nos usages, elle est dévolue aux héritiers les plus proches du défunt ou substitués, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 6 *(Des biens qui, aux enfants établis sous une puissance à partir du mariage ou autrement, sont acquis et de leur administration)*, 6.]

§ 3. Le REFUS doit être fait après que la succession, par la mort, est échue [481] et avant l'acceptation [482]. Il consiste en l'intention qui peut être exprimé par toutes sortes d'indications possibles [483] ; mais une fois une succession refusée, elle ne peut pas être acceptée par la suite [484] ; personne ne peut aussi refuser la succession pour partie et l'accepter pour partie [485].

---

[479] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 30, 16.

Constitution d'Arcadius et Honorius adressée à Ennodius donnée en 395 : *« Personne n'est contraint ni d'acheter, ni d'obtenir un don, ni d'accepter une succession ».*

[480] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 31, 5. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce texte.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudiana et donnée en 293 : *« Le refus des pupilles de la succession déférée fait sans l'autorisation des tuteurs ne leur porte en rien préjudice ».*

[481] (Note de Groenewegen) En argument D. 29, 2, 94.

Extrait du livre III des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« Celui qui refuse les biens d'un survivant, après la mort de ce dernier, ne se voit pas interdire d'accepter la succession, de même, de réclamer la possession des biens ».*

[482] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 31, 4 ; en argument D. 28, 5, 89.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée au soldat Modestinus et donnée en 293 : *« De même qu'un majeur de vingt-cinq ans, avant d'accepter, qui refuse la succession déférée, ne peut pas après la demander, de même, en refusant celle obtenue, il ne fait rien, mais il conserve le droit qu'il a eu, on décide que ce qu'ils ont confessé est tenu pour jugé et ne regarde pas la parole de celui qui refuse la succession, mais celui qui a confiance qu'une certaine quantité est due ».*

Extrait du livre unique *Des cas* de Gaius : *« À celui qui n'est pas solvable, avec quelque accident, il arrive qu'un esclave, avec sa liberté, soit héritier et qu'en outre, un autre héritier soit ajouté ; comme si, l'esclave, avec sa liberté, comme héritier, ayant été institué, ainsi, il a été ajouté : "si, pour moi, Stichus est héritier, alors, que Titius aussi soit héritier" ; car Titius, avant que Stichus, à partir du testament, comme héritier, se soit présenté, ne peut pas être héritier, mais, lorsqu'une bonne fois, comme héritier, s'est présenté l'esclave, celui qui a été ajouté ne peut faire en sorte que celui qui, une bonne fois, comme héritier, se présente, cesse d'être héritier ».*

[483] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 95.

Extrait du livre IV des *Sentences* de Paul : *« Une succession peut être refusée non seulement avec des paroles, mais aussi avec un acte et n'importe quel autre jugement de la volonté ».*

[484] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 6, 31, 4.

§ 4. Celui qui ne refuse ni n'accepte a son DROIT DE DÉLIBÉRER pendant un an [486], laquelle délibération il transmet aussi, mourant dans l'année, à ses descendants, parents ou étrangers [487].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Gidefried van der Keessel**

CCCXXI. Après l'époque de Grotius, il semble avoir été reçu chez nous dans l'usage du tribunal que les héritiers quelconques transmettaient la succession déférée à eux, même l'ignorant, à n'importe quels succeseurs étrangers, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 56, et non malgré l'analogie de notre droit, comme il semble.]

§ 5. L'ACCEPTATION ou la PRISE DE POSSESSION de la succession consiste aussi en l'intention ; laquelle peut être déclarée non seulement par des mots, mais aussi par des actes. **[138]** Car celui qui, étant institué héritier avec de bonnes et différentes connaissances, s'il est arrivé droit à la succession par une dernière volonté ou ab intestat, s'arroge quelque chose des biens laissés, il est entendu accepter la succession [488] ; cela où il a déclaré faire une telle chose par bonté [489] ou que, par le tribunal, il y était autorisé [490].

---

[485] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 2.

Extrait du livre IV d'Ulpien : *« Mais, si quelqu'un, pour plusieurs parts, dans la succession de la même personne, a été institué, il ne peut pas refuser certaines parts et en reconnaître certaines [autres] ».*

[486] (Note de l'éditeur) Celui-ci ne commence pas plus vite et commence à courir depuis que le ci-devant dit droit de délibération a été demandé, voir *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 11, defin. 46 ; Michael Grass, *Receptæ sententiæ de successione* …, liv. II, art. *Jus deliberandi*, quæst. 3, nb 4 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 6, defin. 1 dans le passage *ad primam* et le passage *at si* ; Wesembeck, *Paratitla*, *De adquirenda vel amittenda heredatione* ; voyez en outre Menochio, liv. II, cas. 1. Et la ci-devant dite délibération peut toujours être demandée dans les 30 ans, à moins que le juge, à la demande des créanciers, n'ait arrêté pour cela un délai fixé. Voir les docteurs allégués.

[487] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 30, 19 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 30 *(Du droit de délibérer et de l'acceptation ou l'acquisition de la succession)*, 3. Étant bien entendu au cas où l'héritier a su de son vivant que la succession lui était échue, voir ledit texte de C. 6, 30,19 au mot *sciens* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* là-dessus ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 19, defin. 1.

Constitution de Justinien adressée à Demosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Du fait que, dans les anciennes lois et particulièrement dans les questions de Julius Paulus, nous avons trouvé que les fils de famille qui délibéraient sur la succession paternelle pouvaient, à leur postérité, la transmettre, certaines autres choses ayant été ajoutées qui, à une personne de cette sorte, sont particulières ; nous avons pensé que cette délibération devait être étendue à tous les successeurs, parents ou étrangers. 1 - C'est pourquoi nous consacrons que, si quelqu'un, appelé à partir d'un testament ou ab intestat, a mérité une délibération ou, certes, n'a pas fait cela, cependant, qu'à la succession, il n'a pas renoncé, de sorte qu'à partir de cette cause, il est considéré délibérer, mais qu'il n'a rien fait qui induise une acceptation ou, à la faveur de l'héritier, une administration, il transmettra le ci-devant dit jugement à sa succession, cependant, d'une façon telle que, dans le délai d'une année, cette même transmission ait été terminée. 2 - Et si, certes, celui qui sait que la succession lui a été déférée ab intestat ou à partir d'un testament, une délibération n'ayant pas été demandée dans le délai d'un an, est mort, ce droit s'étendra à sa succession pendant le délai d'un an. 3 - En effet, si lui-même, après que le testament a été enregistré, il lui est connu qu'ab intestat, à partir d'un testament ou autrement, il a été appelé comme héritier, le délai d'un an étant écoulé, n'a rien fait à partir de quoi il aurait manifesté son acceptation ou son refus de la succession, celui-ci, avec sa succession, d'un avantage de cette sorte, sera exclu. 4 - Mais si au contraire, dans le délai d'un an, il est mort, il laissera le reste du temps, pour l'acceptation de la succession, à ses successeurs sans aucun doute, celui-ci étant accompli, à ses héritiers, une autre recours pour obtenir la succession ne sera pas conservé ».*

[488] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 20 pr et § 1.

Extrait du livre LXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« À la faveur d'un héritier, est considéré administrer [une succession] celui qui fait quelque chose comme héritier. Et, de façon générale, Julianus écrit qu'administre seulement à la faveur d'un héritier celui qui administre quelque chose comme héritier ; mais, à la faveur d'un héritier, administrer n'est pas tant une question de fait que d'intention ; car il doit être de cette intention qu'il veut être héritier. Du reste, si, à raison d'une affection, il a fait quelque chose, si, à raison d'une garde, il a fait quelque chose, si, non comme héritier, il a fait quelque chose, mais, avec un autre droit, comme propriétaire, il appert qu'il n'est pas considéré, à la faveur d'un héritier, avoir administré. 1 - Et c'est pourquoi les enfants testent ordinairement qui sont [héritiers] nécessaires et, avec l'intention d'un héritier, n'administrent pas ce qu'ils administrent, mais à raison de l'affection, d'une garde ou en leur faveur. Comme par exemple [un fils] a enterré son père ou, envers lui, a fait ce qui est juste ; si [c'est] avec l'intention d'un héritier, à la faveur d'un héritier, il a administré ; mais, si, à raison de l'affection, il a fait cela, il n'est pas considéré, à la faveur d'un héritier, avoir administré. Il a nourri les esclaves de la succession, les animaux de trait ou les a vendus, s'[il a fait] cela comme héritier, il l'a administrée à la faveur d'un héritier ; ou si [ce n'est] pas comme héritier, mais, pour qu'il la protège, parce qu'il a pensé que cela lui appartenait ou que, pendant qu'il délibère, il a fait quelque chose, étant d'avis que les biens*

[**Note de Willem Schorer sur la notre 490 de Groenewegen van der Made**

Il est demandé, quand l'héritier a enterré le défunt s'il est cru avoir accepté simplement la succession. Cela est refusé, bien qu'il aurait agi avec plus de précaution s'il avait employé une protestation, voir C. 3, 44 *(Des actes religieux et des frais des funérailles)*, 14 § 8, et cela a ainsi été répondu à Utrecht, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 87, nb 12, p. 327, et part. III, cons. 84, nb 21, p. 368. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 2, nb 5, 6, 7 et 8, et les *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 43, p. 180 et suivante, expliquent plus abondamment avec quels actes et dans quels cas quelqu'un est présumé quant au droit s'être comporté ou non à la faveur d'un héritier.

Il n'y a aucun doute que triomphe le bénéfice de C. 6, 33 *(De la suppression de l'Édit du divin Hadrien et comment l'héritier inscrit sera mis en possession)*, 3, comme [cela a été] déjà [dit] ci-dessus, liv. II, chap. II, § 12, sur la note 83. Mais cette mise en possession de la succession est en Hollande et en Zélande demandée au juge ordinaire du domicile mortuaire et ainsi, l'a jugé la Cour de Flandre en 1714, voir *Précis du droit Belgique*, p. 210, à un point tel que les personnes misérables n'usent pas de leur privilège et qu'elle ne peuvent pas aller trouver en première instance la Cour, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 126. Voet, lib. 43, tit. 2, nb 9, signale que cette mise en possession doit être demandée dans l'année et un jour, alors qu'autrement, ce remède est perpétuel, comme le disent eux-mêmes Voet, lib. 43, tit. 2, nb 2, Antonio Perez, *Prælectiones ad Codicem Justinianeum* sur C. 8, 2 *([L'interdit] de ces biens)*, nb 2, Theodor van Tulden, *Commentarius ad Codicem Justinianeum* sur C. 6, 33 *(De la suppression de l'Édit du divin Hadrien et comment l'héritier inscrit sera mis en possession)*, nb 1. Mais il a été répondu à Utrecht que la réclamation de succession devait être intentée là où le possesseur de la succession avait son domicile ou là où la plus grande partie de la succession était située, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 152, p. 662, dont [il sera parlé] ci-dessous, liv. II, chap. XXVI, § 12, sur la note 673. Mais cette loi d'Utrecht a été principalement usitée et Voet, lib. 43, tit. 2, nb 9, à partir de Matthæus, observe aussi qu'il dure au-delà d'un an et un jour ; et pour qu'il y ait lieu à cet avantage, il est requis que l'héritier institué pour la totalité ou pour partie produise au juge un testament non biffé, no aboli etc. Cependant, il n'importe pas [de savoir] si le testament aura été écrit ou sera nuncupatif, voir Cooren, *Observationes*, obs. 37, note b. Mais dans les usages, ce remède est accordé même si la succession a été déférée ab intestat, voir Voet, lib. 43, tit. 2, dans ledit nb 9. À ceux-ci, on peut ajouter ce que [dit] Schomaker, *Responsa et consilia juris*, part. I, cons. 55, nb 27, et [ce qui est dit] ci-dessus, dans le livre II, chap. II, § 12, sur la note 83, quant au droit de la Wetuwe, de même, de Zutphen. Le cons. 55, nb 31, signale qu'elle se présente aux seuls héritiers, non de même aux légataires, voir Gabrielo Alvarez de Velasco, *Consilia et rerum judicatarum consultationes*, t. II, consult. 126, nb 18.]

§ 6. La prise de possession peut être purement et simplement [491] faite sans condition ou ajout d'un délai, en totalité et non en partie [492] et, étant une fois faite, elle ne peut pas être

---

successoraux soient sauvegardés, si, peut-être, à lui, il n'a pas agréé, à la faveur d'un héritier, d'administrer, il appert qu'il n'est pas considéré, à la faveur d'un héritier, avoir administré. Par conséquent, s'il a mis en location des biens-fonds, les a éclairés, ou s'il a fait quelque chose d'autre avec cette intention, comme à la faveur d'un héritier, d'administrer, mais, tandis qu'à celui-ci, il a été substitué ou qu'il va être héritier ab intestat, s'il a veillé ou qu'il a vendu des biens qui vont périr avec le temps, il est dans cette situation qu'à la faveur d'un héritier, il n'a pas administré, parce que, dans cette intention, il n'était pas ».

[489] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 20 pr ; C. 6, 31, 1.

Le premier texte a été donné plus haut dans la note 479.

Constitution d'Antonin adressée à Mucianus et donnée en 215 : *« S'il est établi que, de la succession paternelle, tu t'es tenu éloigné et qu'il a été clairement montré que non comme un héritier, dans la maison, mais comme un habitant, comme un gardien ou pour une autre juste raison, tu avais habité, à partir de la personne de ton père, mon procurateur interdira que tu sois cité à comparaître ».*

[490] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 8, 1 § 1 ; placard du 19 mai 1544 ; instruction du tribunal de la ville de Delft, tit. *Van desolaate boedel* (De la succession abandonnée), art. 4.

Extrait du livre LX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Le préteur dit : "s'il réclame un délai pour délibérer, je l'accorderai" ».*

[491] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 51 § 2 ; D. 50, 17, 17.

Extrait du livre IV des *Questions* d'Africanus : *« 2 - Mais, si quelqu'un a ainsi dit : "si la succession est solvable, j'accepte la succession", l'acceptation est nulle ».*

refaite [493], sauf pour les mineurs, étant conservé leur droit de réclamation dans le cas où ils sont trouvés être préjudiciés [494]. Ce que nous disons *en totalité* a une telle force qu'aussi, celui qui est institué héritier pour une part, dans le cas où son cohéritier ne peut pas physiquement ou n'a pas la possibilité d'être héritier, il doit accepter cette part aussi bien comme la sienne ou laisser partir l'une avec l'autre [495]. Alors, là où il y a plusieurs héritiers, personne ne peut être cité en justice par les créanciers pour plus que sa part [496], excepté dans les dettes individues [497].

Extrait du livre XXIII d'Ulpien : *« Alors qu'un délai est ajouté à un testament, il faut croire qu'il a été ajouté en faveur de l'héritier, à moins que l'intention du testateur n'ait été autre ; de même, dans les stipulations, en faveur du promettant, le délai est ajouté ».*

[492] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 1.

Extrait du livre II *Sur Sabinus* de Paul : *« Celui qui peut acquérir toute la succession ne peut pas, pour partie, en la coupant, l'accepter ».*

[493] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 31, 4.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée au soldat Modestinus et donnée en 293 : *« De même qu'un majeur de vingt-cinq ans, avant d'accepter, qui refuse la succession déférée, ne peut pas après la demander, de même, en refusant celle obtenue, il ne fait rien, mais il conserve le droit qu'il a eu, on décide que ce qu'ils ont confessé est tenu pour jugé ne regarde pas la parole de celui qui refuse la succession, mais celui qui a confiance qu'une certaine quantité est due ».*

[494] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 3 § 2 ; *Institutes de Justinien*, II, xix, § 5.

Extrait du livre du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Je sais aussi que cela, parfois, est arrivé. Un mineur de [moins de] vingt-cinq ans se joint à l'héritage paternel et, devenu majeur, réclame quelque chose des débiteurs paternels ; bientôt, il désire être remis en son premier état, ce par quoi il se tiendrait plus à l'écart de la succession paternelle ; il lui fut opposé qu'étant devenu majeur, il avait approuvé ce qui, pour lui, comme mineur, était décidé. Nous pensons, cependant, qu'il doit être remis en son état initial en considérant le point de départ. De même, je le pense, s'il accepte la succession d'un autre ».*

« § 5. Mais, pour les héritiers étrangers, il y a un pouvoir de délibérer quant à l'acceptation de la succession ou sa non-acceptation. Mais si celui pour lequel il y a le pouvoir de s'en tenir à l'écart, s'est mêlé des biens successoraux ou si l'étranger, auquel, quant à l'acceptation de la succession, il est permis de délibérer, l'a acceptée, par la suite, il n'a pas la possibilité d'abandonner la succession, à moins qu'il ne soit un mineur de [moins de] vingt-cinq ans ; car, de même aux hommes de cet âge qui ont été trompés dans toutes les autres causes, de même, si, au hasard, ils ont reçu une succession préjudiciable, le préteur a donné un secours ».

[495] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 35 ; D. 29, 2, 53 § 1 ; D. 29, 2, 59.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, héritier institué pour une partie, bientôt, à Titius, substitué, avant qu'à partir de la cause de la substitution, lui soit déférée la succession, à la faveur d'un héritier, l'a administrée, il sera héritier à partir de la cause de la substitution aussi, parce que, contre son gré aussi, pour lui, sa part s'est accrue. De même, je le dis aussi, si un fils de famille ou une esclave, sur l'ordre du maître ou du père, ont accepté la succession et que, bientôt, ayant été émancipé ou affranchi, à partir de la cause de la substitution, ils l'acceptent ; car ils [ne] seront [pas moins] héritiers ; ils sont, en effet, les ajouts de la précédente institution. 1 - Si, ayant été exclu par une condition à lui imposée, un père a ordonné que son fils accepte [la succession], il devra être dit que celui-ci n'a pas obtenu sa propre part. 2 - Mais, si, de ses deux fils, à l'un, il l'a ordonné, il devra aussi ordonner que l'autre fils l'accepte ».*

Extrait du livre XIV *Sur les Lois Julia et Papia* de Gaius : *« 1 - Celui qui, une bonne fois, pour une part, est héritier reçoit les parts de ceux qui font défaut aussi contre son gré, c'est-à-dire que, tacitement, pour celui-ci, les parts de ceux qui font défaut s'ajoutent contre son gré ».*

Extrait du livre II des *Parchemins* de Neratius : *« Celui qui, pour son père, a été héritier, si, de même, à un fils impubère, il a été substitué, il ne peut pas passer la succession de ce dernier ; cela doit ainsi être reçu aussi, si, du vivant du pupille, il est mort, qu'ensuite, le pupille, impubère, est mort. Car celui qui a été héritier, pour le pupille aussi, sera héritier nécessairement ; car, s'il oblige celui-ci même contre son gré, il doit être pensé qu'est jointe celle-ci à la succession paternelle et qu'avec un droit d'accroissement, elle est acquise à n'importe quel héritier du père ».*

[496] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 39, 2 ; C. 8, 31, 1 et 2.

Constitution d'Antonin adressée à Titius Florianus (sans date) : *« La raison du droit demande qu'aux créancier de la succession et aux légataires ou aux fidéicommissaires voulant de citer en justice, tu répondes avec celui auquel tu as vendu la succession que tu as fait valoir ton droit en justice selon son ordre. Car, pour qu'il te doit donné garantie, tard, tu souhaiteras, parce qu'au moment où est vendue la succession, cela n'a pas été compris. En effet, bien que, sous cette condition, il l'ait achetée pour faire aux créanciers de la succession, satisfaction, il ne peut être contraint contre son gré, de recevoir les actions successorales ».*

Constitution de Valérien et Gallien adressée à Taurus et donnée en 257 : *« Il est d'un droit clair et indubitable que, le créancier étant mort, de nombreux héritiers ayant été laissés, une action certes personnelle entre eux, à partir de la Loi des XII Tables, est partagée, mais le gage est tenu en totalité pour chacun ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudia et donnée en 294 : *« L'action certes personnelle, entre les héritiers, obtenue à la faveur de chacune des parts, est divisée, mais, selon le droit du gage, de nombreux biens ayant été obligés, du fait que la revendication n'oblige pas la personne, mais suit le bien, ceux qui possèdent qui tiennent, non à la faveur de la mesure de la richesse de chacun, sont cités en justice, mais sur la totalité, afin qu'ils rendent toute la dette ou la cèdent à ce qu'ils détiennent ».*

Dans le cas où celui le testateur, pour un temps, non pour toujours, a interdit le partage entre les héritiers, une telle chose doit être exécutée [498].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 495 et 496 de Groenewegen van der Made**
Chez nous, il est tombé en désuétude que personne ne puisse décéder pour partie testat et pour partie intestat ; par conséquent, le droit d'accroissement, dans la mesure où il s'appuie sur les seules subtilités du droit romain ; toutefois, il n'a pas été simplement aboli, car il est admis chaque fois que la volonté du testateur apparaît comme claire ou du moins probable. L'auteur le dit lui-même ci-dessous, chap. XXIII, § 5, notes 573 et 574. Supposons que le père a institué ses fils encore survivants et les petits-fils issus du fils prédécédé héritiers et que l'un des petits-fils ne veut pas accepter sa part, la part qui fait défaut n'accroît pas celle des fils du défunt, mais celle des seuls petits-fils, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 2, nb 39.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCXXII. Bien que l'héritier inscrit pour la totalité, pour une part, ayant divisé la succession, ne puisse pas l'accepter, cependant, ayant été institué pour partie, il nest pas teniu de reconnaître contre son gré le reste de la succession, ce droit d'accroissement ayant cessé chez nous avec la règle de D. 50, 17 *Des règles de l'ancien droit)*, 7, qui avait été reçu chez les Romains à partir de la nécesssité du droit.]

§ 7. Celui qui a acheté la succession est tenu à toutes les dettes, aussi au-delà de la possibilité de la succession, par cela, le bien du défunt et le sien sont confondus **[139]** [499] et il est entré à la place du défunt [500].

---

[497] (Note du traducteur) C'est Grotius qui traduit ainsi en marge du texte néerlandais le terme *onsplisbaar* ; le terme "individu" tel qu'employé en latin ou en ancien français est un adjectif qui signifie "indivisible", "divisible" étant alors dit "dividu".

(Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 2 § 2 et D. 45, 1, 85 § 2. Voyez Cooren, *Obervationes*, obs. 8 et ci-après, liv. III, chap. I, § 44, notes 75 et 76, et liv. III, chap. XXVI, § 3, dans la note 926.

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Paul : *« 2 - En conséquence, à partir de ces stipulations, les héritiers ne peuvent certes être libérés en faveur de la partie solvable, aussi longtemps que tous n'ont pas donné cette même chose ; en effet, sur le fondement de la personne des héritiers, la condition de l'obligation n'est pas changée. Et c'est pourquoi, si la chose promise ne reçoit pas de division, comme une route, les héritiers de chacun des promettants sont pour le tout tenus ; mais, dans le cas où l'un des héritiers a payé la totalité, il aura une réclamation par son cohéritier avec l'action de partage de succession* (actio familiæ herciscundæ). *À partir de cela, Pomponius dit qu'il arrive certes que chacun des héritiers du stipulant d'un droit de route ou de passage, a pour le tout une action ; mais certains pensent que, dans ce cas, la stipulation est éteinte, parce que, par le biais de chacun, la servitude ne peut être acquise ; mais la difficulté du paiement ne rend pas la stipulation sans effet ».*

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - La seconde espèce [regarde] l'ouvrage que le testateur a ordonné que l'on fasse ; car chaque héritier est tenu pour le tout, parce que l'exécution du travail ne peut être coupé en parties ».*

[498] (Note de Groenewegen) En argument, voir D. 10, 3, 14 § 2 et D. 31, 77 § 20.

Extrait du livre III *Sur Plautius* de Paul : *« 2 - Si l'on convient qu'absolument, aucun partage ne sera fait, il est très clair qu'un pacte de cette sorte n'a aucune force ; mais, si au contraire, durant un certain délai qui, aussi, à la qualité du bien lui-même, est utile, il est valide ».*

Extrait du livre VIII des *Réponses* de Papinien : *« 20 - "À mes très chers frères, mais [aussi] à tes oncles maternels, tout ce qui me reste, en Pamphilie et en Lycie ou que partout, quant aux biens maternels, j'ai accordé, je veux qu'avec ceux-ci, tu n'aies pas de dispute". Tous les biens matériels de la succession maternelle qui, dans cette même cause de propriété, se trouvaient regardent la volonté du fidéicommis ; en conséquence, à partir de ces mêmes richesses, l'argent reçu et versé dans le corps du patrimoine propre, de même, selon la loi du partage, les biens devenus propres ne seront pas fournis, du fait qu'à apaiser les désaccords des proches, il a été veillé, [désaccords] que la matière de la communauté excite ordinairement ».*

[499] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 75 et 95 ; C. 2, 3, 7 ; C. 4, 39, 5.

Extrait du livre VIII des *Règles* de Modestinus : *« De même que l'acceptilation éteint les actions qui précèdent ce terme, de même, la confusion ; car, si le débiteur, est, pour le créancier, un héritier, la confusion de la succession éteint l'action de la réclamation ».*

Extrait du livre XXVIII des *Questions* de Papinien : *« "Stichus ou Pamphile, celui des deux que je voudrai, promets-tu de le donner ". L'un étant mort, seul l'autre qui vit est réclamé, si ce n'est s'il a été commis un retard pour celui qui est mort, que le réclamant a choisi ; alors, en effet, seul celui qui est mort est fourni, de la même manière que si seul, dans l'obligation, il avait été amené. 1 - Si le choix appartenait au promettant, l'un étant mort, celui qui subsiste pourra également être réclamé. Le fait est que, si, du fait du débiteur, l'un est mort, alors que le choix appartenait au débiteur, bien que, dans l'intervalle, ne puisse pas être réclamé un*

autre que celui qui peut être acquitté et que l'estimation du défunt ne peut être offerte, si, peut-être, il était de loin plus vil, parce que cela, en faveur du demandeur, dans la pénalité du promettant, a été établi, cependant, si l'autre esclave, par la suite, sans la faute du débiteur, est mort, en aucune façon, sur le fondement de la stipulation (ex stipulatu)*, il ne pourra agir en justice, du fait qu'à l'époque où il est mort, il n'a pas entrepris la stipulation. Assurément, parce que ne doit pas être impuni ce qui a été commis, une action de dol, non à mauvais titre, était souhaitée ; autrement que pour la personne du garant qui a tué l'esclave promis, parce que le garant, sur le fondement de l'action [née] de la stipulation* (ex stipulatu)*, est tenu, de même qu'il était tenu, si le débiteur, sans héritier, était mort. 2 - L'acceptation d'une succession, parfois, légalement, confond l'obligation, comme si le créancier du débiteur ou, au contraire, le débiteur du créancier a accepté la succession. Parfois, à la faveur d'un paiement, cela échoit, si, peut-être, le créancier qui, à un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a prêté des espèces est pour lui un héritier ; en effet, pour autant que le pupille en a été rendu plus riche, il l'obtiendra, mais, pour la totalité du prêt, il conserve son bien à partir de la succession. Parfois, il arrive qu'une obligation vaine, avec l'acceptation de la succession, soit confirmée. Car, si l'héritier qui a rendu, sur le fondement du [sénatus-consulte] Trébellien, la succession, pour le fidéicommissaire, a été un héritier ou qu'une femme qui, en faveur de Titius, est intervenue a été pour lui une héritière, l'obligation civile commence à raison de la succession de celui qui, légalement, était tenu, elle a perdu le secours de l'exception. Le fait est qu'il est désordonné de donner un secours au sexe d'une femme qui, en son nom, en a fait l'essai. 3 - Le fait que, communément, l'on avance que le garant qui, pour le débiteur, est un héritier, de la cause de garantie, est libéré est vrai chaque fois que l'obligation du débiteur de la promesse est trouvée plus entière. Car, si le débiteur a été seulement obligé, le garant sera libéré. En sens inverse, on ne peut dire que l'obligation du garant est supprimée, si le débiteur a eu une défense propre et personnelle ; car, si, à mineur de [moins de] vingt-cinq ans, il a prêté de bonne foi de l'argent, que ce dernier a perdu les espèces reçues et qu'au moment de sa remise en son état initial, il est mort avec comme héritier le garant, il est difficile de dire que la cause du droit honoraire, qui a pu être une aide pour le mineur, conserve l'obligation du garant qui était la principale et, à celle du garant, elle s'est ajoutée sans considération du droit prétorien. En conséquence, le secours de la remise en l'état initial pour le garant qui, pour le jeune homme, était un héritier, durant le délai établi, sera sauf. 4 - De même que l'obligation naturelle, avec le paiement de l'argent, de même, avec un juste pacte ou avec un serment, selon le droit lui-même, est enlevé ce que le lien de l'équité, avec lequel il était seulement soutenu, selon l'équité de la convention, est détruite ; c'est pourquoi le garant, que le pupille a donné, de ces causes, est réputé être libéré. 5 - Il a été demandé si quelqu'un pourra stipuler ainsi : "à moi ou à mon fils, [promets-tu] que dix soient donnés ?", ou ainsi "à moi ou à mon père". Mais, de façon non désavantageuse, une distinction peut être employée, [à savoir] qu'au fils [de famille] qui, certes, stipule, la personne de son père est alors ajoutée, du fait qu'une stipulation ne peut lui être acquise ; mais en sens inverse, rien n'empêchera que, le père stipulant, la personne du fils soit ajoutée, du fait que, chaque fois, ce que le père, pour son fils, stipule, il est entendu le stipuler pour lui et quand lui-même, pour lui, a stipulé, sur ce qui est exposé, il est évident que, non pour l'obligation, mais pour le paiement, la personne du fils a été ajoutée. 6 - J'ai stipulé qu'un usufruit, à moi ou à Titius, soit donné, Titius ayant vu son statut civil être amoindri* (capite deminuto)*, la possibilité de payer à Titius n'intervient pas, parce que nous pouvons aussi stipuler ainsi : "à moi ou à Titius, quand il aura vu son statut civil être amoindri, [promets-tu] qu'il soit donné ?". 7 - Car, si la personne d'un fou ou d'un pupille a été ajoutée, ainsi, au tuteur ou au curateur, l'argent est à bon droit remis, si, avec aussi la cause de la condition remplie, à bon droit, l'argent, au tuteur ou au curateur, est remis. Ce que, certes, Labéon et Pegasius ont pensé, à raison de l'utilité, doit être reçu ; et cela peut être ainsi reçu, si l'argent, dans le bien du pupille ou du fou, a été versé, de la même façon que si, s'étant vu commander de le donner au maître, à un esclave, il l'avait donné pour qu'à son maître, il le remette. Du reste,, celui qui, à un esclave, s'est vu ordonner de le remettre, en le remettant au maître, ne doit pas être autrement entendu avoir rempli la condition que si, à partir de la volonté de l'esclave, il l'a remis. De même, cela doit être répondu pour le paiement, si, Sempronius ayant stipulé qu'à lui ou à Stichus, l'esclave de Mævius, dix soient donnés, le débiteur, à Mævius, le maître, a payé l'argent. 8 - Si le créancier possède la succession de son débiteur qui ne lui appartient pas et qu'il lui arrive autant, si n'importe quel autre possesseur des biens lui a fait paiement, il libérera l'héritier et l'on ne peut pas dire que les garants sont libérés ; en effet, il faut croire que lui-même a payé à lui-même l'argent, vis-à-vis de celui dont la succession est évincée. 9 - Avec un dol, tu as fait en sorte d'empêcher que tu possèdes ce que, d'une succession qui appartient à un autre, tu as saisi ; si le possesseur a fourni l'évaluation de l'objet ou du procès, cette chose te sera utile, parce que ce n'est en rien de l'intérêt du demandeur ; du reste, si, ayant été auparavant cité en justice, à partir d'un dol passé, tu l'as fourni, en rien, cette chose, au possesseur, ne sera pas utile. 10 - Si, avec mon mandat, à Titius, tu as prêté de l'argent, le contrat de ce type est semblable pour le tuteur et le débiteur du pupille ; et c'est pourquoi, le mandant ayant été cité en justice et condamné, bien que l'argent ait été payé, la raison conseille que le débiteur ne soit pas libéré, mais aussi, le créancier doit procurer au mandant les actions contre le débiteur, pour qu'il lui fasse satisfaction. Il est important que nous ayons fait la comparaison du tuteur et du débiteur d'un pupille ; car, du fait que le tuteur, envers le pupille, est tenu à raison de ce qu'il ne cite pas en justice le débiteur de ce dernier, le jugement contre l'un ayant été reçu, l'autre n'est pas libéré et, si le tuteur condamné a payé, cette chose, au débiteur, ne sera pas utile ; mieux aussi, on dit ordinairement qu'avec l'action contraire de tutelle, il faut agir en justice, afin qu'à lui, le pupille, contre les débiteurs, cèdent ses actions. 11 - Si le créancier, du fait du débiteur, par sa propre faute, a chuté, il s'en faut de peu qu'avec l'action de mandat, du mandant, il ne doive rien poursuivre, du fait qu'avec le défaut de ce dernier, il s'est ajouté qu'au mandant, il ne peut céder ses actions. 12 - Si, entre un acheteur et un vendeur, l'on a convenu qu'avant que quelque chose venant de l'une ou l'autre partie, soit payé, de l'achat, l'on se retire, le garant à ce titre reçu, le contrat ayant été délié, sera libéré ».*

Constitution d'Antonin le Pieux adressée à Julius Maximus et donnée en 214 : *« Si tu étais un héritier pour ton débiteur, l'action que tu vais contre lui a été mêlée à l'héritage accepté. Mais, si, après que tu as conservé cet héritage lors d'un jugement, tu l'as remis à celui sur lequel tu l'avais emporté, avec cette condition et cet accord qu'il ferait satisfaction tant aux autres créanciers qu'à toi pour ce qui t'était dû, si tu n'acceptais pas cet héritage, la foi de l'accord et de la convention doit être respectée, si on*

[**Note de Willem Schorer**

À partir de l'acceptation de la succession, les représentants des défunts deviennent redevable des dettes, cependant, d'une façon telle qu'ils doivent payer chacun à proportion de la part de succession et que la pauvreté de l'un n'alourdisse pas les autres, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 2, nb 26, l'auteur lui-même dans ce chapitre dans la note 496, Carpzov, *Responsa electa*, lib. VI, tit. 7, resp. 64, nb 15, 16 et 17, de même *Processus juris*, tit. 22, art. 2, nb 55, ce qu'il faut entendre à proportion de la part dont quelqu'un est l'héritier, non à proportion de la part du gain, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 2, nb 20, où, dans ce numéro et dans le numéro précédent, il est abondamment discuté sur cette matière, plus longuement ci-dessous, liv. III, chap. XXVI, § 2, sur la note 924. Si cependant, la dette est indivisible [individue], comme la servitude prédiale ou un acte, chacun est cité pour la totalité, lui étant cependant sauvegardée l'action contre les cohéritiers, comme [le disent] l'auteur ci-dessous, liv. III, chap. I, § 44, notes 75 et 76, et Groenewegen dans sa note 923, liv. III, chap. XXVI, § 2.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXIII. Les exécuteurs des testaments, du fait qu'ils sont des quasi procurateurs établis par le testateur pour s'occuper des funérailles, les prêts à réclamer, les legs, le paiement des dettes et l'administration des biens, jusqu'au moment où ils peuvent être partagés et du fait qu'à plus forte raison, ils administrent les affaires des héritiers, ne peuvent pas écarter de la succession les héritiers, à moins que le testateur ne l'ait autrement ordonné, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 1, p. 360 et suivante, ni aliéner les biens contre le gré des héritiers. D'où, il n'a pas mal été statué à Middelburg que tous les héritiers qui consentent entre eux à procurer ce qui leur a été laissé dans le testament, la garantie interposée de la volonté du défunt devant être poursuivie dans l'année, puissent les renvoyer de l'affaire, voir la coutume de Middelburg, rubr. 13, art. 2.]

§ 8. Cependant, cela peut être évité par le droit du BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, lequel droit maintenant, n'est pas autrement utilisé qu'après qu'une autorisation en soit obtenue du haut magistrat du pays [501].

---

ne l'observait pas, on accordera une action sur le fondement d'une stipulation, si seulement elle a été soumise à l'accord, ou bien "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis)*, si une stipulation n'est pas intervenue ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Nonarius Onesimus et donnée en 224 : *« L'acheteur, les actions successorales ayant été confiées, doit user de ce droit dont s'acquitte celui-ci avec la personne de celui-là, bien que l'on ait décidé qu'aussi les actions utiles contre les débiteurs de la succession, à l'acheteur, sont accordées ».*

[500] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 30, 22 § 1.

Constitution de Justinien adressée au Sénat et donnée 531 : *« 1 - C'est pourquoi, à partir de tout cela, il nous est apparu être humain de rassembler une seule loi et de non seulement aider les soldats avec un bénéfice de cette sorte, mais aussi de l'étendre à tous non seulement si une dette imprévue est apparue, mais aussi si quelqu'un trouve que la succession qu'il a acceptée est chargée. En effet, ainsi l'aide de la délibération ne sera pas assez nécessaire, si ce n'est à des hommes craintifs qui craignent ce qui n'est digne d'aucune suspicion. 1a - En conséquence, lorsque la succession, à quelqu'un, à partir d'un testament ou ab intestat, a été déférée, si, certes, directement, il a préféré accepter la succession et qu'avec un espoir très certain, il l'a fait ou qu'il s'en est mêlé, de sorte que, par la suite, il ne la refuse pas, il n'y a besoin d'aucun inventaire, du fait que, pour tous les créanciers, il a été supposé, vu que la succession lui a été gravée dans l'esprit à partir de sa volonté. 1b - De la même façon, si, son esprit n'hésitant pas, il a cru que la succession devait être repoussée ou tenue à l'écart, à lui, très clairement, dans un délai de trois moins à partir duquel l'écrit lui avait été connu ou qu'il avait été appelé comme héritier, il ne renoncera pas à faire un inventaire ni à attendre un autre circuit et il sera étranger à une succession de cette sorte, qu'elle soit chargée ou profitable ».*

[501] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 29 mai 1544, art. 39 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xix [*De la qualité et de la différence des héritiers*], § 6, et sur C. 6, 30, 22 § 1 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 12, defin. 1. Ceci est distinct des lois romaines selon les quelles ce droit d'inventaire est accordé à chacun sans en avoir obtenu la permission du haut magistrat du pays, voir ledit texte de C. 6, 30, 22 §§ 2 et 3 et § 13.

Le premier extrait de cette constitution a déjà été donnée dans la note précédente.

Constitution de Justinien adressée au Sénat et donnée 531 : *« 2 - Mais, si au contraire on doute [de savoir] si la succession du défunt devra être acceptée ou non, il ne pensera pas que lui sera nécessaire une délibération, mais qu'il acceptera la succession ou s'en mêlera, cependant, par tout moyen, un inventaire sera réalisé par lui pour que, dans les trente jours après l'ouverture des tablettes [testamentaires] ou après que l'ouverture des tablettes [testamentaires] lui a été connue ou qu'il a su que la succession lui avait été déférée ab intestat, il prendra l'inventaire commencé sur ces biens que le défunt, au moment de sa mort, avait. 2a - Et cet*

§ 9. Alors, ceci n'est pas accordé chez nous aussi longtemps que quelqu'un est trouvé [502] qui veut se porter simplement comme héritier.

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 8 et 9, et sur les notes 501 et 502 de Groenewegen van der Made**

À partir de l'édit de Charles Quint du 26 mai 1544, art. 39 (il se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, part. I, p. 322), le bénéfice d'inventaire est obtenu du prince et il est accompli dans les quarante jours depuis l'obtention de la pièce officielle ; ce bénéfice peut être demandé dans les trente ans pourvu que les créanciers ou d'autres dont c'est l'intérêt, ne pressent pas l'acceptation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 8, nb 12. En outre, il faut relever que, si les délégués assemblées des États Généraux, aux conseils de l'État ou aux collèges préposés aux affaires maritimes, meurent dans le temps de la délégation et que leur succession est suspecte, ce bénéfice doit être demandé, non par les États de cette province dans laquelle il s'était acquitté de la charge, mais par les États Généraux qui ont mis le défunt [en possession], voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 98.

Du reste, ce bénéfice est refusé à ceux qui se sont déjà comportés à la faveur d'un héritier (à un point tel qu'aux majeurs, la Cour de Flandre avait refusé leur remise en l'état initial en 1699, voir *Précis du droit Belgique*, p. 209) ou dilapidé une succession non encore acceptée ; et il n'est pas accordé à l'héritier, si un autre, bien que plus éloigné en degré, sans inventaire, s'est préparé à accepter la succession, comme [le dit] ici l'auteur dans la note 502, pourvu qu'il puisse succéder ab intestat, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III ; cap. 12. Dans ce cas, la différence n'est pas donnée [de savoir] quels seront les héritiers, ainsi, pour qu'au fils qui accepte la succession paternelle avec un inventaire, le parent consanguin soit préféré ; ce qui est observé en Hollande et en Zélande, bien que dans certaines autres places, les parents consanguins venant le la ligne collatérale soient repoussés. Il a été indistinctement disposé à Utrecht le 3 avril 1583 que le plus éloigné mettait à part le plus proche qui accepte avec un inventaire, voir Sommeren, *De repræsentatione*, cap. 13, § 7. Toutefois, si le plus éloigné veut exclure l'héritier institué ou le plus proche en degré, il est nécessaire qu'il déclare sa volonté avant qu'une fois la cause connue, ce bénéfice ait été confirmé, voir Voet, lib. 28, tit. 8, nb 14. Il faut relever en premier lieu que l'héritier pourra toujours accepter simplement la succession et ne pas en user, bien qu'il en ait déjà obtenu du prince le bénéfice, voir Voet, lib. 28, tit. 8, nb 13.

Enfin, la Cour de Flandre a refusé ce bénéfice à celui qui le demandait en 1674, parce que le défunt n'avait pas laissé [de biens] si ce n'est des meubles, voir *Précis du droit Belgique*, p. 137.]

---

inventaire, dans les soixante jours, par tous les moyens, sera complété en présence des autres tabellions qui, à une confection de cette sorte, sont nécessaires. 2b - Cependant, il est nécessaire que l'héritier mette sa souscription signifiant la quantité des biens et que, sans aucune malice faite ou à faire sur ceux-ci par lui, les biens restent auprès de lui ou, s'il ignore l'écriture ou est empêché d'écrire, en employant un tabellion spécial pour cela seul, afin que, pour lui, il mette les lettres, en plaçant au-devant auparavant un signe respectueux avec la main de l'héritier, à savoir, en joignant les témoins qui connaissent l'héritier et qui, à celui qui l'ordonne, importaient que, pour lui, il souscrive. 3 - Mais, si au contraire, dans les endroits dans lesquels les biens héréditaires ou la plus grande partie de ceux-ci ont été placés, il est arrivé que l'héritier était absent, alors à ceux-ci, nous accordons que doit être compté un délai d'un an depuis la mort du testateur pour la consommation d'un inventaire de cette sorte ; en effet, le délai ci-devant dit est suffisant, quoique, d'un très long espace, ils soient distants, cependant, de leur donner la possibilité de rédiger l'inventaire par eux-mêmes ou par le biais de procurateurs assemblés envoyés dans les endroits ont été placés. (…)13 - Et nous consacrons cela quant à ceux qui ne sont pas pas souciés de demander une délibération que nous pensons, certes, être absolument vaine après cette loi et que l'on doit y déroger ; en effet, lorsqu'il est permis d'accepter une succession et, sans dommage, de s'en éloigner à partir de l'autorité de la présente loi, quelle place est-elle laissée à la délibération ? 13a - Mais, parce que certains, avec une vaine crainte ou une machination frauduleuse, pensent qu'il est nécessaire de nous supplier en faveur de la délibération, dans la mesure où le délai d'un an leur permet de tergiverser, d'examiner la succession, de penser d'autres manœuvres contre elle et de recevoir cette même délibération avec des assertions affligeantes, la prière étant répétée, pour que personne n'ait pensé que nous, nous étions totalement méprisants de l'antiquité, nous leur accordons certes de demander une délibération à nous ou à nos juges, cependant, pas plus largement qu'une année au sommet impérial, certes, mais à nos juges, neuf mois, afin qu'à partir de la générosité impériale, un autre délai ne leur soit pas accordé, mais, s'il a été accordé, il sera tenu pour nul ; en effet, nous accordons que celle-ci soit demandée une seul fois et non plus souvent ».

[502] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 12, defin. 3, quand il y a une parenté du défunt et autrement non. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xix, § 6, ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 13, nb 1 aux mots *ad secundum*. Et, avec cela, un homme ne peut pas dans ce cas parvenir aux successions de ses épouses décédées, comme cela a ainsi été jugé par la Cour et par la Cour Suprême de Hollande, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 7. Voyez en outre, Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 16, art. 50, et vol. IV, decis. 22 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De jure deliberandi.*

§ 10. Celui qui a obtenu l'autorisation doit, dans le quarante jours [503], par le biais d'un huissier ou de quelqu'un d'autre qui en a le pouvoir, en présence de deux témoins, faire inscrire tous les biens meubles et immeubles avec les dettes actives, après, faire évaluer les biens meubles par des personnes qui s'y entendent, assermentées et chargés par la loi de la place où la maison mortuaire est tombée et donner garantie pour l'évaluation qu'il conservera bien les biens et paiera les créanciers et les légataires ainsi qu'il convient, avant qu'il **[140]** en accepte quelque chose sous peine d'être tenu pour un héritier parfait [504], dans le cas où ce qui est dit n'était pas observé, ce sous quoi, il ou elle pourra plus sûrement profiter des biens de la maison mortuaire. Et les dettes de la maison mortuaire peuvent ne pas être tenues pour claires par le biais de celles qui ne sont pas claires ; mais doivent être payées sous bonne sécurité de rapporter ce que les biens ne peuvent pas porter, sans attendre le résultat de la procédure en suspens sur des dettes non claires [505].

§ 11. Les lettres d'autorisation portent avec elles la citation des créanciers devant le tribunal de la place de la maison mortuaire [506] pour y être examinées et être trouvées convenables à entériner ; mais, dans le cas où ici, cela peut tomber en une longue dispute, dans l'intervalle, un curateur est institué pour avoir l'administration des biens de la maison mortuaire [507].

§ 12. Ce qui est ci-devant dit du quart, [à savoir] que l'héritier qui est chargé de le transmettre convient à la conséquence ; mais cela est posé ci-devant [508] dans un désir de clarté.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXIV. Pour que l'héritier, l'inventaire une fois fait, ait la [quarte] Falcidie sauvegardée, il ne semble pas qu'il y ait pour lui besoin de ce bénéfice solennel d'inventaire qui doit aujourd'hui être obtenu et est refusé à l'héritier inscrit, si l'héritier légal veut accepter purement et simplement ; mais il suffit que l'inventaire ait été fait par la foi publique d'un notaire et de témoins.]

*

[503] (Note de l'éditeur) À savoir depuis que cette autorisation est obtenue, voir le ci-devant dit placard du 19 mai 1544, art. 39. Cependant, durant ce délai, cette autorisation et ce droit d'inventaire doivent être demandés, voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 2, defin. 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 30 *(Du droit de délibérer et de l'acceptation ou de l'acquisition de la succession)*, 22 § 2 et, ci-devant, dans l'ajout de la note 477.

[504] (Note de l'éditeur) Voir le ci-devant dit placard [du 19 mais 1544], art. 39 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 12, defin. 6 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 30 *(Du droit de délibérer et de l'acceptation ou de l'acquisition de la succession)*, 22 § 2. Ceci est différent des lois romaines, voir C. 6, 30, 22 § 10.

Constitution de Justinien adressée au Sénat et donnée 531 : *« 10 - Il faut donner la permission aux créanciers, aux légataires ou aux fidéicommissaires, s'ils pensaient qu'une plus grande part de la richesse avait été laissée que l'héritier l'a écrit dans l'inventaire, avec les moyens légaux qu'ils voulaient, d'approuver ce qui reste, soit par le biais de tortures peut-être des esclaves de la succession, suivant notre loi antérieure qui parle de la question des esclaves, soit par le biais du serment de ce dernier, si les autres preuves ont fait défaut, afin que partout, une fois recherchée la vérité, l'héritier ne ressente ni profit ni dommage sur le fondement d'une succession de ce type, à savoir que lui ayant observé que, si des héritiers avaient soustrait, ou caché, ou entrepris de déplacer quelque chose de cette succession, ils seraient contraints, après en avoir été convaincus, de le restituer au double, ou de le compter en montant héréditaire ».*

[505] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du 19 mai 1544, art. 39 et 40.

[506] (Note de Groenewegen) Voir l'ampliation de l'instruction de la Cour de Hollande, art. 5 ; van Merle, *Praxis civilis*, liv. IV, tit. 24, cap. 12, nb 13 et l'aveu du créancier sur cela particulièrement et le non-aveu sur la totalité doivent être publiquement cités par un son de cloche, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 12, defin. 5 et les docteurs allégués là-dessus ; et dans le cas où l'héritier n'a cité pas en justice tous les créanciers conformément à ce qui est ci-devant dit, ainsi, il est jugé par le Conseil de Frise que, par cela, le droit d'inventaire n'est pas tombé, mais que, seulement, les ci-devant dites lettres d'autorisation à l'égard des créanciers non cités sont tenues comme non encore entérinées ou établies, voir Sande, dans ladite defin. 5 ; *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 11, defin. 17.

[507] (Note de Groenewegen) Voir Instruction de la Cour de Hollande, art. 229. Voyez le *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 11, defin. 30.

[508] (Note du traducteur) Voir le chapitre XX ci-dessus.

[141] Chapitre XXII
Des legs et ce qui entre dans les legs [509]

§ 1. Nous avons vu la MANIÈRE DE FAIRE UN TESTAMENT concernant sa principale partie ; voyons-la à l'égard de l'autre partie, à savoir les LEGS.

§ 2. Car, bien ce ne soit pas un titre qui sert pour acquérir l'ensemble des biens, il ne peut cependant pas être ici laissé de côté, parce que le droit de succession, par cela, est amoindri [510] et que l'un ne peut pas être totalement compris sans l'autre.

[**Note de Willem Schorer**
Selon l'auteur, tout le patrimoine du défunt n'est pas transféré par le biais d'un legs, mais la part de l'héritier est seulement diminuée [par lui]. Cependant, celui qui accepté un legs est jugé avoir tacitement approuvé la dernière volonté du testateur, à un point tel qu'il ne peut par la suite la combattre et cela a été ainsi plus souvent jugé en Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, § 6, p. 123.]

§ 3. Une seconde fois, il doit en être ici examiné l'ORIGINE et la CONSÉQUENCE.

§ 4. Ce qui touche l'ORIGINE du fait que l'on peut léguer quelque chose par une dernière volonté peut être suffisamment entendu à partir de ce qui a été ci-devant dit, là où nous avons traité [pour savoir] qui peut, par une dernière volonté, recevoir quelque chose.

§ 5. Il y a alors à voir CE QUI entre dans les legs et COMMENT.

§ 6. CE QUI, c'est-à-dire aussi bien DE QUELLE SORTE que VENANT À QUI.

§ 7. Touchant la première chose, à savoir la SORTE DES BIENS, tout ce qui est dans le commerce entre les hommes est soumis aux legs [511].

§ 8. De plus, ce qui est à venir, comme des fruits qui sont encore en attente [512].

§ 9. En premier lieu, CHAQUE BIEN tant CORPOREL qu'INCORPOREL [513].

---

[509] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx [*Des legs*] ; Digeste, livres 30, 31 et 32 *(Des legs et des fidéicommis)*, C. 6, 37 *(Des legs*).

[510] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 116.

Extrait du livre XI des *Institutes* de Florentinus : *« Un legs est un prélèvement sur la succession, avec lequel le testateur, à partir de ce qui appartiendra en totalité à l'héritier, à quelqu'un, a voulu que cela soit apporté. 1 - À l'héritier, à sa propre charge, un legs ne peut être donné, à la charge d'un cohéritier, il le peut. C'est pourquoi, si un bien-fonds a été légué à celui qui, pour la moitié, a été institué héritier et à deux étrangers, à l'héritier auquel il a été légué, le sixième du bien-fonds appartient, parce que, de lui-même, il ne peut le réclamer, mais du cohéritier qui a la moitié, les deux étrangers étant concurrents, pas plus du tiers ; mais les étrangers, de l'héritier lui-même auquel il a été légué, réclameront la moitié et de l'autre héritier, le tiers. 2 - L'esclave d'autrui, institué héritier, ne peut lui-même, à sa charge, être légué ni en totalité, ni en partie. 3 - À un esclave de la succession, à bon droit, il est fait un legs, bien que celle-ci n'ait pas été acceptée, parce que la succession de la personne du défunt qui l'a laissée s'en acquitte à sa place. 4 - Le bien-fonds légué doit être donné tel qu'il a été laissé. C'est pourquoi, qu'il ait dû lui-même, au bien-fonds de l'héritier, une servitude ou qu'à lui, le bien-fonds de l'héritier [la doive], bien qu'avec la confusion de la propriété, la servitude ait été éteinte, le droit doit être remis dans son état initial. Et, à moins que le légataire ne souffre que soit imposée une servitude, à celui qui réclame le legs, l'exception de dol est opposée ; mais, si, au bien-fonds légué, la servitude n'est pas rendue, une action sur le fondement du testament subsiste ».*

[511] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 4.

« § 4. Non seulement le bien du testateur ou de l'héritier, mais aussi celui d'autrui peut être légué, d'une façon telle que l'héritier est contraint de le racheter et de le payer, ou, s'il ne peut pas le racheter, de donner son évaluation. Mais, si le bien est tel qu'il n'est pas dans le commerce de celui-ci, son estimation n'est pas due, de même que s'il a légué le Champ-de-Mars, des basiliques, des temples ou ce qui, à un usage public, a été destiné ; car le legs n'est d'aucun effet. Ce que nous avons dit, [à savoir] que le bien d'autrui pouvait être légué, doit être ainsi entendu, si le défunt savait que le bien était celui d'autrui, non s'il l'ignorait ; en effet, peut-être, s'il avait su qu'il appartenait à autrui, il ne l'aurait pas légué. Ainsi le divin [Antonin] le Pieux l'a-t-il dit dans un rescrit. Et il est plus vrai [de dire] que celui qui agit en justice, c'est-à-dire le légataire, doit prouver qu'il avait su que le défunt léguait le bien d'autrui, ne doit pas prouver que l'héritier ignorait que le bien appartenait à autrui, parce que la nécessité de prouver incombe toujours à celui qui agit en justice ».

[512] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 7.

« § 7. Ce bien aussi qui, dans la nature des choses, ne se trouve pas, si seulement il est futur, à bon droit, est légué comme les fruits qui, sur ce bien-fonds, seront nés ou ce qui, de cette servante, sera né ».

[513] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 21.

§ 10. CORPORELS, comme telles maisons, telle terre.

§ 11. Là où aussi, cela est, avec une fausse indication, **[142]** nommé [514], ou autrement, par une certaine circonstance, mal décrit [515], comme si je disais : la terre située à Ryswyk et qu'elle est située dans la la seigneurie de La Haye ou que j'ai nommé un héritage et qu'il a été acheté, avec le fait que l'on voie clairement ce qui était signifié avec cela.

§ 12. Et, dans le cas où l'on ne sait pas de deux biens, lequel des deux est signifié avec l'obscurité des termes, ainsi, l'héritier peut l'entendre pour le moindre [516].

§ 13. La chose qui a été améliorée après le legs suit le légataire ; comme si, par la suite, la maison, avec de nouvelles colonnes, était ornée [517].

§ 14. Dans le cas contraire, dans le cas où quelque chose de tel était déprécié ou péri sans contribution de l'héritier ou sans qu'il eût été négligent dans la livraison, cela viendrait au préjudice de ceux auxquels cela était légué, comme si la maison léguée était brûlée ou qu'un certain cheval nommé était mort [518].

« § 21. Si un pécule a été légué, sans aucun doute, toute ce qui, au pécule, s'ajoute ou en est parti, du vivant du testateur, est au profit du légataire ou à sa perte. Si, après la mort du testateur, , avant l'acceptation de la succession, un esclave l'a acquise, Julianus dit que, si, certes, à celui-ci, son affranchissement avait été légué, tout ce qui, avant l'acceptation de la succession, a été acquis, au légataire échoyait, parce que la date de ce legs, la succession ayant été acceptée, échoyait ; mais si, à un étranger, le legs avait été fait, , celle-ci n'échoyait pas au legs, à moins qu'à partir de biens relatifs au pécule, le pécule n'ait été accru. Si le pécule n'a pas été légué, à l'affranchi, il n'est pas dû, bien que, vivant, il l'ait affranchi, il suffit qu'il ne soit pas perdu ; et ainsi, les divins Sévère et Antonin l'ont-ils dit dans un rescrit. De même, ils ont dit dans un rescrit qu'un pécule ayant été légué, celui-ci n'était pas considéré avoir été laissé pour qu'il ait la réclamation de l'argent que, dans les comptes de son maître, il a dépensé. De même, ils ont dit dans un rescrit que le pécule était considéré avoir été légué, quand, les comptes ayant été rendus, il s'était vu commander d'être libre et, à partir de lui, d'apporter les choses restantes ».

[514] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 29.

« § 29. Si, sur le nom, le surnom et le nom, le testateur s'est trompé, si, quant à la personne, cela est clair, le legs n'est pas moins valide ; de même, pour les héritiers, on l'observe et à bon droit ; en effet, les noms ont été trouvés pour désigner les hommes dont il n'est en rien d'intérêt, si, de n'importe quelle façon, ils sont entendus ».

[515] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 30.

« § 30. Proche de cela, il y a cette règle de droit [qui dit] qu'avec une fausse indication, le legs n'est pas détruit. Comme si quelqu'un avait ainsi légué "Stichus, mon esclave né dans la maison, je le donne, je le lègue" ; bien qu'il ne soit pas un esclave né dans la maison, mais qu'il ait été acheté, quant à l'esclave cependant, le legs est effectif. Et si, convenablement, il a indiqué ainsi : "l'esclave Stichus qu'à Seius, j'ai acheté" et qu'à un autre, il a été acheté, le legs est effectif ».

[516] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 39 § 6 et D. 32, 75.

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 6 - Je sais qu'à partir d'un fait, il a été traité, alors que quelqu'un qui a deux biens-fonds du même nom a légué le bien-fonds Cornélien, que l'un est d'un plus grand prix, l'autre d'un moindre [prix], que l'héritier dit que celui de moindre prix avait été légué et que le légataire [dit que c'était celui de] plus grand prix, communément, on dira en tout cas que celui-ci a légué celui de moindre prix, si le légataire n'a pas pu prouver que [c'était celui] de plus grand prix ».*

Extrait du livre XX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Des espèces [monétaires] ayant été indistinctement léguées, il a été reçu que les plus petites étaient considérées avoir été léguées, si, ni à partir de l'usage du père de famille, ni à partir de la coutume de la région, d'où il était, ni, à partir du contexte du testament, cela ne peut apparaître ».*

[517] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 39 ; *Institutes*, II, xx, § 19.

Extrait du livre III *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Si, sur un terrain légué, après la confection du testament, une construction a été placée, l'un et l'autre seront dus, le terrain et la surface ».*

« § 19. Enfin, une maison ayant été léguée, les colonnes et les marbres qui, après la confection du testament, ont été ajoutés, au legs, échoient ».

[518] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 16 ; D. 30, 42 § 2. Voyez en outre Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. IX, tit. 13 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 30 *(Des legs et des fidéicommis)*, 47 § 6.

« § 16. Si le bien légué, sans le fait de l'héritier, a péri, au légataire, cela échoit. Et, si l'esclave d'autrui légué, sans le fait de l'héritier, a été affranchi, l'héritier n'est pas tenu. Mais, si l'esclave de l'héritier avait été légué et que lui-même l'a affranchi, Julianus écrit qu'il est tenu, il n'importe pas qu'il ait su ou ignoré que, par lui, il avait été légué. Mais, si, à un autre, il a donné l'esclave et que celui auquel il l'a donné l'a affranchi, l'héritier est tenu ».

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - C'est pourquoi, si Stichus a été légué et que, par la faute de l'héritier, il n'apparaît pas, [l'héritier] devra payer son évaluation ; mais, si aucune faute n'intervient, l'héritier doit donner garantie quant à la restitution de l'esclave, non payer son évaluation. Mais, si l'esclave d'autrui est en fuite sans la faute de l'héritier, de même, on peut le dire ; car, pour celui d'autrui, la faute peut-être reçue ; mais il donnera garantie d'une façon telle que, s'il avait été arrêté, lui-même ou son évaluation sera fourni ; ce qui, pour un esclave, par des ennemis, capturé, est établi ».*

§ 15. Ce qui est plus, dans un tel cas, le légataire ne pourrait aussi pas [demander] ce qui était seulement une conséquence de ce qui a péri, comme l'a bride, dans le cas où quelqu'un a légué le cheval avec la bride [519].

§ 16. Dans le cas où la chose appartenant au testateur et léguée par lui était chargée en quelque endroit, ainsi, une distinction doit être faite [pour savoir] si, par la force de la charge, la propriété pourrait être perdue, laquelle chose a lieu pour les biens qui sont hypothéqués par une manière de gage [520], dans lequel cas l'héritier doit libérer le bien, à moins qu'un autre chose ne fût dite ; et **[143]** une telle chose ne peut pas suivre à partir des charges, comme la non-libération des héritages, dans lequel cas, le légataire doit se contenter de ce qui lui est légué, aussi bien ou mal que c'est [521].

[**Note de Willem Schorer**

Quand le testateur a légué un bien obligé à la faveur d'un revenu annuel, il est demandé à qui appartiendra de payer un revenu qui se renouvelle chaque année. Il a été jugé que, dans ce cas, la charge incombait au légataire. En outre, il est controversé [de savoir] si l'héritier ou le légataire sera tenu de délier le gage. Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ*, decis. 11, affirme que, dans ce cas aussi, le légataire est tenu, s'il a voulu qu'un fief soit libre. Il n'importe pas [de savoir] si le testateur aura connu cette charge ou s'il ne l'a pas connue ; ce qui triomphe autrement pour le legs de la chose d'autrui, comme [le dit] l'auteur dans la note 561 du § 39. Qu'en est-il si le testateur a légué purement et simplement le bien propre du légataire, mais qu'au testateur lui-même, se présente quelque droit, comme celui de superficie ou emphytéotique ? En cela même, le testateur est

---

[519] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 17 ; mais voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 31 [*Des legs et des fidéicommis*], 49 et 65 § 1.

« § 17. Si quelqu'un a légué des servante avec leurs enfants nés, même si les servantes sont mortes, les enfants échoient au legs. Il en est de même, si des esclaves réguliers, avec leurs remplaçants, avaient été légués, de sorte que, bien que les réguliers soient morts, cependant, les remplaçants, au legs, échoient. Mais, si un esclave, avec son pécule, avait été légué, l'esclave étant mort, affranchi ou aliéné, le legs du pécule est éteint. Il en est de même, si un bien-fonds équipé, avec son outillage, avait été légué ; car, le bien-fonds ayant été aliéné, le legs de l'outillage est éteint ».

[520] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 5 ; D. 30, 57 ; C. 6, 42, 6. Mais cela n'a pas lieu pour les rentes annuelles, voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 11.

« § 5. Mais, si quelqu'un a légué a légué un bien obligé au créancier, l'héritier aura nécessairement à le délier. Et, dans ce cas aussi, on décide la même chose que pour le bien d'autrui, de sorte qu'ainsi seulement, l'héritier a nécessairement à le délier, si le défunt savait que le bien était obligé ; ainsi, les divins Sévère et Antonin l'ont-ils dit dans un rescrit. Si, cependant, le défunt a voulu que le légataire le délie et l'a dit, l'héritier ne doit pas le délier ».

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si le bien obligé, par le biais d'un fidéicommis, a été laissé, si, certes, le testateur sait qu'il est obligé, par l'héritier, il doit être acquitté, si ce n'est si, d'une autre intention, il était ; s'il ne le sait pas, [il est acquitté] par le fidéicommissaire (si ce n'est s'il avait laissé ce bien ou un autre, s'il savait qu'il était obligé), quand quelque chose peut être de reste, une fois payé l'argent [dû] à autrui. Si le testateur était de cette intention que, bien qu'il n'ait pas voulu la charge de la libération des biens-fonds concerne ses héritiers, cependant, ouvertement, en tout cas, quant à leur libération, il ne l'a pas pensé, le fidéicommissaire pourra, par le biais de l'exception de dol, des créanciers qui, avec l'action hypothécaire, contre lui, ont agi en justice, obtenir que les actions lui soient produites ; bien que, dans son temps, il ne l'ait pas fait, cependant, par le biais de la juridiction du gouverneur de la province, cela lui sera procuré ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Nilus et donnée en 224 : *« L'héritier doit délier les biens-fonds obligés laissés par le biais d'un legs ou d'un fidéicommis, surtout quand le testateur n'a pas ignoré la condition de ceux-ci ou que, s'il l'avait su, , il t'aurait légué autre chose qui ne serait pas d'une moindre valeur. 1 - Mais, si au contraire, par le créancier, ils ont été vendus, l'héritier est contraint d'en payer le prix, à moins que la volonté contraire du défunt, par l'héritier, ne soit montrée ».*

[521] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 70 pr et § 1 ; D. 30, 116 § 4.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si l'esclave de Titius a, envers moi, commis un vol, qu'ensuite, Titius, m'ayant institué héritier, a légué l'esclave, il n'est pas injuste que l'esclave te soit livré, tel que, chez Titius, il se trouvait, c'est-à-dire pour que tu me paies une indemnité au titre du vol que celui-ci a commis chez Titius. 1 - Car, si le bien-fonds qui, envers mon bien-fonds, avait une servitude, t'a été légué, il ne devra pas être par moi, à toi, autrement livré que pour que je reçoive la servitude originelle ».*

Extrait du livre XI des *Institutes* de Florentinus : *« 4 - Le bien-fonds légué doit être donné tel qu'il a été laissé. C'est pourquoi, qu'il ait dû lui-même, au bien-fonds de l'héritier, une servitude ou qu'à lui, le bien-fonds de l'héritier [la doive], bien qu'avec la confusion de la propriété, la servitude ait été éteinte, le droit doit être remis dans son état initial. Et, à moins que le légataire ne souffre que soit imposée une servitude, à celui qui réclame le legs, l'exception de dol est opposée ; mais, si, au bien-fonds légué, la servitude n'est pas rendue, une action sur le fondement du testament subsiste ».*

présumé avoir remis son droit au légataire, mais, si un tel droit se présente à un tiers, l'héritier est tenu de libérer le bien de cette charge ; ce qui est de nouveau refusé pour une servitude préadiale, parce que les servitudes prédiales ne diminuent pas de la même façon que l'usufruit la propriété du nu-propriétaire. Voet [en dit] plusieurs choses, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 30, nb 29.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXV. Si, à partir du bien légué, un revenu annuel est dû qui peut être racheté, il appartient à l'héritier de le racheter, voir Grotius, *Hollandiæ consilia*, part. III, 2e st., cons. 190. S'il ne peut pas être racheté, cette charge revient au légataire, ce que semble regarder la décision de la Cour [rapportée] chez Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 11, nb 2.]

§ 17. INCORPORELS, comme l'usufruit de quelque chose [522], un droit de passage [523], ce dont il sera parlé ci-après dans le chapitre sur la propriété imparfaite.

§ 18. Sous cela, sont aussi compris les ACTES, comme je veux que mon héritier construise pour Arend une maison ou qu'il le libère de cette charge [524].

§ 19. Dans les legs, entrent aussi les UNIVERSALITÉS DE CHOSES, comme QUELQUE CHOSE DE TOTAL.

§ 20. Par exemple, un TROUPEAU, c'est-à-dire *un rassemblement de bêtes qui paissent ensemble.* Dans le cas où celui-ci est augmenté ou amoindri, une telle chose vient au profit ou au dommage de celui auquel le bien est légué ; et là où il n'en est resté qu'une bête, ainsi, le legs a lieu [525].

[**Note de Willem Schorer sur la note 525 de Groenewegen van der Made**

Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 31 *(Des legs et des fidéicommis)*, 65, pense que cette même raison a lieu pour un quadrige légué ou si un seul cheval avait suffi comme dans un troupeau.]

§ 21. Le MEUBLE est *tout l'ensemble des biens meubles qui sont trouvés dans une maison.*

§ 22. L'USTENSILE DE MÉNAGE est *l'ensemble de ce qui, proprement appartient au service de la maison*, comme les bancs, les chaises, les coffres [526].

§ 23. L'OUTILLAGE d'une TERRE et d'une HABITATION est *l'ensemble de l'outillage de la ferme* [527].

---

[522] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 33, 2 *(De l'usage, de l'usufruit, du revenu, du droit d'habitation et des ouvrages donnés par un legs ou un fidéicommis).*

[523] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 33, 3 *(Du legs d'une servitude).*

[524] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 21, à la fin.

« § 21. (…) De même, ils ont dit dans un rescrit que le pécule était considéré avoir été légué, quand, les comptes ayant été rendus, il s'était vu commander d'être libre et, à partir de lui, d'apporter les choses restantes ».

[525] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 18.

« § 18. Si un troupeau a été légué et que, par la suite, à une seule brebis, il en est arrivé, ce qui subsiste peut être revendiqué. Mais, un troupeau ayant été légué, aussi, Julianus dit que ces brebis qui, après la confection du testament, au troupeau, se sont ajoutées ; en effet, le corps unique du troupeau, à partir de différentes têts est comme l'unique corps d'une maison à partir de différentes pierres ».

[526] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 10, 1 et 6.

Extrait du livre VI de Pomponius : *« Le mobilier est l'outillage domestique du père de famille qui, n'ayant pas été fait en argent ou en or, ou en vêtements, sera compté ».*

Extrait du livre III des *Digestes d'Alfenus résumés par* Paul : *« Je pense qu'appartiennent au mobilier ces biens qui, à l'usage commun d'un père de famille, auront été préparés, qui n'auront pas le nom de leur espèce séparément ; c'est pourquoi ceux qui regardent quelque genre d'artisanat, à l'usage commun du père de famille, n'auront pas été adaptés n'appartiennent pas au mobilier. 1 - Mais les tablettes à écrire et les registres, dans le mobilier, ne se trouvent pas ».*

[527] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 7, 12.

Extrait du livre XX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il a été demandé si le blé qui, pour la nourriture de ceux qui cultivent, aura été préparé, à l'outillage, échoit. Et, à beaucoup, cela agrée, parce qu'il sera consommé ; mieux, l'outillage est l'apprêt des biens qui, plus longtemps, dureront, sans lesquels ne pourra pas être exercée la possession ; s'y ajoute le fait que les vivres, plus à raison de la nourriture qu'à raison de la culture, seront préparés. Mais moi, je pense que le blé et le vin, pour les vivres, préparés, dans les ressources, sont compris ; et ainsi, ses auditeurs ont-ils rapporté que Servius l'avait répondu. De même, pour certains, il a été considéré*

que le blé qui, pour semer, a été déposé, dans les ressources, est compris, je pense parce qu'à l'instar de la culture, il se trouvera et ainsi, est consommé, de sorte que, toujours, il soit remplacé ; mais, pour semer, en rien, de la nourriture, il ne diffère. 1 - Pour conserver les fruits, comme les greniers, parce que les fruits y sont gardés, les cruches et les petits coffres, dans lesquels les fruits sont placés ; mais ceux qui, pour exporter les fruits, sont préparés, il est établi qu'ils appartiennent à un outillage, comme les ustensiles, les véhicules, les navires, les tonneaux et les sacs du cuir. 2 - Mais Alfenus dit que, si [le testateur] a légué certains des esclaves à d'autres, les autres qui, sur le bien-fonds, se trouvaient ne sont pas compris dans l'outillage, parce qu'il pensait qu'un être animé n'appartenait en rien à un outillage ; cela n'est pas vrai, il est établi, en effet, que ceux qui, pour une terre, là, se trouvent, dans l'outillage, sont compris. 3 - Il est demandé si l'esclave qui, comme colon, sur la terre, se trouvait, dans l'outillage légué se trouvera. Labéon et Pegasus, à bon droit, l'ont refusé, parce que, non à la faveur d'un outillage, sur le bien-fonds, il se trouvait, même si, ordinairement, à la domesticité, il commandait. 4 - Mais Labéon pense que le garde forestier est seulement compris, qui, pour conserver les fruits, a été préparé, non celui qui, pour garder les bornes, [l'a été] ; mais Neratius [pense] aussi que celui-ci [y est compris] et, de cette règle, nous usons, de sorte que tous les gardes forestiers y sont compris. 5 - Trebatius, plus largement, pense qu'aussi le boulanger et le barbier qui, pour la domesticité rurale, ont été apprêtés, sont compris, de même, l'artisan qui, pour réparer la maison de campagne, a été préparé, les femmes qui cuisent le pain et celles qui servent la maison de campagne ; de même, les meuniers, si, pour un usage rural, ils ont été préparés ; de même, la cuisinière et l'intendante, si, de quelque façon, à l'office, elles aident leur mari ; de même, les fileuses qui vêtent la domesticité rurale et celles qui cuisent les fricots pour les esclaves ruraux. 6 - Mais il est demandé si l'outillage de l'outillage, dans le legs d'un outillage, est compris ; en effet, ce qui, à raison des esclaves ruraux, est préparé, les fileuses, [les tondeurs de laine], les foulons et les cuisinières ne sont pas un outillage de la terre, mais de l'outillage. Je pense, en conséquence, qu'aussi, le cuisinier y est compris ; mais aussi les fileuses et les autres qui, ci-dessus, ont été énumérés ; et ainsi, ses auditeurs ont-ils dit que Servius l'avait répondu. 7 - Les épouses aussi et les bébés de ceux qui, ci-dessus, ont été énumérés, il faut croire que le testateur a voulu que ceux qui, dans la même maison de campagne, vivent, dans le legs, soient compris ; en effet, il ne doit pas être cru avoir enjoint une difficile séparation. 8 - Si, quelque partie de l'année, sur le bien-fonds, paissent des troupeaux, une autre partie, pour eux, du fourrage est amenée, ou les esclaves, si, quelque partie de l'année, par eux, la terre est cultivée, quelque autre partie, pour un loyer, sont envoyés, ils n'en sont pas moins compris dans l'outillage. 9 - Il est établi que le sommelier aussi, c'est-à-dire celui qui a été préposé pour que les comptes soient sauvegardés, de même, le portier et le muletier appartiennent à l'outillage. 10 - Et les meules, les machines, le foin, les pailles, l'âne [utilisé pour] les machines, la machine pour séparer le blé, le récipient de bronze dans lequel le vin est cuit et le raisiné est fait, l'eau pour boire et pour laver la domesticité est préparée, appartiennent à l'outillage, aussi les cribles et les chariots, dans lesquels le fumier est transporté. 11 - Mais Cassius écrit que ce qui, dans le sol, est contenu n'appartient pas à l'outillage du bien-fonds, comme les roselières et les saussaies, avant qu'elles aient été coupées, parce que le bien-fonds, d'un bien-fonds, ne peut pas être l'outillage ; mais, si elles ont été coupées, je pense qu'elles y sont comprises, parce qu'à l'obtention de fruits, elles servent. 12 - De même, pour les marais, il faut le dire. Si, sur une terre, il y a des chasses, je pense que les chasseurs aussi, les pisteurs, les chiens et les autres choses qui, pour la chasse, sont nécessaires, dans l'outillage, sont compris, surtout si la terre, à partir de cela, a eu son revenu. 13 - Et, si, d'une chasse aux oiseaux, il y a eu un revenu, les oiseleurs, les filets et l'outillage pour cette affaire, dans l'outillage de la terre, seront compris. Sabinus et Cassius ont pensé que cela n'était pas étonnant, du fait que les oiseaux, dans l'outillage, à l'exemple des abeilles, sont compris. 14 - Si quelqu'un, du même outillage, sur un grand nombre de terres, use, il est demandé à quelle terre appartiendra l'outillage. Et moi, je pense que, si, certes, apparaît la volonté du père de famille [de savoir] à quelle terre, plutôt, il l'avait destiné, l'outillage appartiendra à celle-ci ; les autres terres, en effet, par cette terre, sont comme modifiées, s'il n'appert pas qu'à l'outillage d'aucune, elle échoit ; en effet, à la faveur de la partie, nous partagerons l'outillage. 15 - L'ustensile de vaisselle et les autres choses, si, par quelque moyen, sur la terre, ils se trouvaient, dont le père de famille sera plus pourvu, dans l'outillage du bien-fonds, ne sont pas compris. 16 - Si la maison est un outillage légué, il doit être vu ce qui sera compris. Et Pegasus dit que cet outillage appartient à la maison qui, pour écarter une tempête ou à raison d'un incendie, est préparé, non ce qui [l'a été] à raison du plaisir ; c'est pourquoi ni les vitres, ni les voiles, qui, à raison du froid ou de l'ombre, dans la maison, se trouvent ne sont dus. Telle était l'opinion de Cassius qui disait qu'entre l'outillage et l'ornement, il y avait une grande différence ; en effet, appartient à l'outillage ce qui regarde la protection de la maison, à l'ornement, ce qui [regarde] le plaisir, comme les tableaux peints. 17 - Mais Cassius [dit] que les voiles de Cilicie appartiennent à l'outillage, [elles] qui sont préparées pour que les constructions, du vent ou de la pluie, ne soient pas incommodées. 18 - La plupart et Pegasus disent que le vinaigre aussi, qui, pour éteindre un incendie, est préparé, de même, les pièces d'étoffe rapiécées, les pompes à incendie, les perches aussi, les échelles, les corbeilles, les éponges, les seaux et les balais y sont compris. 19 - Mais la tuile et la solive préparées à raison de cette affaire, dans l'outillage, sont comprises, si, pour une cause de cette sorte, [la maison] a des solives préparées qui, à d'autres usages, ne servent pas. Par conséquent, si quelqu'un avait des étais nécessaires pour cette affaire, aussi, ceux-ci, dans l'outillage de la maison, seront compris. 20 - Quant aux voiles qui, sur des lieux découverts, s'étendent, de même, quant à ceux qui sont autour des colonnes, Celsus écrit que, comme ustensiles de vaisselle, ils doivent être comptés et ainsi, Sabinus et Cassius, le pensent-ils. 21 - Il est établi que les canaux aussi, les grappins et les seaux, dans l'outillage, sont compris. 22 - De même, les perches, avec lesquelles les toiles d'araignée sont nettoyées, de même, les éponges, avec lesquelles les colonnes, les carrelages et les cordons saillants sont nettoyés, les échelles qui, pour les plafonds lambrissés, sont employées, appartiennent à l'outillage, parce qu'ils rendent la maison plus raffinée. 23 - Papinien aussi, dans le livre VII de ses Réponses, dit : les sceaux et les statues apposés, dans l'outillage de la maison, ne sont pas compris, mais ils sont une partie de la maison ; mais ceux qui n'ont pas été apposés, dans l'outillage, ne sont pas compris, dit-il ; en effet, comme du mobilier, ils sont comptés, étant exceptée l'horloge de bronze qui n'a pas été apposée ; car, dans l'outillage de la maison, il pense qu'elle est comprise, comme le vestibule de la maison, s'il y a une couverture, dit-il, dans l'outillage de la maison, est compris. 24 - Mais les tuyaux, les canaux, les cratères et si, de quelque manière, il y a d'autres choses qui, pour les eaux ruisselantes, sont

nécessaires, de même, les verrous et les clefs sont plus une partie de la maison qu'un outillage de la maison. 25 - Je pense que les vitres aussi apposées sont plus une partie de la maison ; car, à la vente d'une maison, les vitres et les objets de décorations échoient, que, dans le bâtiment, ils aient été placés ou, pour un temps, retirés. Mais, s'ils ne l'ont pas été, mais, cependant, ont été replacés pour être remplacés, si, par quelque moyen, ils manquent, dans l'outillage, plutôt, ils seront compris. 26 - Je pense que les treillis aussi, dans l'outillage, sont compris. 27 - Mais, si le bien-fonds n'a pas été, avec ses outillages, légué, mais d'une façon telle qu'il ait été équipé, il a été demandé s'il y sera compris plus que si, avec son outillage, il avait été légué. Et Sabinus, dans ses livres Sur Vitellius, écrit qu'il doit être dit qu'il y a plus, lorsque le bien-fonds équipé est légué que si [c'était] avec son outillage ; nous voyons cette opinion, chaque jour, grandir et s'affermir. Il faut voir de combien ce legs est plus riche. Et Sabinus le détermine et Cassius, sur Vitellius, le relève [en disant] que tout ce qui, pour lui, a été rassemblé pour que le père de famille soit plus équipé, dans l'équipement, dit-il, sera compris, c'est-à-dire ce qu'ici, il a eu, pour qu'il soit plus équipé. En conséquence, dans ce legs, non l'outillage de la terre, mais son propre outillage, il est considéré l'avoir laissé. 28 - Par conséquent, si le bien-fonds a été légué équipé, le mobilier sera compris, qu'à cet endroit, il y avait pour son usage, et non seulement les couvertures, mais aussi ce dont, ici, il usait ordinairement ; les tables aussi en ivoire ou aussi, les autres, de même, la verrerie, l'orfèvrerie et l'argenterie ; les vins aussi, si, ici, il en avait l'usage pour lui-même, sont compris et s'il y a quelque chose d'autre de nécessaire à nos besoins. 29 - Mais, si, par quelque moyen, il ne les y a pas rassemblés pour son propre usage, mais pour une garde, ils ne seront pas compris ; les vins aussi qui, dans des caves, se trouvent, n'y échoient pas ; et, de cette règle, nous usons, [à savoir] que ce que, là, le père de famille a eu comme dans un grenier ne sera pas compris. 30 - Celsus aussi, dans le livre XIX de ses Digestes, écrit que les fruits déposés là pour y être vendus ou pour, à un autre usage que celui du bien-fonds, y être convertis, dans l'équipement du bien-fonds, ne sont pas compris. 31 - De même, Celsus, dans le même livre, dit qu'aussi, les esclaves préposés au mobilier et les autres de cette sorte y sont compris, c'est-à-dire les services domestiques dont il avait été pourvu sur ce bien-fonds (en dehors de ceux qui ont reçu leur liberté) et qui, à la campagne, vivent ordinairement. 32 - Si [le testateur] a légué le bien-fonds équipé, ces esclaves entraînés qu'ici, il a eus, pour que, lorsqu'ici, il est arrivé, ils soient à disposition dans la salle à manger, dans le legs, sont compris. 33 - Les compagnons des esclaves, c'est-à-dire leurs épouses et les enfants nés, il est vrai que, dans le bien-fonds équipé, ils sont compris. 34 - Mais, dans le legs du bien-fonds, il est établi que la bibliothèque et les livres qui, à cet endroit, se trouvaient, pour que, chaque fois qu'il est arrivé, il en use, sont compris. Mais, si, comme d'une réserve de livres, il en usait, le contraire devra être dit. 35 - Neratius aussi, dans le livre IV de ses Lettres, à Rufinus, a répondu qu'à l'équipement du bien-fonds, le mobilier, les vins et les esclaves, non seulement pour la culture ou pour la garde de la maison de campagne, mais aussi ceux qui, comme pour le père de famille lui-même, dans un service domestique, ici, se trouvaient, au legs, échoyaient. 36 - Aussi, ces portraits seuls sont considérés avoir été légués qui, pour quelque ornement de la maison de campagne, se trouvaient. 37 - Papinien aussi, dans les biens-fonds légués équipés [dit que les esclaves ne sont pas compris qui, à raison de l'époque, à cet endroit, se trouvaient et que le père de famille n'a pas transférés avec l'intention d'en faire l'outillage du bien-fonds ou le sien propre. 38 - De même, il a répondu que, les biens-fonds ayant été légués équipés, l'agent qui, de ceux-ci, en province, a été envoyé, de sorte qu'y ayant réglé les affaires, à sa première occupation, il revienne, au legs des biens-fonds, échoit, bien qu'il ne soit pas encore rentré. 39 - De même, il a répondu que, des jardins équipés ayant été légués, aussi, les vins qui se trouvaient là où le maître est plus équipé, sont compris ; il en est autrement, s'il avait ici des greniers, d'où il s'équipait dans la ville ou dans d'autres biens-fonds. 40 - De même, il a répondu que, la maison par le biais d'un fidéicommis, ayant été laissée avec son mobilier à Claudius Hieronymianus, un homme très illustre, à la charge d'Umbrius Primus, les tables et un autre meuble que, dans les jardins, le père de famille qui, dans son proconsulat, allait partir, avait apportés, afin que, dans un endroit plus sûr, ils se trouvent, étaient compris. 41 - De même, il a répondu que la thériaque aussi, et les autres médicaments que, pour sa retraite, le maître a eus là et les vêtements, à raison de sa retraite, déposés là, dans l'équipement légué du bien-fonds se trouvaient. 42 - De même, il a répondu que, la maison ayant été léguée ainsi comme elle a été équipée, avec tout son droit, la domesticité urbaine, de même, les ouvriers, dont les services, dans les autres biens-fonds aussi, étaient produits, dans le legs, ne sont pas compris ; mais les portiers, dit-il, ou les jardiniers décorateurs (topiarii)*, les esclaves chargés du service de la salle à manger ou de la chambre* (diætarii)*, les porteurs d'eau* (aquarii) *qui, dans la maison seulement, font le service y seront compris. Mais, ce que, quant aux ouvriers, il dit est faux, si, à raison de cette maison, ils ont été préparés, bien qu'à d'autres biens-fonds, ils fussent prêtés à usage. 43 - De même, il a répondu que, dans l'équipement légué de la maison, les tables en ivoire et les livres n'étaient pas compris ; mais aussi, cela est faux, car tout ce qui, dans la maison, se trouvait, avec quoi le père de famille était, là, plus équipé, sera compris, mais personne ne doute que le mobilier du père de famille soit un outillage. Enfin, Neratius, dans le livre IV de ses Lettres, à Marcellus, son frère, a répondu que les vêtements, dans le legs de la maison équipée, sont compris, surtout, dit-il dans l'espèce exposée ; il était exposé, en effet, que celui qui avait fait le legs en avait excepté l'argenterie et les comptes ; car celui qui, dit-il, a excepté cela ne peut pas ne pas être considéré, aux autres biens qui, dans celle-ci, se trouvaient, avoir pensé. Mais Papinien lui-même, dans ce même livre de ses Réponses, dit qu'un père marchand et prêteur à intérêts qui a institué ses deux fils et tout autant de filles comme héritiers, avait ainsi légué : "à mes fils mâles, je donne et je lègue ma maison équipée, et j'ordonne qu'elle soit donnée" ; il peut être demandé si les marchandises et les gages seront compris ; mais la conjecture de la volonté, pour le juge, sera facile, une fois examinées les autres facultés du père. 44 - Celsus écrit que, dans les esclaves légués qui, sur le bien-fonds, demeurent, leurs remplaçants ne sont pas compris, à moins que n'apparaisse qu'aux remplaçants, celui-ci a pensé. 45 - Papinien aussi, dans le livre VII de ses Réponses, a répondu qu'à l'épouse, à laquelle son mari a voulu que tout ce qui, dans la maison, se trouvait, par sa fille héritière, soit procuré, les garanties des dettes et les achats des esclaves n'étaient pas considérés avoir été légués, à moins que, dit-il, pour une autre partie, il ne soit apparu qu'aux esclaves, celui-ci avait pensé, à savoir qu'il soit considéré lui avoir légué les achats de ces esclaves, dont il a voulu que ceux-ci mêmes lui reviennent. 46 - Si quelqu'un a ainsi légué comme il est équipé et a ajouté avec le mobilier, les esclaves ou quelque autre bien qui, nommément, n'avait pas été exprimé, il est demandé s'il diminue le legs en ajoutant une autre espèce ou non. Et Papinien a répondu qu'il n'était pas considéré avoir été diminué, mais plutôt, à profusion, ajouté. 47 -*

§ 24. Le VÊTEMENT est *l'ensemble des habits*, aussi, les manteaux, les capes, les robes [528].

[**Note de Willem Schorer sur la note 528 de Groenewegen van der Made**
Sous le legs d'un vêtement, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 34, tit. 2, nb1, enseigne que la pièce coupée chez un tailleur est comprise.]

§ 25. La JOAILLERIE est *l'ensemble de l'or, de l'argent, des pierreries et choses semblables avec lesquels le corps n'est pas couvert, mais orné* [529], ainsi dénommée parce que cela est d'une petite nécessité [530].

[144] § 26. L'ENTRETIEN est *l'ensemble qui comprend la nourriture, les vêtements et le logement* [531]. *Celui-ci dure durant la vie de quelqu'un* [532]et cela est pris de façon large ou étroite d'après la

---

De même, Papinien, dans le livre VII de ses Réponses, dit ; des jardins équipés, au fils, ayant été légués, une mère, à sa fille, a légué de l'argenterie féminine : il a répondu qu'aussi, cette argenterie féminine que, dans les jardins, elle avait, pour que, là, elle soit plus équipée, à sa fille, revenait ».

[528] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 27 ; D. 34, 2, 22 à 24.

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Un "champ" est un endroit qui est sans bâtiment. 1 - Le* "stipendium" *a été dit à partir de* stips (*i. e.* obole, gain) *; c'est ce que l'on rassemble par le biais des oboles, c'est-à-dire une modeste somme de bronze. De même Pomponius dit que l'on appelait aussi cela un "tribut". Assurément, on a appelé le tribut à partir de la contribution ou à partir de ce qui est attribué aux soldats ».*

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Un vêtement est ce qui a été tissé, quoiqu'il n'ait pas été coupé, c'est-à-dire, s'il a été achevé. Celui qui, dans une toile, n'a pas encore été totalement tissé ou tissé, ni la chaîne, ni la trame, dans le legs, ne seront comprises ».*

Extrait du livre XLIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Il n'importe en rien qu'un vêtement ou des vêtements soient légués. Tout ce qui est en laine, en lin, en soie, ou en bombasin et qui, pour couvrir, revêtir, habiller, recouvrir, appliquer ou se coucher, a été apprêté est, à ceux-ci, à la place d'un accessoire, échoit ce qui y a été cousu, peint et les bandes de pourpre qui sont cousues aux vêtements. 2 - Tous les vêtements sont masculins, enfantins ou féminins, communs ou concernant la domesticité. Les vêtements masculins sont ceux qui, pour le père de famille lui-même, ont été apprêtés, comme les toges, les tuniques, les petits manteaux, les couvertures de lit, les étoffes dont les deux côtés sont laineux, les saies et autres choses semblables. Sont enfantins ceux qui, à aucun autre usage, n'appartiennent, si ce n'est celui de l'enfant, comme les toges prétextes, les vêtements d'enfants, les chlamydes, les manteaux que nous achetons pour nos fils. Sont féminins ceux qui ont été achetés pour la mère de famille, dont un homme ne peut pas facilement user sans critique, comme les longues robes, les manteaux, les tuniques, les capes couvrant la tête, les ceintures et les mitres qui ont été achetées plus pour couvrir la tête que pour la décorer, les rideaux de litière et les manteaux à capuchon. Sont communs ceux dont use indistinctement la femme avec l'homme, comme quand il y a des manteaux à capuchon de cette sorte ou un manteau, et les autres choses de ce type dont, sans critique, un homme ou une femme use. [Les vêtements] concernant la domesticité sont ceux qui, pour vêtir la maisonnée, ont été apprêtés, comme les saies, les tuniques longues, les manteaux à capuchon, les vêtements de lin, les couvertures de lit et les choses semblables. 3 - Un vêtement aussi, à partir de peaux, se présentera … »*

Extrait du livre XI de Paul : *« …, du fait que certains ont des tuniques et des couvertures de peau ».*

[529] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 2, 25 §§ 10-11 et D. 34, 2, 39.

Extrait du livre XLIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 10 - Les ornements féminins sont ceux dont la femme est ornée, comme les bracelets en or, les bracelets [d'homme], les bagues en dehors des sceaux et de tout ce qui, pour nulle autre chose, n'est préparé, si ce n'est pour orner le corps ; de ce nombre, il y a aussi, l'or, les gemmes, les pierres précieuses, parce qu'ils n'ont en eux aucune utilité. L'objet de toilette de la femme est celui avec lequel la femme devient plus élégante ; y sont compris les miroirs, les vases, les onguents, les récipients des onguents et si, par quelque moyen, de semblables choses peuvent être dites, comme le bain et le panier d'osier. [Appartiennent] aux ornements les choses suivantes : les rubans, les mitres, les demi-coiffes, les coiffes pour les femmes, les aiguilles avec une perle, que les femmes ont l'habitude d'avoir, les résilles et la robe couleur safran. De même, la femme peut être élégante, en n'étant cependant pas ornée, comme il arrive d'ordinaire à celles qui se sont en entier nettoyées dans un bain et ne se sont pas ornées ; et au contraire, il y en a qui, en sortant du sommeil, sont immédiatement ornées, cependant, non nettoyées. 11 - Les perles, si elles n'ont pas été déliées ou ces autres pierres (si, certes, elles peuvent être enlevées), il doit être dit qu'à la place d'ornements, elles sont tenues ; mais, si elles ont été déliées pour être mises ensemble, à la place d'ornements, elles se trouvent. Si, encore, les pierres, les gemmes ou les perles sont brutes, à la place d'ornements, elles ne se trouveront pas, à moins que l'intention du testateur n'ait été différente, [lui] qui a voulu que soit compris ce qu'aussi, pour des ornements, il avait préparé à la place et sous l'appellation d'ornements ».*

[530] (Note du traducteur) Le terme néerlandais traduit par joaillerie est *kleinnood*, qui littéralement signifie effectivement "petite nécessité".

[531] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 43 et 234 § 2 ; D. 34, 1, 6.

Extrait du livre LVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Sous le mot de "subsistance"* (victus) *est compris tout ce qui est nécessaire, pour le manger, pour la boisson et pour l'entretien du corps, à l'homme pour vivre. Labéon dit que le vêtement a aussi la place d'une subsistance ».*

circonstance de celui qui le lègue et de celui qui se le fait léguer [533] ; mais la NOURRITURE comprend seulement *les mets et la boisson* [534].

Extrait du livre II *Sur la Loi des XII Tables* de Gaius : *« 2 - Le verbe "vivre", certains pensent qu'il regarde la nourriture ; mais Ofilius dit à Atticus en ces termes que les vêtements et les couvertures y sont inclus, sans eux, en effet, personne ne peut vivre ».*

Extrait du livre II *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Des aliments ayant été légués, les vivres, le vêtement et le logement seront dus, parce que, sans eux, le corps ne peut être sustenté. Les autres choses qui regardent l'éducation ne sont pas comprises dans le legs ».*

[532] (Note de Groenewegen) Voir Voir D. 34, 1, 14 et 15. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ces deux textes.

Extrait du livre II *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« Mela dit que, si, à un jeune garçon ou à une fillette, des aliments sont laissés, jusqu'à leur puberté, ils sont dus. Mais cela n'est pas vrai ; en effet, aussi longtemps que le testateur l'a voulu, on les devra ou si n'apparaît pas ce qu'il pense, pendant tout le temps de leur vie, ils seront dus. 1 - De façon certaine, si, jusqu'à leur puberté, les aliments sont laissés, si quelqu'un a voulu suivre l'exemple des aliments qui, naguère, aux jeunes garçons et aux fillettes, étaient donnés, qu'il sache qu'Hadrien a établi dans une constitution que les jeunes garçons, jusqu'à dix-huit ans, et les fillettes, jusqu'à quatorze ans, étaient nourris et notre empereur a dit dans un rescrit que cette forme donnée par Hadrien devait être observée. Mais, quoique la puberté, généralement, ne soit pas ainsi délimitée, cependant, en considération de l'affection, sur la seule espèce des aliments, il n'est pas brutal que cette période de l'âge doive être observée. 2 - Mais, si les aliments que, de son vivant, [le testateur] a laissés, seront seulement procurés ceux qu'au moment de sa mort, il procurait ordinairement ; c'est pourquoi, si, peut-être, de façon différente, il les a procurés, sera cependant regardée la fourniture de cette période qui était proche du moment de sa mort. Qu'en est-il donc, si, lorsqu'il a testé, il procurait moins et plus, au moment de sa mort, ou le contraire ? Encore, il devra être dit que cette fourniture doit être suivie qui était la plus récente. 3 - Quelqu'un, à ses affranchis, a laissé des aliments de même que l'eau aussi par le biais d'un fidéicommis ; j'étais consulté quant au fidéicommis. Du fait que, dans cette région de l'Afrique ou, peut-être, de l'Égypte, il était exposé que l'affaire était faite, [région] où l'eau est mise en vente, je disais en conséquence que le profit appartenait au fidéicommis, que quelqu'un qui avait des citernes l'eût laissée ou non, afin qu'il y eût dans le fidéicommis autant que ce que chacun aurait acheté pour lui d'eau. Le fidéicommis n'était pas considéré sans effet, comme pour la servitude d'un bien-fonds non laissée au possesseur de la possession voisine : car [le droit] de puiser l'eau ou de mener un troupeau à l'eau est une servitude, cependant, à cette personne qui n'est pas voisine, sans effet, est laissé ; dans cette même situation, il y aura [les droits] de charroi, de presser des raisins sur ton terrain ou d'utiliser ton aire pour battre le blé et les autres légumes. En effet, cette [servitude] d'eau, à la personne, est laissée ».*

Extrait du livre XVII des *Digestes* de Scævola : *« À charge de son fils héritier, dans le codicille, à Seia, [le testateur] a laissé dix, et à son nourrisson, en ces termes : "à Mævius, mon nourrisson, je veux que soient remis quarante que je demande qu'à ta charge, Seia, tu reçoives et tu lui paieras les intérêts de cinq pour cents par an jusqu'à l'âge de vingt ans, tu le recevras et le protégeras". Il a été demandé si Seia, après qu'elle a reçu son legs, quand elle ne veut pas recevoir l'argent laissé au nourrisson ou a cessé de le recevoir, elle devra être contrainte de reconnaître la charge des aliments à partir du jour le la mort du testateur. [Scævola] a répondu que, selon ce qui est exposé, elle devait être contrainte de les payer, du fait qu'il y a un fidéicommis. De même, il a demandé si l'héritier aussi de Seia, pendant vingt ans, devra procurer les aliments. Il a répondu qu'il le devait. 1 - Le testateur a légué à sa concubine des esclaves campagnards au nombre de huit et a ordonné que leur soient procurés les vivres en ces termes : "et, à ces esclaves que j'ai ci-dessus légués, au titre des vivres, je veux que, par mes héritiers, soit procuré ce que, de mon vivant, ils recevaient". Il a été demandé si, du fait que, du vivant du testateur, toujours, les esclaves campagnards, au temps des moissons et des battages, avaient été délégués et qu'à cette période, ils n'avaient jamais reçu de vivres à partir du compte de leur maître, étant excepté le gardien du bien-fonds, l'héritier devra procurer les vivres de cette période, c'est-à-dire des récoltes et des battages, aussi à la concubine en faveur des esclaves campagnards. [Scævola] a répondu que celui auquel en appartenait la connaissance l'évaluerait. Claudius : à juste titre ; car, si, de la même façon où, chez le testateur, ils étaient, chez la concubine, ils seront, il les a légués, les vivres n'étaient pas dus de cette période quant à laquelle cela a été demandé ; mais, si, comme dans un service urbain, par eux, ils sont transférés, ils seront dus. 2 - Titia, mourante, dans son testament, a ainsi disposé : "à tous mes affranchis et mes affranchies, je veux que soient donnés et procurés les vivres et les vêtements que, de mon vivant, je procurais" ; il a été demandé, du fait qu'à trois seulement, au moment où celle-ci a vécu, comme, dans le compte, il était contenu, elle avait procuré les vivres et les vêtements, si son héritier, par les autres affranchis aussi, pourra être cité en justice ou si, envers trois seulement, il en sera redevable, [trois] qui, dans ses comptes, sont trouvés avoir reçu des vivres et des vêtements. [Scævola] a répondu que, par tous, [il pouvait être cité en justice] ».*

[533] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 1, 10 § 2 et D. 34, 1, 22.

Extrait du livre IX des *Réponses* de Papinien : *« 2 - Les aliments, au jugement d'un homme de bien, à une fille, ayant été laissés à la charge du fils héritier à la faveur de la mesure de la dot léguée que, seule, le père a voulu qu'à sa fille déshéritée qui se marie, être donnée, j'ai répondu qu'à la faveur de l'augmentation de son âge, celle-ci devait être produite, non à la faveur des forces de la succession ».*

Extrait du livre I^er^ *Des fidéicommis* de Valens : *« Quand des aliments ont, par le biais d'un fidéicommis, été laissés sans ajout de la quantité, avant toutes choses, doit être examiné ce que le défunt lui procurait ordinairement, ensuite, ce qu'aux autres du même rang, il a laissé ; si aucune des deux choses n'est apparue, alors, à partir des facultés du défunt et de l'affection de celui auquel le fidéicommis aura été accordé, la mesure devra en être déterminée. 1 - Celui qui, aux affranchis de son frère, devait des aliments, à ceux-ci, dans son testament, leur a laissé des vignes avec cet ajout "de façon à ce qu'ils aient d'où se nourrir". Si, à la faveur d'aliments, il avait laissé des vignes, à eux, à partir de la cause du fidéicommis, elles ne doivent pas être autrement procurées que si les héritiers, de l'obligation du testament, sont libérés ; ou bien, si cela avait été laissé de côté et que, par la suite, sur le fondement du*

§ 27. Les CHOSES DE GENRE entrent aussi dans les legs, comme le blé [535].

§ 28. Tels sont aussi l'OR et l'ARGENT, là où, sous l'argent monnayé, ils ne sont pas entendus être compris [536], mais bien les coupes et les plats d'argent [537], à moins que quelqu'un

---

testament, ils avaient agi en justice, avec l'exception de dol, l'héritier serait protégé, à savoir si les vignes ne valaient pas moins que l'évaluation des aliments. Mais cet ajout "de façon à ce qu'ils aient d'où se nourrir" regarde plus la cause d'un legs en préciput que l'établissement d'un usufruit ».

[534] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 1, 21.

Extrait du livre II *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« Des rations journalières ou des vivres ayant été laissés, il est clair que ni le droit d'habitation, ni le vêtement, ni l'indemnité allouée pour l'achat de chaussures ne sont dus, parce qu'à la nourriture seulement, le testateur a pensé ».*

[535] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 33, 6 *(Du legs de blé, de vin ou d'huile)*.

Ce titre renferme 16 extraits.

[536] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 2, 19 et 27 § 1. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* là.

Extrait du livre XX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Quand de l'or ou de l'argent a été légué, quoi qui, en or ou en argent aura été laissé, dans le legs, sera compris que cela ait été réalisé ou non réalisé ; mais on décide que l'argent scellé, dans ce legs, n'est pas compris. 1 - Par conséquent, si un certain poids d'or ou d'argent a été légué, plus une quantité est considérée avoir été léguée, mais, à partir de récipients, elle ne le touchera pas. 2 - Mais, si, en un poids d'argent façonné, cent ont été légués, à partir de l'argent façonné, sera dû le legs. D'où, il a été demandé chez Celsus, si [le légataire] pourra séparer les petits vases ; et il a écrit qu'il ne séparerait pas les petits vases, bien que l'option lui en ait été laissée. 3 - De même, Celsus, dans le livre [X] de ses [Digestes], demande, quand cent, en poids d'argent, ont été laissés, s'ils devront être déplombés, pour qu'ainsi, ils soient pesés. Proculus et Celsus disent que, le plomb en ayant été ôté, ils doivent être pesés ; car, aux acheteurs, comme déplombés, ils sont assignés et dans les comptes, le poids d'argent est ainsi porté ; cette opinion est raisonnable. 4 - Clairement, si, à quelqu'un, des petits vases d'argent, comme par exemple des plats carrés, ont été légués, aussi, le plomb, avec lequel, ils sont compris, suit celui-ci. 5 - De la même façon, il est demandé, quand à quelqu'un, de l'argenterie est léguée, si les placages d'or qui, dans celle-ci, se trouvent, le suivent. Et Pomponius, dans son livre [VI], fait une distinction [et dit] qu'il importe beaucoup [de savoir] si un certain poids d'argent façonné sera légué ou l'argent façonné ; si [c'est] le poids, il n'est pas compris, si [c'est] l'argent façonné, il est compris parce qu'à l'argent échoit ce qui, à l'espèce de l'argent, a été joint, de même que des bandes dorées et pourpres sont une partie des vêtements. De même, Pomponius, dans les livres de ses Lettres, [dit] que, quoique les bandes n'aient pas été, aux vêtements, cousues, le vêtement ayant été légué, elles y sont comprises. 6 - De même, Celsus, dans le livre XVII de ses Digestes et dans le livre VII de ses commentaires, écrit que, de l'or ayant été légué, ce qui a été doré n'est pas dû, ni les placages dorés que, sur les assiettes en argent, il y aura. 7 - Mais il est demandé si, sous l'appellation d'or, seront comprises les bagues en or ; et Quintus Saturninus, dans son livre X sur l'Édit du préteur, écrit qu'elles y sont comprises. 8 - Clairement, un lit en argent ou si, par quelque moyen un autre meuble en argent, sous l'appellation d'argent, n'est pas compris, si, au nombre de l'argent, il n'a pas été tenu, comme, pour ce qui sera joint à l'argent, je sais l'avoir dit, parce que, dans l'argenterie, un père de famille ne le plaçait pas. Mais ni les chandeliers, ni les lampes ou les statuettes d'argent qui, dans une maison, ont été placées, ou les portraits d'argent, sous l'appellation d'argent, ne seront compris, ni le miroir fixé au mur ou aussi qu'une femme, pour sa toilette, a eu, si seulement, au nombre de l'argent, ils ne sont pas tenus. 9 - Un legs d'argent ayant été fait, Quintus Mucius dit que les vases en argent sont compris, comme les plats longs* (parapsidæ)*, les vases à vinaigre* (acetabula)*, les vases à puiser le vin* (trulla)*, les bassins* (pelves) *et ce qui leur est semblable, non cependant ceux qui appartiennent au mobilier. 10 - Mais, [si], à quelqu'un, des vases ont été légués, ne sont pas seulement compris ceux qui, en eux, reçoivent quelque chose préparé pour manger et pour boire, mais aussi ceux qui supportent quelque chose ; et c'est pourquoi les plateaux* (scutellæ) *ou les plats dans lesquels on sert les entrées* (promulsidaria) *sont compris. Les surtouts de table* (repositoria) *aussi, seront compris ; car l'appellation de vase est générale, [d'où] nous appelons vases les récipients de vin et de [glace]. 11 - Mais l'appellation d'argent non façonné comprend la matière brute, c'est-à-dire non façonnée. Qu'en est-il donc, si l'argent a commencé à être fabriqué. On peut douter [de savoir] si celui qui n'a pas encore été achevé, sous l'appellation de façonné ou de non façonné, sera compris ; mais je pense que, sous [celle] de façonné, [il est] plus [compris]. De façon certaine, s'il avait déjà été façonné, mais, déjà, était ciselé, sous l'appellation de façonné, il sera compris. Et, sous [l'appellation] de ciselé, celui qui a commencé à être ciselé sera-t-il compris ? Et je pense qu'il est compris, si, pour quelqu'un, peut-être, l'argent légué a été ciselé. 12 - Si, à quelqu'un, une table en argent a été léguée, seulement celle que, pour manger, à son service, il a eue, sera due, c'est-à-dire pour manger et pour boire. D'où, quant au bassin pour se laver les mains* (aquaminarium)*, on en a douté ; et je pense qu'il y est compris, car celui-ci, à raison de la nourriture, a été préparé. De façon certaine, s'il avait des chaudrons* (caccabi) *en argent, un vase d'argent en forme de mil* (miliarium)*, une poêle à frire* (sartago) *ou un autre récipient pour cuire, on pourra douter [de savoir] si, dans ce qui sert aux repas* (escarium)*, ils seront compris. Et ceux-ci sont plutôt des instruments de cuisson. 13 - Venons-en aux gemmes incluses dans l'argent ou l'or. Et Sabinus dit qu'à l'or ou à l'argent, elles échoient ; en effet, elles échoient à ce dont la catégorie est la plus importante. À bon droit, il dit cela : toujours, en effet, lorsque nous demandons ce qui, à quelque chose, échoit, nous regardons ce qui, pour orner ce bien, est employé, de sorte que l'accessoire échoie au principal. Les gemmes, en conséquence, incluses dans des coupes* (phialæ) *ou des plats échoient à l'or ou à l'argent. 14 - Mais, pour les couronnes des tables, les gemmes, aux couronnes, échoient et celles-ci, aux tables. 15 - Pour les perles aussi [incluses] dans de l'or, de même, il en est ; car, si les perles, pour orner l'or, ont été employées, à l'or, elles échoient, si [c'est] le contraire, l'or, aux perles, échoit. 16 - De même, pour les gemmes incluses dans les bagues. 17 - [Mais les gemmes sont des matériaux transparents], que, comme le rapporte Sabinus dans ses livres Sur Vitellius, Servius, des pierres, les distinguait en ce que les gemmes étaient des*

ne l'ait légué en dehors de la vaisselle de table [538]. Car un legs particulier ou moins large est toujours entendu amoindrir celui qui est plus large [539].

§ 29. Aux choses de genre appartient aussi le legs d'un choix, comme du choix de l'un de chevaux, de l'une des bagues et les choses semblables [540] ; dans lequel cas le légataire ou aussi, après lui, sa descendance [541] peut choisir le meilleur [542] ; mais le choix ayant été une fois fait, il

---

matériaux transparents, comme les émeraudes (smaragdi)*, les chrysolithes, les améthystes, mais que les pierres [étaient] d'une nature contraire aux précédentes, comme les obsidiennes de Véies. 18 - Mais Sabinus dit qu'il était suffisamment établi que les perles, dans les gemmes et dans les pierres, n'étaient pas comprises, parce que, dans un coquillage, dans la mer* Rouge*, [la perle] croît et, [à lui], se réunit. 19 - Mais Cassius écrit que les vases murrhins, dans les gemmes, ne se trouvent pas. 20 - Dans le legs d'or, les vases dorés sont compris et, dans les gemmes, les vases en gemme. Selon cela, qu'il y ait des gemmes dans les vases en or ou dans les vases en argent, à l'or ou à l'argent, elles échoient, parce que nous regardons la chose qui a été employée pour orner ce bien, non celle qui est de plus de prix ».*

Extrait du livre XLIV d'Ulpien : *« 1 - Il est demandé si à quelqu'un, toute l'argenterie a été léguée, à celui-ci, les pièces de monnaie aussi seront considérées avoir été léguées. Et moi, je pense qu'elles ne sont pas comprises ; en effet, facilement, dans le compte de l'argenterie, on ne compte pas les pièces de monnaie. De même, de l'argent façonné ayant été légué, à moins que, de façon claire, il n'apparaisse que le testateur a pensé le contraire, les pièces de monnaie ne sont pas comprises ».*

[537] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 2, 19 § 2, joint à D. 32, 38 § 4.

Extrait du livre XX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si, en un poids d'argent façonné, cent ont été légués, à partir de l'argent façonné, sera dû le legs. D'où, il a été demandé chez Celsus, si [le légataire] pourra séparer les petits vases ; et il a écrit qu'il ne séparerait pas les petits vases, bien que l'option lui en ait été laissée ».*

Extrait du livre XIX des *Digestes* de Scævola : *« 4 - Julius Agrippa, un primipile, dans son testament, a ainsi disposé qu'en aucune façon, son héritier ne donne en gage ses restes, le bien-fonds voisin de la ville ou sa maison la plus grande, ou que, de quelque façon, il les aliène ; sa fille, inscrite comme héritière, a laissé sa fille comme héritière, la petite-fille du primipile qui a possédé ces biens longtemps, mourante, a institué des héritiers extérieurs. Il a été demandé si l'héritier extérieur aura ces biens-fonds ou si, à Julia Domna, qui avait comme oncle paternel Julius Agrippa, ils appartiendront. [Scævola] a répondu que, quand il n'a pas encore été obtenu par un préciput, rien n'est exposé, contre la volonté du défunt, avoir été fait pour empêcher qu'aux héritiers, il appartienne ».*

[538] (Note de Groenewegen) En argument D. 34, 2, 1.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, à l'un, des vêtements, à l'autre, un vêtement féminin, séparément, ont été légués ayant été retirés les vêtements féminins et étant assignés à celui auquel, spécialement, ils ont été légués, le reste, à l'autre sera dû. De même, il en est, lorsqu'à l'un les objets de toilette féminins, et qu'à l'autre, toute l'argenterie ont été légués, quant à l'argenterie qui, dans les objets de toilettes, se trouvera. De même, si deux statues de marbre, à toi, et qu'ensuite, un autre marbre auront été légués, en dehors des deux, aucune statue de marbre ne t'a été léguée. De même, pour des esclaves urbains à toi légués, si l'intendant m'a été légué. 1 - À quelqu'un, l'héritier s'est vu ordonner de donner un certain poids d'argent, l'argent lui ayant été payé, selon le droit lui-même, il est libéré si, dans cet argent, il y avait la même évaluation ; cela est ainsi vrai, si, un certain type d'argent n'a pas été légué ».*

[539] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 80.

Extrait du livre XXXIII des *Questions* de Papinien : *« Dans tout le droit général, par l'intermédiaire d'une espèce, il est dérogé et l'on tient principalement ce qui a été disposé pour l'espèce ».*

[540] Voir tout le titre de D. 33, 5 *(Du legs d'une option ou d'un choix).*

Ce titre renferme 22 extraits.

[541] (Note de l'éditeur) Voir D. 33, 5, 19 ; *Institutes de Justinien*, II, xx, § 23 ; D. 45, 1, 76 et là, Bartole et les autres docteurs ; Papon, *Arrests*, liv. XV, tit. 4, art. 12.

Extrait du livre III des *Sentences* de Paul : *« "Ceci ou cela, ce que des deux, le légataire aura choisi" ; aucune chose n'ayant été, par le légataire, choisie, celui-ci étant mort après l'échéance du terme du legs, on a décidé qu'à l'héritier, elle [n']était [pas] transmise ».*

« § 23. Le legs d'une option, c'est-à-dire quand le testateur a ordonné que le légataire choisisse à partir de ses esclaves ou de ses biens, avait en lui une condition et c'est pourquoi, à moins le légataire lui-même, de son vivant, n'ait pas choisi, à son héritier, ne transmettait pas le legs. Mais, à partir de notre constitution (cf. C. 6, 43, 3)*, cela, dans un meilleur état, a été réformé et la possibilité a été accordée à l'héritier du légataire de choisir, bien que le légataire, de son vivant, ne l'ait pas fait. Un traitement plus soigneux ayant été tenu, cela, dans notre constitution, a été ajouté de sorte que, s'il y a plusieurs légataires auxquels l'option a été laissée et qu'ils sont en désaccord sur le choix de l'objet ou s'il y a plusieurs héritiers d'un seul légataire, et qu'entre eux, ils sont en désaccord sur le choix, l'un désirant choisir un autre objet, pour que le legs ne périsse pas (ce que de nombreux prudents, à l'encontre de la bienveillance, introduisaient) [disant que]que le hasard était le juge de cette option et que cela devait être partagé au sort, afin que prévale la sentence de celui auquel le sort arrivait pour l'option ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si j'ai stipulé "ceci ou cela, ce que moi je voudrai", ce choix est personnel et, en conséquence, un tel choix ne lie pas l'esclave ou le fils ; cependant, l'obligation passe aux héritiers avant le choix, à la mort de celui qui a stipulé. 1 - Quand nous stipulons "quoi qu'il faille que tu donnes, que tu fasses", seulement ce qui est dû au jour présent est compris dans la stipulation, non (comme dans les jugements) ce qui est à venir ; en conséquence, on ajoute dans la*

ne peut pas être refait [543] ; l'héritier est aussi libre de demander qu'un délai puisse être fixé pour cela [544] et, si à plus de personnes, le choix est légué qui ne pouvaient pas s'accorder, un telle différence doit être éteinte par un tirage au sort [545].

[145] § 30. Mais, dans le cas où quelqu'un s'est fait léguer quelque chose sous le nom d'un genre sans mention de choix, comme par exemple un cheval, une maison, un navire, ainsi, dans ces pays, on pourrait entendre là où l'on regarde la volonté du testateur dans le cas où une telle chose est faite s'il y avait que, dans le bien du testateur, le légataire aurait le choix [546] ; si cela n'était pas dans les biens [547] ou si aussi, il y avait que ce quelque chose consistait en une

---

stipulation les mots " il faudra" ou ainsi, "actuellement ou dans un délai". En conséquence, cela est fait parce que celui qui a stipulé "quoi qu'il faille que tu donnes" expose que cet argent est déjà dû ; s'il le veut tout entier, il sera dit "ou il faudra", "actuellement ou dans un délai" ».

[542] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 5, 2.

Extrait du livre XX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Chaque fois qu'un choix ou une option est donné, le légataire optera pour celui qu'il veut. 1 - Mais, un esclave, de façon générale, ayant été légué, le jugement pour choisir celui qu'il recevra, au légataire, revient. 2 - En conséquence, l'option ayant été donnée, si quelqu'un a opté pour l'esclave d'autrui ou pour un homme libre, il faut voir s'il aura consommé son choix ; et je pense qu'il n'est pas consommé. 3 - Celui auquel le choix de cent amphores aura été donné, choisissant du vinaigre, ne consomme pas son option, s'il a choisi ce vinaigre qu'au nombre du vin, le père de famille n'a pas eu ».*

[543] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 5 ; Dumoulin sur la coutume de Paris, tit. 1, art ? 16, nb 10 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 124.

Extrait du livre I[er] *Sur Sabinus* de Paul : *« Le choix d'un esclave ayant été légué, une seule fois seulement, nous pouvons le choisir. 1 - Labéon dit que, lorsqu'un certain bien ou un certain esclave est légué ainsi : "celui qui sera le mien quand je mourrai, que mon héritier le donne" et qu'il est commun, la totalité est due. Mais Cassius a écrit que Trebatius a répondu qu'une partie était due, ce qui est plus vrai. 2 - Lorsqu'un bien-fonds commun a été légué sans ajouter une partie, mais qu'on l'a dénommé "le mien", il est établi que la partie est due ».*

[544] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 5, 6 et 8.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Un choix des esclaves a été légué. Pour que la vente, le légataire les choisissant, ne soit pas interrompue, le préteur doit décider, à moins que, dans le délai, par lui, fixé, il ne les ait pas choisis, que l'action des legs, à lui, ne se présente pas. Qu'en est-il donc, si, le délai étant passé, mais avant que l'héritier les vende, le légataire a voulu les revendiquer, parce que l'héritier ne va pas subir le dommage à raison duquel le préteur décide ordinairement ? Et qu'en est-il, si, le délai étant passé, qu'avait déterminé le préteur, l'héritier avait affranchi quelques-uns des esclaves ou tous ? Le préteur protégera-t-il leur liberté ? En conséquence, autant de fois, l'action ne doit pas être refusée, si tout, dans son état intégral, se trouve. De même, il en est, si, en gage, l'héritier a remis quelques-uns de ces esclaves ou, après le délai, les a vendus ».*

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, à toi, le choix d'un esclave a été légué et, à moi, les autres [l'ont été], il doit être décidé par le préteur qu'à moins que, dans un certain délai, tu n'aies opté, la réclamation ne sera pas accordée. 1 - Si, de quatre bracelets, les deux que j'avais choisis m'ont été légués, que seuls deux aient été laissés ou que, dès le commencement, il y en ait eu seuls, deux, le legs est valide. 2 - L'option d'un esclave, à moi et à toi, a été donnée ; alors que moi, j'ai opté, si je n'ai pas modifié ma volonté, qu'ensuite, toi, tu as opté pour le même, l'esclave sera le nôtre à nous deux. Si, auparavant, je suis mort ou je suis devenu fou, il ne sera pas commun, parce que je ne serai pas considéré y consentir, [moi] qui ne pourrai pas penser ; mais il sera plus humain que, dans ce cas, comme avec un choix une bonne fois fait, il devienne commun. 3 - Si le choix des biens déposés m'a été laissé, pour la production, contre celui chez lequel ils sont été déposés, je pourrai agir en justice et, contre l'héritier, agir, pour que celui-ci, en agissant avec l'action du dépôt, me procure la possibilité de choisir ».*

[545] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 23.

Ce § a déjà été donné un peu plus haut dans la note 532.

[546] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 22. Voyez en outre Bronckhorst, cent. 3, assert. 49.

« *§ 22. Si, de façon générale, un esclave ou un autre bien est légué, le choix appartient au légataire, à moins que le testateur n'ait dit autre chose ».*

[547] (Note de Groenewegen) Voir mes *De legibus abrogatis* sur D. 30 *(Des legs et des fidéicommis)*, 71. Cela est différent des lois romaines selon lesquelles, dans de tels cas, il ne peut pas y avoir le legs, voir ledit texte de D. 30, 71.

Extrait du livre LI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si une maison, à quelqu'un, purement et simplement, a été léguée et que n'a pas été ajoutée quelle maison, sont contraints les héritiers de donner la maison qu'ils voudront de celles que le testateur possédait, au légataire ; s'il n'a laissé aucune maison, le legs est plus dérisoire qu'effectif. 1 - Voyons si, quant à l'éviction, devra donner garantie celui qui livre un esclave à partir de la cause d'un legs. Et, de façon régulière, il doit être dit que, chaque fois que, sans un jugement, la chose léguée est évincée, celle-ci peut, à partir du testament, être réclamée ; du reste, si, en jugement, elle a été réclamée, avec l'office du juge, la garantie est nécessaire pour qu'il y ait une action sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu). *2 - Pour l'argent légué, à l'héritier qui le confesse, un petit délai pour son paiement doit être accordé et un jugement ne doit pas être poursuivi avec opiniâtreté pour le recevoir ; certes, il faudra que ce délai, en équité, le préteur l'observe. 3 - Celui qui a confessé que, certes, il devait [quelque chose], mais apporte une juste raison pour laquelle, en tout cas, il ne pourra pas le payer, doit être entendu ; comme par exemple si le bien d'autrui a été légué et qu'il refuse que le propriétaire le vende ou qu'il affirme qu'il réclame un énorme prix pour ce*

mesure ou un poids sans indication plus précise, comme un sac de blé qu'alors l'héritier pouvait recevoir quand cela lui plaisait [548], mais que, dans tous les cas, l'héritier ne pourrait pas satisfaire avec le pire à donner [549], qu'aussi, le légataire ne pourrait pas choisir le meilleur [550], à moins que pas plus de deux pièces de cette espèce ne fussent trouvées dans le bien [551].

[**Note de Willem Schorer sur la note 547 de Groenewegen van der Made**

Si quelqu'un a légué une maison ou un bien-fonds, qu'ilna eu aucun bien-fonds dans son patrimoine, il est demandé ce qu'il en sera du droit. Ulpien, dans D. 30 *(Des legs et des fidéicommis)*, 71,

---

bien, ou s'il refuse qu'il doive livrer l'esclave de la succession, peut-être, son père, sa mère ou ses frères naturels ; il est très juste, en effet, que l'on accorde qu'à lui, à partir de cette raison, avec l'office du juge, il paie son évaluation. 4 - Lorsqu'à quelqu'un, une coupe a été léguée et que l'héritier veut payer son évaluation, parce qu'il disait qu'il était injuste qu'elle soit séparée de lui, il ne l'a pas obtenue du préteur ; en effet, la condition des esclaves est une chose, celle des autres biens, une autre ; pour les esclaves, en effet, avec une bienveillante raison, a été reçu ce que nous avons montré ci-dessus. 5 - Si un bien-fonds, avec la rente des municipes, aux municipes eux-mêmes, a été légué, voyons si le legs se présente et peut être réclamé. Et Julianus, dans le livre XXXVIII de ses Digestes, écrit que, bien que le bien-fonds qui paie une redevance, aux municipes, appartienne, cependant, parce qu'a quelque droit sur lui celui qui l'a légué, le legs est valide. 6 - Mais, si l'on a légué, non à des municipes, mais à un autre, le bien-fonds qui paie une redevance, la propriété du bien n'est pas considérée avoir été léguée, mais ce droit que, sur les biens-fonds qui paient une redevance, nous avons ».

[548] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 2, 38 § 1.

Extrait du livre III des *Réponses* de Scævola : *« 1 - "À Sempronia Pia, en plus de cela, je veux que soient données les couvertures de Tavia et trois tuniques avec les mantilles qu'elle aura choisies" ; je demande si, à partir de tout le vêtement, c'est-à-dire, à partir de la collection, Sempronia pourra choisir chaque tunique et les mantilles. [Scævola] a répondu que, si chaque tunique avec les mantilles avait été laissée, à partir de celles-ci seulement, on pouvait les choisir ; s'il n'y en avait pas, l'héritier procurerait les six tuniques et les six mantilles à partir de la collection ou la véritable évaluation de ces dernières ».*

[549] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 37 et 110.

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Un legs, de façon générale, ayant été laissé, comme celui d'un esclave, Gaius Cassius écrit qu'il doit être observé, afin que, comme meilleur ou plus mauvais, il ne soit pas reçu ; cette opinion, dans un rescrit de notre empereur et du divin Sévère, est secourue, [empereurs] qui ont dit dans un rescrit qu'un esclave ayant été légué, l'agent ne peut être choisi. 1 - Si, quant à un certain bien-fonds, le testateur l'a eu à l'esprit et que n'apparaît pas celui auquel il a pensé, qu'il a voulu donner, le choix en appartiendra à l'héritier ou, si cela apparaît, le bien-fonds lui-même sera réclamé. Mais, s'il a légué un plat et que n'apparaît pas lequel il a voulu donner, également, le choix en appartiendra à l'héritier ».*

Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : *« Si un héritier, de façon générale, se voyant ordonner de donner l'esclave que lui-même a voulu, le sachant voleur, l'a donné et que celui-ci, envers le légataire, a commis un vol, quant au dol, [Africanus] dit que l'on peut agir en justice. Mais, parce qu'il est vrai que l'héritier, sur cela, est tenu, afin qu'il ne donne pas le plus mauvais, il est tenu de procurer un autre esclave et de laisser celui-ci à la faveur d'un abandon noxal ».*

[550] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 30, 37 et C. 6, 43, 3 § 1.

Le premier texte se trouve dans la note 540 qui précède.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 1 - C'est pourquoi nous consacrons que, dans tous les cas de cette sorte, le hasard est le juge de l'affaire ; le fait est que le tirage au sort, entre ceux qui se disputent, doit être employé pour que celui que le tirage au sort a placé devant ait certes le pouvoir de choisir, mais qu'aux autres, il leur procure l'estimation des parts hasardeuses ; c'est-à-dire, pour des esclaves, certes, et des servantes plus âgées que dix ans, s'ils sont sans art, étant estimés à vingt sous, pour les plus petits que dix ans, étant comptés pas plus de dix sous ; mais, si au contraire, ils sont artisans, leur évaluation allant jusqu'à trente sous, qu'ils soient mâles ou femelles, étant exceptés le secrétaires et les médecins des deux sexes, du fait que nous voulons que les secrétaires soient estimés à cinquante sous, les médecins et les accoucheuses à soixante ; les eunuques mineurs, certes, de dix ans valant jusqu'à trente sous, mais les majeurs jusqu'à cinquante, s'ils sont artisans, jusqu'à soixante-dix. 1a - Mais, si quelqu'un a laissé l'option de l'esclave ou d'un autre bien non au légataire lui-même, mais celui que Titius aura peut-être choisi, que Titius n'a pas voulu le choisir ou, par la mort, en a été empêché, dans cette espèce, on doutait chez les anciens [de savoir] ce qui devait être statué : le legs expirait-il ou quelque aide était-elle introduite pour lui, afin qu'au jugement d'un homme de bien, le choix soit fait ? 1b - C'est pourquoi nous pensons que, si dans le délai d'un an, celui qui se voit commander de choisir s'est abstenu de le faire, ne l'a pas pu ou, à n'importe quel moment, est mort, au légataire lui-même, le choix est considéré avoir été accordé, cependant, d'une façon telle qu'il ne choisisse pas le meilleur des esclaves ou des autres biens, mais [ce qui est] d'une estimation moyenne, afin que, tandis que nous pensons que le légataire doit être suffisamment favorisé, les avantages de l'héritier ne soient pas trompés ».*

[551] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 20 et 32 § 1.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Celui qui a deux esclaves a légué l'un d'eux, comme il n'est pas entendu lequel il aurait légué, au légataire, en appartient le choix ».*

Extrait du livre XX d'Ulpien : *« 1 - Si quelqu'un qui a plusieurs Stichus a légué un Stichus, si n'apparaît pas à quel Stichus il pense, celui qu'il a choisi, il doit l'acquitter ».*

a jugé le legs plus illusoire qu'utile et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 33, tit.5, nb 6, pense que cela a été ainsi reçu dans notre droit, bien que la plupart de ceux qu'il indique ici, aient voulu que le bien-fonds ou la maison doive être procuré à la faveur de la dignité du légataire et des forces du patrimoine. Mieux, si le testateur n'a laissé aucune maison, mais qu'il a déposé un certain montant d'argent pour acheter la maison et que, par une mort subite, il a accompli son dernier jour, van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 5, nb 12, que suit Voet, lib. 33, tit. 5, nb 6, enseigne que cet argent est dû à la place du legs de la maison.]

§ 31. Voyons maintenant À QUI peut APPARTENIR ce qui est légué à quelqu'un.

§ 32. En premier lieu, au testateur ; car il peut léguer son propre bien et non seulement celui qui lui appartient en pleine ou incomplète propriété, mais aussi comme une dette [552].

§ 33. Cela a lieu là où ce que le testateur avait pensé par ignorance que ce qu'il léguait appartenait au légataire ou à quelqu'un d'autre [553].

§ 34. Quelqu'un peut aussi léguer à son débiteur la dette, c'est-à-dire qu'il en sera libéré pour toujours ou aussi, lui accorder la liberté de ne pas pouvoir être cité en justice pour une certaine période [554].

[146] § 35. En second lieu, quelqu'un peut léguer ce qui appartient à son héritier [555] ; car l'héritier est tenu d'exécuter la volonté de son prédécesseur [556], que le testateur ait su qu'une telle chose appartenait à l'héritier ou non [557].

---

[552] (Note de Groenewegen) Voir D. 30, 75 §§ 1-2 et D. 30, 105 ; D. 32, 11 § 13 ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. XII, tit. 2, nb 19 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 168.

Extrait du livre V des *Discussions* d'Ulpien : *« 1 - Si ce que Titius doit m'a été légué et que Titius ne doit rien, on doit savoir qu'il n'y a aucun legs. Et certes, si le montant n'a pas été ajouté, avec une claire raison, il ne sera rien dû, parce que n'apparaît pas combien il a été légué ; car, si ce que moi, je dois à Titius et que je lui ai légué, le montant n'ayant pas été ajouté, il est établi qu'il n'y a aucun legs, alors que, si, les dix qu'à Titius, je les ai légués et qu'à Titius, je ne dois rien, cette fausse description n'anéantit pas le legs, comme, pour le legs d'une dot, Julianus l'a répondu. 2 - S'il a ajouté "les dix que me doit Titius, je les lègue", sans aucun doute, dans le legs, il n'y aura rien ; en effet, entre une fausse description et une fausse condition ou une fausse cause, il y a une grande différence. Par conséquent, si, à Titius, les dix que me doit Seius, je les ai légués, il n'y aura aucun legs : il doit être, en effet, le débiteur ; car, si, moi vivant, je l'avais réclamé, le legs serait éteint et, s'il restait le débiteur, mon héritier serait seulement contraint, contre lui, d'engager les actions ».*

Extrait du livre Ier *Repris de Minicius* de Julianus : *« Un legs a ainsi été fait : "ce que Lucius Titus me doit, que mon héritier, à Cornelius, soit obligé de le donner". L'héritier ne doit rien procurer de plus à partir de ce legs que ses actions ».*

Extrait du livre II *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« 13 - En conséquence, si quelqu'un a réclamé la dette du débiteur que, par le biais d'un fidéicommis, il a laissée, cependant avec cette intention, comme s'il voulait éteindre le fidéicommis, il pourra être dit qu'il est dû, si, peut-être, entre ces [situations], il n'y a pas de différence ; ici, en effet, est éteinte la concordance elle-même, là, le bien dure, même s'il a été aliéné. Lorsque, cependant, quelqu'un a réclamé la dette du débiteur et, à la faveur d'un dépôt, a eu l'argent, j'ai pensé que la réclamation du fidéicommis subsistait, surtout, parce qu'il ne l'avait pas lui-même réclamé, mais que le débiteur avait, de son propre mouvement, offert l'argent que, lui-même l'ayant offert, il n'a pas pu ne pas recevoir. En conséquence, peu à peu, nous le recevrons, même si, à partir de cette partie de l'argent, il a acheté le bien, qu'il n'a pas réclamé avec cette intention de priver le fidéicommissaire de son fidéicommis, la réclamation du fidéicommis peut encore subsister ».*

[553] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 11.

« § 11. Si quelqu'un a légué son bien comme aliéné, le legs est valide ; car vaut plus ce qu'en vérité, il est que ce que, dans l'opinion, [il est]. Mais, s'il a pensé [qu'il appartenait] au légataire, il est clair qu'il est valide, parce que la volonté du défunt peut avoir un résultat ».

[554] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 13 et tout le titre de D. 34, 3 [*Du legs de la libération*]

« § 13. Si quelqu'un à son débiteur, a légué sa libération, le legs est effectif et ni au débiteur lui-même, ni à son héritier, l'héritier ne peut réclamer [la dette], ni à un autre qui est à la place de l'héritier ; mais il peut, par le débiteur, être cité en justice pour qu'il le libère. On peut ordonner que, pour un temps, l'héritier ne la réclame pas ».

Le titre en question du Digeste comprend 31 extraits.

[555] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 4.

« § 4. Non seulement le bien du testateur ou de l'héritier, mais aussi celui d'autrui peut être légué, d'une façon telle que l'héritier est contraint de le racheter et de le payer, ou, s'il ne peut pas le racheter, de donner son évaluation. Mais, si le bien est tel qu'il n'est pas dans le commerce de celui-ci, son estimation n'est pas due, de même que s'il a légué le Champ-de-Mars, des basiliques, des temples ou ce qui, à un usage public, a été destiné ; car le legs n'est d'aucun effet. Ce que nous avons dit, [à savoir] que le bien d'autrui pouvait être légué, doit être ainsi entendu, si le défunt savait que le bien était celui d'autrui, non s'il l'ignorait ; en effet, peut-être, s'il avait su qu'il appartenait à autrui, il ne l'aurait pas légué. Ainsi le divin [Antonin] le Pieux l'a-t-il dit dans un rescrit. Et il est plus vrai [de dire] que celui qui agit en justice, c'est-à-dire le légataire, doit prouver qu'il avait su que le défunt léguait le bien d'autrui, ne doit

§ 36. Mais léguer à quelqu'un une chose qui appartient à celui qui se la voit léguer est sans effet d'une telle façon aussi que, si celui auquel la chose est léguée l'aliène par la suite, il n'aurait toutefois aucun droit à la chose ni à sa valeur [558].

§ 37. Pour cette raison, est aussi sans effet le lait qu'un débiteur lègue sa dette à son créancier, à moins que le legs, sur le temps, le leu, la manière ou une autre circonstance ne puisse donner quelque avantage au moment du legs que la dette originelle ne le porte pas avec elle [559].

[**Note de Willem Schorer sur la note 559 de Groenewegen van der Made**

L'auteur traité ici des legs laissé s à terme ou sous condition ; bien qu'il soit très vrai que le terme ou la condition étant en suspens, de tels legs ne peuvent pas être demandés, cependant, pour que ne soit pas esquivée la libéralité du testateur [faite] à une personne honorable, des garants ayant été donnés entretemps, celui qui est chargé doit donner garantie que le legs ou le fidéicommis sera sauvegardé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 3, nb 1, *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cpns. 111, p. 287, aux mots *op de vyfde vraag* - "sur la cinquième question".]

§ 38. En troisième lieu, on peut léguer à quelqu'un ce qui n'appartient ni au testateur ni à l'héritier ou ce sur quoi ils n'ont qu'une part [560].

[**Note de Willem Schorer sur la note 560 de Groenewegen van der Made**

---

pas prouver que l'héritier ignorait que le bien appartenait à autrui, parce que la nécessité de prouver incombe toujours à celui qui agit en justice ».

[556] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 32, 14.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Septiana et donnée en 293 : *« Alors que tu exposes que, par une mère, elle fait obtenir la maison du fils, toi le sachant, tu ne peux te défendre par aucune exception contre celui qui revendique la propriété, s'il a succédé à sa mère. S'il obtient la succession de la vendeuse, tu ne te verras pas empêché d'user de l'exception de dol, à proportion de la succession qui lui revient ».*

[557] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 67 § 8 ; Wesembeck sur ledit § 4 [des *Institutes*, II, xx].

Extrait du livre XIX des *Questions* de Papinien : *« 8 - Si je te lègue ton bien, que je jugeais être le mien, envers toi, Titius, ayant été institué héritier, il n'y a pas lieu à la sentence de Neratius Priscus, ni à la constitution, dans laquelle il est disposé que l'héritier ne doit pas être contraint de délivrer le legs ; car il y a un secours pour les héritiers, afin qu'ils ne soient pas contraints de racheter ce que le testateur, le jugeant comme sien, a laissé ; en effet, les volontés sont plus aisées pour léguer ses biens que pour acheter les biens d'autrui et en charger les héritiers ; ce qui, dans cette espèce, ne se produit pas, du fait que la propriété du bien se trouvera auprès de l'héritier ».*

[558] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 10.

« § 10. Si quelqu'un a légué le bien du légataire à celui-ci, le legs est sans effet, parce que qui est la propriété de ce dernier ne peut pas plus être fait sien ; et, bien qu'il l'ait aliéné, le bien lui-même ni son évaluation ne sont dues ».

[559] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 14.

« § 14. En sens contraire, si le débiteur, à son créancier, a légué ce qu'il doit, le legs est sans effet, s'il n'y a rien de plus dans le legs que dans la dette, parce qu'il n'a rien de plus par le biais du legs. Si, à terme ou sous condition, il lui a purement et simplement légué la dette, le legs est effectif à raison de la représentation ; si, du vivant du testateur, le terme est arrivé ou la condition s'est réalisée, Papinien (cf. D. 35, 2, 5) *a écrit que le legs n'est pas moins effectif, parce qu'il est une bonne fois établi. Cela est vrai ; en effet, l'opinion de ceux qui pensent que le legs était éteint n'a pas agréé, parce qu'à cette cause depuis laquelle il ne peut pas commencer, il en est arrivé ».*

[560] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 4. Voyez en outre D. 30, 5 § 2.

« § 4. Non seulement le bien du testateur ou de l'héritier, mais aussi celui d'autrui peut être légué, d'une façon telle que l'héritier est contraint de le racheter et de le payer, ou, s'il ne peut pas le racheter, de donner son évaluation. Mais, si le bien est tel qu'il n'est pas dans le commerce de celui-ci, son estimation n'est pas due, de même que s'il a légué le Champ-de-Mars, des basiliques, des temples ou ce qui, à un usage public, a été destiné ; car le legs n'est d'aucun effet. Ce que nous avons dit, [à savoir] que le bien d'autrui pouvait être légué, doit être ainsi entendu, si le défunt savait que le bien était celui d'autrui, non s'il l'ignorait ; en effet, peut-être, s'il avait su qu'il appartenait à autrui, il ne l'aurait pas légué. Ainsi le divin [Antonin] le Pieux l'a-t-il dit dans un rescrit. Et il est plus vrai [de dire] que celui qui agit en justice, c'est-à-dire le légataire, doit prouver qu'il avait su que le défunt léguait le bien d'autrui, ne doit pas prouver que l'héritier ignorait que le bien appartenait à autrui, parce que la nécessité de prouver incombe toujours à celui qui agit en justice ».

Extrait du livre I[er] *Sur Sabinu !s* de Paul : *« 2 - Lorsqu'un bien-fonds commun a été légué sans ajouter une partie, mais qu'on l'a dénommé "le mien", il est établi que la partie est due ».*

Si le testateur a légué un bien qu'il en en commun avec un autre, dans le doute, on présumé qu'il a légué seulement sa part ; en conséquence, seule celle-ci doit être procure par l'héritier ; ce qui cependant, tombe I. si le legs est commun au défunt et à l'héritier. II. Si le testateur, de son vivant, a racheté l'autre partie et qu'il a possédé celle-ci en tant qu'un seul bien-fonds et non en tant que séparée. III. Comme certains le pensent, si l'époux , à partir du droit de la communauté statutaire, lègue le bien commun entre lui et son conjoint, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 30, nb 28.]

§ 39. Cela a lieu dans le cas où le légataire peut prouver que le testateur a su que la chose n'était pas la sienne ; car, autrement, on croit plutôt que celui-ci est fait par erreur [561].

§ 40. Et, étant fait par erreur, le legs est sans force [562], à moins qu'à partir d'une grande indication, on ne voie que, même si le testateur avait su que la chose appartenait à un autre, il n'aurait toutefois pas omis d'en faire le commandement par une dernière volonté [563].

§ 41. Lorsque l'on regarde maintenant le fait que le testateur a su une telle chose, **[147]** dans le cas où le légataire, après la date de la dernière volonté, acquiert ledit bien en propriété à titre onéreux, comme une vente, ainsi, il peut, à partir de la force de la dernière volonté, à l'héritier, demander la valeur, à moins qu'à partir d'une raison plausible, on ne voie que son intention avait été de renoncer au legs ; mais, dans le cas où il a acquis la chose non à titre onéreux, comme par un don, ainsi, il ne peut réclamer ni la chose ni la valeur à partir de la dernière volonté et, pour cela, ce qui est légué par deux dernières volontés fait bien qu'il envisage d'abord d'acquérir la valeur de l'un. Car alors il peut encore acquérir le bien à partir de l'autre dernière volonté. Mais, ayant reçu une bonne fois la chose sans charge, ainsi, il n'a aucune action pour la valeur [564].

[**Note de Willem Schorer**
Mais, s'il a reçu le bien. Ce que l'auteur indique ici est très vrai, à raison de la règle du droit [qui dit] que deux causes profitables ne peuvent pas concourir sur la même personne et sur le même bien.]

§ 42. Des choses que le légataire ne peut pas obtenir (semblablement, anciennement, les maisons ecclésiastiques ne pouvaient posséder aucune terre [565]), l'on n'est tenu d'aucune valeur [566]. Mais les choses qui sont en elles-mêmes appropriables, comme l'est ce dont l'héritier se voit interdire la propriété, doivent être délivrées ou leur valeur payée [567] ; alors, des choses qui

---

[561] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 4 des *Institutes*, II, xx, et D. 22 3, 21.
Ledit § a été repris dans la note 551 ci-dessus.
Extrait du livre VI des *Institutes* de Marcianus : *« Je pense qu'il est plus vrai que celui-là même qui agit en justice, c'est-à-dire, le légataire, doit prouver qu'il savait que le défunt lègue le bien d'autrui ou obligé [envers autrui], l'héritier ne doit pas prouver qu'il a ignoré qu'il [était celui] d'autrui ou obligé [envers autrui], parce que, toujours, la nécessité de prouver incombe au demandeur ».*

[562] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 4.

[563] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 37, 10. Voyez le *Codex Fabrianus* sur le même titre [*Des legs*], defin. 21.
Constitution d'Alexandre adressée à Ingenua et donnée en 227 : *« Lorsque quelqu'un a laissé le bien d'autrui, si, certes, il le sait, tant à partir du legs que du fidéicommis, à celui qui a mérité le legs ou le fidéicommis, il peut être demandé. S'il a pensé qu'il était le sien, n'est pas autrement valide ce qui a été laissé, à moins qu' une personne proche, un épouse ou une autre telle personne à laquelle cela allait être légué, cela n'ait été donné et s'il avait su que le bien était celui d'autrui ».*

[564] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 6.
§ 6. Si le bien d'autrui a été légué et du vivant du testateur, le légataire en est devenu le propriétaire, si, certes, [c'est] à partir de la cause d'un achat, à partir du testament, avec une action, il peut en obtenir le prix ; mais, si [c'est] à partir d'une cause avantageuse, comme à partir d'une donation ou d'une autre cause semblable, il ne peut pas agir en justice. Car il a été rapporté que deux causes avantageuses sur le même homme et sur le même bien ne peuvent pas concourir. Pour cette raison, si, à partir de deux testaments, le même bien est dû au même, il importe [de savoir] s'ils a obtenu le bien ou son estimation à partir du testament ; car, si [c'est] le bien, il ne peut pas agir en justice, parce qu'il a celui-ci à partir d'une cause avantageuse, si [c'est] son estimation, il peut agir en justice ».

[565] (Note de Groenewegen) Voyez les placards citées ci-devant dans le livre I, chap. XV, [note 265].

[566] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 4.

[567] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 49 §§ 2 et 3.

ne sont pas soumises au commerce commun, comme les églises, les hôtels de ville et les choses semblables, tout le legs est sans forces [568].

§ 43. Bien qu'en général, tout ce qui est légué par une dernière volonté est pris à l'héritier ou vient à sa charge, ainsi, cependant, une telle chose n'a pas lieu dans le cas où le testateur qui lègue quelque chose à quelqu'un l'a expressément chargé de le faire suivre à un troisième ou de le remettre, ou autrement d'en jouir. Car l'héritier reste alors comme en étant déchargé et le premier légataire peut choisir s'il veut avoir le profit avec **[148]** la perte ou être exempté des deux. Car celui auquel on veut du bien par une dernière volonté, on peut aussi le déshériter [569].

*

Chapitre XXIII
Comment les legs sont faits et leurs conséquences

§ 1. Ayant examiné ce qui entre dans le legs, voyons COMMENT celui-ci est fait.

§ 2. Un legs peut être fait de toutes les sortes de manières qui sont capables d'exprimer l'intention de quelqu'un [570].

§ 3. Que ce soit par un commandement, par une requête [faite] à l'héritier ou que l'on dise lui confier une telle chose, manières de parler sous toutes lesquelles, chez nous, il n'y a aucune différence [571].

Extrait du livre V *Sur les Lois Julia et Papia* de Paul : *« 2 - Labéon rapporte que, pour un terrain, dont tu n'as pas le commerce, Trebatius avait répondu qu'il pouvait t'être légué, ce qu'à juste titre, Priscus Fulcinus disait être faux. 3 - Mais Proculus dit que, si quelqu'un avait ordonné que son héritier donne ce bien-fonds, dont cet héritier n'aura pas le commerce, à celui qui en aura le commerce, il pense que l'héritier est obligé, ce qui est plus vrai, sur le bien lui-même, si celui-ci, dans les biens du testateur, se trouvait, ou s'il n'y est pas, à l'évaluation de celui-ci ».*

[568] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 4.

« § 4. (…) Mais, si le bien est tel qu'il n'est pas dans le commerce de celui-ci, son estimation n'est pas due, de même que s'il a légué le Champ-de-Mars, des basiliques, des temples ou ce qui, à un usage public, a été destiné ; car le legs n'est d'aucun effet. (…) ».

[569] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxiii, § 11 et xxiv, § 1.

« § 11. [Celui qui va mourir intestat] peut aussi demander que celui auquel quelque chose est rendu rende en retour à une autre personne la totalité, à la faveur d'une partie ou aussi, quelque chose d'autre ».

« § 1. Mais le testateur peut non seulement laisser ses biens propres par le biais d'un fidéicommis, mais aussi ceux de l'héritier, du légataire ou du fidéicommissaire à n'importe qui d'autre. C'est pourquoi le légataire et le fidéicommissaire non seulement, quant à ce bien, peuvent se voir demander de le restituer à quelqu'un, [bien] qui leur a été laissé, mais aussi, quant à un autre, qu'il lui appartienne ou qu'il soit celui d'autrui. Cela doit être seulement observé, afin qu'on ne demande à quelqu'un de restituer quelque chose de plus que ce que lui-même, à partir du testament, a pris ; car ce qui est en plus est laissé inutilement. Mais quand le bien d'autrui, par le biais d'un fidéicommis, est laissé, il est nécessaire à celui qui se le voit demander de le racheter, de le procurer ou de payer son estimation ».

[570] (Note de Groenewegen) Voir D. 32, 21.

Extrait du livre IV des *Sentences* de Paul : *« Par la volonté aussi, est laissé le fidéicommis, pourvu que celui qui, par sa volonté, le laisse puisse parler, à moins qu'une maladie qui survient, pour lui, ne vienne en empêchement. 1 - On a décidé que le fidéicommis laissé et, chez celui auquel il a été laissé, trouvé, pour une raison de profit, est éteint, à moins que le défunt n'ait voulu que son évaluation aussi soit payée. 2 - Des colonnes ou des poutres de bâtiments ayant été laissées par le biais d'un fidéicommis, ce très grand ordre [qu'est le Sénat] a voulu que, nulle mention d'une évaluation n'en ayant été faite, soit procuré ce qui, sans injure pour la maison, peut être enlevé ».*

[571] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 43, 2 ; D. 30, 115 et 118 ; D. 31, 67 § 10 ; D. 32, 39.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Tout mot du testateur signifiant le sens légal de léguer ou confier en fidéicommis est utile et valide soit avec des termes directs, comme est "je commande" peut-être ou que de prières, le testateur use, comme "je demande", "je veux", "je donne mandat", "je confie en fidéicommis" ou qu'il ait posé un serment, quand cela, à nous qui l'avons entendu, a été communiqué, le testateur disant certes* ενορκω - je confirme par serment -*, les parties déchirant çà et là un mot de cette sorte. 1 - En conséquence, selon ce que nous avons dit, à partir de toute partie des termes, la volonté ne sera pas sans effet selon les termes de celui qui lègue ou de celui qui fait le fidéicommis et tout ce qui, naturellement, est présent dans les legs et les fidéicommis est entendu tenir et, en sens contraire, tout ce qui est confié en fidéicommis est entendu être un legs ; et s'il y a quelque chose de tel qui n'a pas la nature des legs, cela lui sera adapté à partir des fidéicommis et pour tout, l'issue sera parfaite, à partir de tout, naîtront des actions sur le bien* (in rem)*, à partir de tout, des actions hypothécaires, à partir de tout, des actions personnelles. 2 - Mais, quand quelque chose arrive de contraire dans les legs et les fidéicommis, cela, à un*

§ 4. Il n'est aussi pas important [de savoir] à quelle place dans la dernière volonté une telle chose est faite, au début, à la fin ou au milieu [572].

§ 5. On peut aussi léguer de nombreuses choses à un homme, et à deux hommes ou plus, un bien, alors, [savoir] si, dans un tel cas, l'un ne voulant pas ou ne pouvant pas recevoir le legs, ce qui est légué vient en totalité à l'autre ou reste en partie à l'héritier, n'est chez nous pas tant décidé d'après les subtilités qui s'y appliquent [573] que selon le sens vraisemblable du

---

fidéicommis plus humain, sera associé et selon la nature de celui-ci, supprimé. 3 - Et personne qui meurt ne pensera que sa volonté légitime est critiquée, mais il usera toujours de notre secours ; de même qu'aux vivants, nous avons pourvu, de même, aux morts, on sera attentifs ; et, si, spécialement, d'un legs, le testateur fait mention, cela est entendu comme un legs et un fidéicommis ; si, à la foi de l'héritier ou du légataire, quelque chose est confié, cela sera considéré être un fidéicommis. En effet, nous, non aux termes, mais aux biens eux-mêmes, nous imposons les lois ».

Extrait du livre II des *Institutes* d'Ulpien : *« Aussi de cette façon : "je désire que tu donnes", "je choisis que tu donnes", "je crois que tu le donneras", il y a un fidéicommis ».*

Extrait du livre X des *Règles* de Neratius : *« Et, pour ce qui, de cette façon, a été laissé : "j'exige", "j'ai souhaité que tu donnes", le fidéicommis est valide ; mais aussi ainsi : "je veux que ma succession, à Titius, appartienne", "je sais que ma succession, tu la rendras à Titius" ».*

Extrait du livre XIX des *Questions* de Papinien : *« 10 - De même, l'empereur Marc a dit dans un rescrit que les termes avec lesquels le testateur avait ainsi disposé "qu'il ne doutait pas que, quoi que son épouse ait pris, à ses enfants, elle le rendrait", à la faveur d'un fidéicommis, devaient être reçus. Ce rescrit a la plus haute utilité, à savoir, pour que l'honneur d'un mariage bien arrangé, la confiance aussi des enfants communs ne trompent pas un père qui a, de meilleure façon, quant à la mère, présumé ; et c'est pourquoi le très prévoyant empereur et très respectueux du droit, lorsqu'il a rappelé que les termes du fidéicommis cessaient [de jouer], a dit dans un rescrit que ce propos, à la faveur d'un fidéicommis, devait être reçu ».*

Extrait du livre XX des *Digestes* de Scævola : *« "A Pamphile, en plus de ce qu'avec le codicille, j'ai laissé, je veux que soient donnés cent. Je sais que tout ce qu'à toi, Pamphile, je laisse, à mes fils arrivera, du fait que j'ai bien en vue ton affection pour eux". Je demande si, avec les termes ci-dessus écrits, à la charge de Pamphile, [le testateur] a remis en fidéicommis qu'après sa mort, aux fils du défunt, il rendra les cent. [Scævola] a répondu que, selon ce qui est exposé, n'était pas envisagé, certes, pour autant que cela regarde les termes du testateur, le fidéicommis de Pamphile qu'il rendrait les cent. Mais, du fait qu'il est inhumain que la sentence du défunt, par l'affranchi, soit assez trompée, les cent à lui laissés, aux fils du testateur, doivent être rendus, parce que, dans une espèce similaire, notre empereur, le divin Marc, l'a établi dans une constitution. 1 - Il a été exposé que celui qui n'a pas d'enfants ni de parents par le sang, au péril de sa vie, établi par le biais d'une maladie, ayant appelé ses amis, à Gaius Seius, a dit qu'il voudrait lui laisser des biens-fonds qu'il a désignés et que Gaius Seius a rapporté ces propos dans un témoignage, le testateur lui-même ayant aussi été interrogé [pour savoir] s'il avait dit cela et la réponse suivante ayant été insérée :* μαλιστα *- "tout à fait" ; il a été demandé si les biens-fonds qui ont été désignés, à partir de la cause du fidéicommis, à Gaius Seius, appartiendront. [Scævola] a répondu que, sur cela, il ne fallait pas douter que le fidéicommis était valide. 2 - [Le testateur] a fait ses deux filles héritières pour des parts égales ; à l'une, il a donné en préciput un bien-fonds et, de celle-ci, il a demandé qu'à sa sœur, elle donne vingt ; de cette même fille, il a demandé qu'elle rende la moitié de ce même bien-fonds ; il a été demandé si les vingt ne devront pas être payés. J'ai répondu qu'ils ne devaient pas être payés ».*

[572] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 34.

« § 34. Avant l'institution de l'héritier, auparavant, inutilement, on léguait, à savoir parce que les testaments reçoivent leur force de l'institution des héritiers et qu'à raison de cela, comme le point principal et le fondement de tout le testament, est entendue l'institution de l'héritier. Avec une égale raison, une liberté ne pouvait pas, avant l'institution de l'héritier, être donnée. Mais, parce que nous pensons qu'il est brutal de suivre, certes, l'ordre de l'écrit (ce qui était considéré, dans l'antiquité elle-même) devoir être critiqué, et que soit écartée la volonté du testateur ; par notre constitution (cf. C. 6, 23, 24)*, nous avons corrigé ce défaut, afin qu'il soit permis, avant l'institution de l'héritier et parmi les institutions des héritiers, de laisser un legs et beaucoup plus, une liberté, dont l'usage est plus favorable ».*

[573] (Note de Groenewegen) Suivant les lois romaines, comme D. 30, 33 ; C. 6, 51, 1 § 11 ; D. 32, 89 et là, les docteurs.

Extrait du livre III des *Règles* de Paul : *« Si, à plusieurs, le même bien a été légué, si, certes, [c'est] conjointement, même si l'un réclame, l'autre, à partir du testament, agira en justice ; si [c'est] séparément, si certes, de façon très claire, il est apparu qu'une fois l'enlèvement fait par le premier légataire, à un second legs, le testateur a recouru, on décide que seul le second [légataire], au legs, accède ; mais, si au contraire, cela ne peut pas apparaître, à la faveur de la part individuelle, au legs, tous viennent ; à savoir, à moins que le testateur lui-même, à partir de son écrit, ne soit très clair et qu'il n'ait pas voulu que l'un et l'autre de ceux-ci reçoivent la totalité ; alors, en effet, à l'un, le prix, à l'autre, le bien sont assignés avec le choix du bien ou de conserver le bien pour celui qui, le premier, quant au legs ou au fidéicommis, a débuté le débat judiciaire, cependant, d'une façon telle qu'il n'ait pas la liberté, l'un ayant choisi, de passer à l'autre ».*

Constitution de Justinien adressée au Sénat de Constantinople et donnée en 534 : *« 11 - Mais, là où il y a peut-être deux ou un plus grand nombre de légataires ou de fidéicommissaires auxquels quelque chose a été laissé, si certes, cela, conjointement, est laissé et que tous viennent au legs, à la faveur de sa part, chacun l'aura. 11a - Mais, si au contraire, une certaine partie de ceux-ci fait défaut, celle-ci, à tous, s'ils ont mieux aimé l'avoir, à la faveur d'un part individuelle avec toute sa charge, s'ajoute ou , si tous ne*

défunt, étant considérés non seulement les termes et la valeur de la chose, mais en jugeant aussi la circonstance aussi bien du **[149]** défunt que de celui qui se voit léguer la chose [574].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 573 et 574 de Groenewegen van der Made**
Quand, dans nos usages, sur le droit d'accroissement entre les colégataires, la question est soulevée, on recourt à ce que [dit] l'auteur, non à la subtitlité du droit romain, mais, sur la volonté problable du testateur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 30, nb 39 ; *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 142, nb 25 et 26, p. 612, et ce que j'ai relevé ci-dessus sur le chapitre XXI, § 7, note 500. Cependant, dans les usage de Gueldre, pour les testaments et les legs, le droit d'accroissement est tombé en désuétude, signale Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 50, nb 31.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCXXVI. Le droit d'accroissement qui naît du lien, à plus forte raison, de la conjecture d'une volonté, aucune raison ne peut être rendue empêchant qu'il ait aujourd'hui lieu entre les cohéritiers et les colégataires (voir Voet, *Commentarius ad Pandectas,* lib. 30, nb 39), et entre ceux qui, pour cette raison, sont liés par un bien ou par un bien et par des mots, il n'y a pas besoin de conjectures, voir en argument D. 32 *(Des legs et des fidéicommis)*, 25 § 1. Mais cependant, cela peut venir en usage entre ceux qui sont liés par des termes, du fait qu'il est souvent douteux [de savoir] si, avec l'intention de délier ou si, pour que des parties certaines soient déterminées, la mention des parties aura été faite, cf. Cooren, *Consilia*, cons. 24, et la sentence de la Cour Supême du 22 décembre 1751 chez Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 304.]

§ 6. On peut aussi, pare le legs, ajouter un *pourquoi*, une cause, un *dans le cas où*, une condition, et un *sur cela*, une mesure ; entre tout cela, il y a une différence remarquable.

§ 7. Le *pourquoi*, la cause, n'étant pas véritable ne rompt pas le legs, comme si je disais : *à Wouter, je lègue cent florins parce qu'il m'a assisté lors de ma maladie* ; car, si une telle chose n'était pas vraie, ainsi, le legs reste néanmoins [575].

---

l'ont pas voulu, alors, reste chez ceux par lesquels cela avait été laissé ; mais, lorsque certains l'ont voulu, certains ne l'ont pas voulu, pour ceux qui le veulent, seulement, cela s'ajoute en totalité. 11b - Mais, si au contraire, cela a été séparément laissé, si certes, tous ont pu et ont mieux aimé le recevoir, chacun recevra sa part à la faveur d'une part individuelle et ils ne se flatteront pas que l'un, certes, souhaite recevoir le bien, mais les autres, l'entière estimation de ce bien, du fait que l'antiquité recevait la cupidité des légataires avec un esprit différent, la recevant sur seulement une sorte de legs et pensant que, sur les autres, elle doit être repoussée, nous, nous l'avons repoussée par tous moyens, en imposant aux legs et aux fidéicommis une seule nature et en tirant l'ancien désaccord en une concorde. 11c - Nous consacrons que cela soit fait ainsi, à moins que le testateur n'ait très clairement et expressément disposé qu'à un seul, certes, tout le bien soit procuré, mais à chacun des autres, l'estimation du bien en totalité. 11d - Mais, si au contraire, tous les légataires auxquels, séparément, le bien a été laissé, à son acquisition, concourent, que le l'un, peut-être, le reçoit, celui-ci lui appartiendra en totalité, parce que le propos du testateur était considéré, à tous, de prime abord, assigner la totalité, les autres survenant ayant soustrait une partie de la première, de sorte qu'à partir du concours des autres, les legs du premier soit amoindri ; mais, si au contraire, personne d'autre n'est venu ou n'a pu venir, alors, la part qui a fait défaut n'est pas vidée et à l'autre, ne s'ajoute pas, de sorte que le legs de celui qui, le premier le reçoit n'est pas considéré augmenter, mais reste auprès de celui qui obtient tout le bien, le concours de personne ne le diminuant. 11e - Et c'est pourquoi, si la charge était assignée sur la personne de celui chez qui le legs reste, elle le complétera par tout moyen, pour qu'à la volonté du testateur, on obéisse. 11f - Mais, si au contraire, sur la personne de celui qui fait défaut, la charge a été rapportée, ne le ressentira pas pas celui qui n'a pas diminué le legs d'autrui, mais le sien. 11g - La raison de la différence n'est pas dans l'ombre, du fait que, pour cette raison, le testateur est considéré avoir laissé cela séparément, afin que chacun reconnaisse sa charge, non celle d'autrui ; car, s'il voulait le contraire, il n'y avait aucun difficulté d'en disposer conjointement ».

Extrait du livre VI *Sur les Lois Julia et Papia* de Paul : *« Avec des actes, [les biens] sont considérés comme conjoints, non aussi, avec des paroles, lorsqu'à deux séparément, le même bien est légué. De même, avec des paroles et non aussi avec des actes : "à Titius et Seius, je donne, je lègue le bien-fonds en parts égales", parce que, toujours, les légataires ont les parts. En conséquence, est de toute façon préféré aux autres celui qui, en actes et avec des paroles, a été joint. Si, en actes, seulement, il a été joint, il est établi qu'il n'est pas plus fort. Mais, si, avec des paroles, certes, il a été joint, mais non en actes, la question est [de savoir] si celui qui a été joint sera plus fort ; et il est mieux [de dire] que lui-même est préféré ».*

[574] (Note de Groenewegen) Voyez ci-devant le chap. XVIII, note 423 et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, II, xiv *(De l'institution des héritiers)*, § 5.

[575] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 31 ; D. 35, 1, 72 § 6.

§ 8. Mais le *dans le cas où*, la condition, ou le *sur cela*, la mesure, le rompant, ainsi, le legs est sans forces [576].

§ 9. La condition, comme si je disais : *je lègue à Lieven mon plus bel anneau dans le cas où il vient habiter à Delft* ; à moins que cela n'ait tenu à l'héritier [577], à celui devant lequel ou en considération duquel une telle condition y a été ajoutée [578] ou que la condition était interdite

---

« § 31. Plus loin, une fausse cause, au legs, ne porte pas préjudice. Comme quand quelqu'un a ainsi dit : "à Titius, parce qu'en mon absence, il s'est occupé de mes affaires, je donne, je lègue Stichus" ou ainsi :"à Titius, parce qu'avec son patronage, d'un crime capital, j'ai été libéré" ; en effet, bien qu'il n'ait jamais administré les affaires du testateur et que Titius, avec le patronage de celui-ci, n'ait pas été libéré, le legs, cependant, est valide. Mais, si, de façon conditionnelle, la cause a été énoncée, la règle est différente, comme de cette façon : "à Titius, s'il s'est occupé de mes affaires, je donne, je lègue ce bien-fonds" ».

Extrait du livre XVIII des *Questions* de Papinien : *« 6 - Il est plus vrai qu'une fausse cause, au legs, ne fait pas obstacle, parce que la raison de faire le legs, au legs, n'est pas attachée ; mais, en général, l'exception de dol aura lieu, s'il est prouvé qu'autrement, il n'allait pas léguer ».*

[576] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 31 des *Institutes*, II, xx ; D. 35, 1, 72 § 2 et 17 § 2.

Extrait du livre XVIII des *Questions* de Papinien : *« 2 - Titius a demandé que l'héritier institué, après sa mort, remette la succession, si la garantie du fidéicommis n'a pas été demandée. Le modèle de la garantie Mucienne, avant l'établissement de la garantie remise, ne pouvait pas avoir lieu, parce que, du vivant de celui auquel [le fidéicommis] a été laissé, la condition pouvait être remplie ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit du préteur, titre des legs* de Gaius : *« 2 - Ce qu'il en est de la règle pour une fausse indication est même mieux pour une fausse cause, comme ainsi "à Titius, je donne un bien-fonds, parce qu'il a pris soin de mes affaires", de même "que mon fils Titius prenne le premier le bien-fonds, parce que son frère lui-même, à partir de mon coffre, a dépensé tant de pièces d'or de mon coffre" ; car, bien que son frère n'ait pas dépensé l'argent du coffre, le legs prend effet ».*

[577] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 24, 57 et 161.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Dans la mesure où c'est de l'intérêt de quelqu'un, il se présente en fait, non en droit ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« La bonne foi ne souffre pas que l'on réclame deux fois la même chose ».*

Extrait du livre LXXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Il a été reçu dans le droit civil que, chaque fois que l'on fait, par l'intermédiaire de celui dont il est de l'intérêt qu'une condition ne soit pas accomplie, en sorte d'empêcher qu'elle s'accomplisse, on le tient exactement comme si la condition avait été accomplie, ce qui s'applique à la liberté, aux legs et aux institutions d'héritiers ; à ces exemples, on joint aussi les stipulations, du fait qu'il a été fait, par l'intermédiaire du promettant, en sorte d'empêcher que le stipulant, à la condition, obéisse ».*

[578] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 28, 31 et 71 § 3.

Extrait du livre II des *Digestes résumés d'Alfenus* de Paul : *« A sa fille, quelqu'un a ainsi fait un legs : "si Attia, ma fille, selon le jugement de Lucius Titius, s'est mariée, qu'à celle-ci, mon héritier donne tant". Titius étant mort avant le testateur, Attia s'est mariée ; il était demandé si le legs lui serait dû. [Paul] a répondu qu'il était dû. 1 - "Qu'Attia, mon épouse, choisisse Philargyrus, l'enfant et Agathea, la servante, qui seront les miens quand je mourrai" ; celui qui a fait le testament a vendu Agathea qu'à l'époque du testament, il avait eue, et, par la suite, il a acheté des servantes et, à l'une de celles-ci, il a imposé le nom d'Agathea ; il a été demandé si celle-ci sera considérée avoir été léguée. [Paul] a répondu qu'elle était considérée avoir été léguée ».*

Extrait du livre II des *Questions* d'Africanus : *« Dans un testament, il a été ainsi écrit : "que Stichus et Pamphile soient libres et, si, en mariage, ils se sont unis, que mon héritier soit obligé de leur donner cent" ; Stichus, avant l'ouverture des tablettes, est mort. [Africanus] a répondu que la part de Stichus avait fait défaut ; mais aussi, que celle de Pamphile était aussi considérée avoir fait défaut sous condition et que c'est pourquoi la part de celui-ci, chez l'héritier, resterait. Mais, si les deux sont vivants et que Stichus ne veut pas prendre une épouse, alors que la femme s'est préparée à se marier, à celui-ci, certes, le legs sera dû, mais la part de Stichus deviendra sans effet. Car, lorsqu'à l'un, un legs a été ainsi fait : "à Titius, s'il a pris Seia pour épouse, que mon héritier donne cent", si, certes, Seia est morte, il est entendu, à la condition, avoir fait défaut ; en revanche, si lui-même décède, à son héritier, celui-ci ne transmet rien, parce qu'avec sa mort, la condition est entendue avoir fait défaut ; mais, les deux étant vivants, si, certes, lui-même ne veut pas prendre une épouse, parce qu'avec son acte, la condition fait défaut, du legs, il n'obtient rien ; mais, la femme ne voulant pas se marier, alors que lui-même s'y est préparé, le legs lui est dû ».*

Extrait du livre XVII des *Questions* de Papinien : *« 3 - "À Titius, mon gendre, que mon héritier, au titre de la dot de Seia, ma fille, donne cent". Le profit de la dot, certes, à Seia qui commence à avoir la dot, appartiendra, mais, parce que non seulement à la femme, mais à Titius aussi, auquel [le testateur] a légué l'argent, il est considéré avoir avisé, il s'en faut de peu que lui-même, comme légataire, soit entendu et qu'il doive réclamer le legs. Si, après le divorce, au gendre, l'héritier a payé l'argent, également, il sera libéré, parce que, dans la dot, le paiement est versé. Mais, le mariage durant, aussi, la femme l'ayant interdit, à Titius, à bon droit, le paiement sera fait ; il est, en effet, de l'intérêt de la femme qu'elle commence à avoir été dotée. Car, si l'on a répondu qu'elle a elle-même aussi la réclamation, que celle-ci réclame l'argent et qu'elle n'a pas voulu qu'il devienne celui de la dot, de façon non douteuse, elle sera repoussée avec une exception. Mais, avant les noces, Titius ou la femme étant morts, le legs, chez l'héritier, reste. S'il ne veut pas prendre cette dernière pour épouse, à raison du legs qui touche la personne de la femme, il est entendu avoir été fait satisfaction, mais, à Titius qui réclame le legs, ne portera pas préjudice l'exception de dol. Mais Sabinus pensait que, la femme ayant été mariée, à*

par les lois [579]. Aucun terme n'étant fixé par la condition, elle peut être accomplie en tous temps [580] par le légataire et le legs être reçu, mais, s'il ne le fait pas durant sa vie, ainsi, son héritier n'y a aucun droit [581].

§ 10. Là où aussi la condition consistait dans le fait de laisser quelque chose, ainsi, le légataire peut réclamer immédiatement le legs en donnant garantie qu'il ne fera pas une telle chose [582], comme si, à Joris, je léguais quelque chose dans le cas où il ne voyage jamais dans les Indes orientales ; au contraire, un légataire peut réclamer une garantie de l'héritier à raison d'un legs, là où, de la condition le terme n'est pas écoulé [583].

§ 11. La mesure, comme si je disais : *Je lègue à Bartel mille* **[150]** *florins pour qu'il en fasse ma tombe* ; ce legs peut immédiatement être réclamé sous la garantie qu'une telle chose sera faite comme le dit la dernière volonté [584].

Titius, sans la garantie, le legs était dû, parce que l'argent deviendrait celui de la dot ; mais quand, avant le mariage, parce que le legs est pur et simple, il peut être réclamé, la garantie "qu'à la femme, l'argent est remis" sera nécessaire. Si le mari, à raison de son défaut, a chuté et qu'il n'est pas solvable, à l'héritier, contre la femme qui n'a en rien commis d'infraction, devra-t-il être donné un secours à raison de cet argent qui, à la dot, avait été destiné ? Mais, parce que les deux ont eu la réclamation du legs sauvegardée, la femme aura l'action, l'argent n'ayant pas été payé au mari ».

[579] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 3.

Extrait du livre VI d'Ulpien : *« On a obtenu que les conditions impossibles, dans un testament, écrites, pour nulles, devaient être tenues ».*

[580] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 10.

Extrait du livre XXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Cette condition "à ma fille, quand elle sera mariée" est telle que celui qui a testé a voulu que soit seulement accomplie la condition, il n'a pas garanti quand ; et c'est pourquoi, si, du vivant du testateur, elle s'est mariée après la confection du testament, comme remplie, la condition est considérée, surtout quand la condition est telle qu'une seule fois, elle doive être accomplie. Mais, en effet, toutes les unions ne remplissent pas la condition ; par exemple, en effet, non encore nubile en âge, celle qui, dans la maison de son mari, a été conduite n'a pas obéi à la condition, mais aussi, si elle lui a été unie, des noces de celui-ci, il lui a été fait interdiction, de même, nous le dirons, on peut douter [de savoir] si, cependant, en se mariant par la suite, elle pourra obéir à la condition, comme si elle ne s'était pas mariée ; et, si le testateur, au premier lien nuptial, a pensé, je pense qu'elle a fait défaut à la condition ; de façon bienveillante, cependant, il doit être dit que [la condition n'a pas encore été remplie plutôt]* [580] *que la condition a fait défaut. 1 - Si un legs a ainsi été fait "si le navire, d'Asie, est arrivé" et que, le testateur l'ignorant, le navire est arrivé au moment de la confection du testament, il doit être dit que [la condition] est tenue pour accomplie. Et, si à quelqu'un, un legs a été fait ainsi "quand il sera pubère", de la même façon, cela devra être dit ».*

[581] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 71 § 3 dans le passage *Mais, avant les noces.*

Extrait du livre XVII des *Questions* de Papinien : *« 3 - (…) Mais, avant les noces, Titius ou la femme étant morts, le legs, chez l'héritier, reste (…) ».*

[582] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 7.

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« L'intérêt de la garantie Mucienne consiste dans les conditions qui, sur le fait de ne pas faire, ont été conçues, comme par exemple "si, sur le Capitole, il n'est pas monté", "s'il n'a pas affranchi Stichus" et dans les semblables ; et ainsi l'a-t-il semblé à Aristo, à Neratius et à Julianus ; cette opinion, dans une constitution du divin [Antonin] le Pieux, a été approuvée ; elle décidait que non seulement pour les legs, mais aussi pour les héritages, de même, le remède avait été reçu. 1 - D'où, si l'épouse a ainsi inscrit son mari, auquel elle avait promis une dot, comme héritier pour une partie : "si, la dot que je lui avais promise, il ne l'a pas réclamée, ni exigée", celui-ci peut annoncer à son cohéritier qu'il s'est préparé, en la recevant, à faire la dot ou à la garantir et, ainsi, à accepter la succession. Mais, si, pour la totalité, le mari a été institué [héritier] sous cette condition, parce qu'il n'est pas celui auquel sera donnée la garantie, il n'est pas empêché d'accepter la succession ; car, selon le droit lui-même, la condition est considérée avoir été remplie en ce qu'il n'est pas celui que lui-même, quant à la dot, pourra citer en justice en acceptant la succession ».*

[583] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 36, 3 *(Pour qu'il soit donné garantie de la conservation des legs et des fidéicommis).*

[584] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 45, 2.

Constitution de Gordien adressée à Ammonius et donnée en 240 : *« À partir de ces termes : "à Titius, je laisse dix mille ou un immeuble de rapport, d'une façon telle qu'il restitue à Mævius mille de ceux-ci ou ce même immeuble de rapport", bien qu'auparavant, la réclamation ni du legs ni du fidéicommis ne fût née, cependant, pour la liberté, par le divin Sévère, cela a été permis. 1 - Mais, dans les causes pécuniaires, pour protéger la volonté, non à mauvais titre, il doit être reçu qu'aussi, à partir de ces termes, ils reçoivent [cela] pour la condition ou la mesure, pour donner ou faire quelque chose, l'action en justice du fidéicommis, de tous côtés, naît, à savoir pour les conditions après l'issue de celles-ci. 2 - Mais, si au contraire, un legs ou une fidéicommis ayant été laissés, le testateur a interdit que le légataire ou le fidéicommissaire que son héritier ou une certaine autre personne réclame une dette, le débiteur a contre le légataire ou le fidéicommissaire qui agit en justice, jusqu'à un certain montant du fidéicommis ou du legs laissés, une exception ».*

§ 12. Là où aussi quelque chose est légué par manière de pénalité, comme si je disais : dans le cas où mon héritier vient habiter en dehors de la Hollande, ainsi, je veux qu'il donne aux pauvres cent livres de gros, une telle chose pourrait être valide [585], [mais le legs resterait par celui qui en était chargé] [586].

§ 13. À l'égard du temps, le testateur a aussi sa liberté [587], car il peut en fixer une jour certain, comme au mois d'août de l'an 1620, ou une date incertaine, comme quand mon plus vieux fils viendra à mourir, laquelle date incertaine comprend une condition tacite [588], à savoir, dans le cas où le légataire vit plus longtemps ; car, s'il meurt avant, son héritier ne pourrait pas en recevoir [quelque chose] [589].

§ 14. Ce que quelqu'un se voit léguer à des dates différentes, comme à payer dans trois ans, une partie doit en être payée à la fin de chaque année [590], comme chaque année, un tiers ; et un

---

[585] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx *(Des legs)*, § 36 et tout le titre de C. 6, 41 *(De ce qui, au titre d'une pénalité, dans un testament ou un codicille, est laissé).*

« § 36. Au titre aussi d'une pénalité, inutilement, on léguait, on perdait ou on transférait. Mais, au titre d'une pénalité, est considéré être légué ce qui, pour contraindre l'héritier, est laissé, pour que celui-ci fasse plus ou ne le fasse pas, comme si on a ainsi écrit : "que mon héritier, s'il a donné en mariage sa fille à Titius (ou en sens inverse "s'il n'a pas donné en mariage") donne cent pièces d'or à Seius", ou s'il a ainsi écrit : "que mon héritier, s'il a aliéné l'esclave Stichus (ou en sens inverse "s'il ne l'a pas aliéné"), à Titius, donne dix pièces d'or et cette règle était observée pour autant que, dans de nombreuses constitutions impériales, il est tout à fait indiqué que l'empereur ne reconnaît pas ce qui, au titre d'une pénalité, lui a été légué. À partir du testament d'un soldat, certes, de tels legs étaient valides, bien que les autres volontés des soldats dans le règlement de meurs testaments, fussent observées. Mieux, aussi, on décidait que la liberté, au titre d'une pénalité, ne pouvait être accordée avec en plus le fait que Sabinus pensait que l'héritier ne pouvait pas se voir adjuger [quelque chose] au titre d'une pénalité, comme si l'on disait : "Que Titius soit mon héritier ; si Titius a uni en mariage sa fille, que Seius soit aussi mon héritier" ; en effet, il n'importait en rien [de savoir] avec quelle raison, Titius sera contraint, par la remise du legs ou l'ajout d'un cohéritier. Mais un souci de cette sorte ne nous a pas agréé et, de façon générale, ce qui est laissé, bien que cela ait été, au titre d'une pénalité, laissé, enlevé ou, à d'autres personnes, transféré, nous avons établi que cela n'était pas distant des autres legs en donnant, en enlevant ou en transférant, à savoir étant exceptées les choses qui sont impossibles, interdites par les lois ou autrement déshonorantes ; en effet, l'école de mon époque ne souffre pas que les dispositions de cette sorte des testateurs soient valides ».

[586] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[587] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 1.

Extrait du livre III *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Dans les legs qui sont laissés, [un terme certain] ou incertain, ou une condition sont assignés, ou, si rien n'a été fait, [les legs] sont actuels, si ce n'est si, avec une violence, cette même condition est présente. 1 - Quand un terme incertain a été assigné, bien que le terme ne soit pas encore arrivé, cependant, [les legs] peuvent être acquittés, parce qu'il est certain qu'ils seront dus. 2 - Mais le terme est incertain, quand il est ainsi écrit : "que mon héritier, quand il mourra, donne dix" ; car sa mort a une date incertaine. Et c'est pourquoi, si le légataire, auparavant, est mort, à son héritier, le legs ne passe pas, parce que le terme, de son vivant, n'est pas échu, bien qu'il ait été certain que mourrait l'héritier. Mais la condition du legs est présente, comme quand, ainsi, nous faisons un legs : "ce qui d'Arescusa est né, que mon héritier le donne", "les fruits qui, de ce bien-fonds, ont été perçus, que mon héritier les donne" ou "l'esclave qu'à un autre, je n'aurai pas légué, qu'à Seius, il le donne" ».*

[588] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 75.

Extrait du livre XXXIV des *Questions* de Papinien : *« Une date incertaine fait une condition dans un testament ».*

[589] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 1 § 2 ; D. 35, 1, 59. Voyez en outre Cooren, avis 28 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 7, quæst. 3.

Extrait du livre III *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« 2 - Mais le terme est incertain, quand il est ainsi écrit : "que mon héritier, quand il mourra, donne dix" ; car sa mort a une date incertaine. Et c'est pourquoi, si le légataire, auparavant, est mort, à son héritier, le legs ne passe pas, parce que le terme, de son vivant, n'est pas échu, bien qu'il ait été certain que mourrait l'héritier. Mais la condition du legs est présente, comme quand, ainsi, nous faisons un legs : "ce qui d'Arescusa est né, que mon héritier le donne", "les fruits qui, de ce bien-fonds, ont été perçus, que mon héritier les donne" ou "l'esclave qu'à un autre, je n'aurai pas légué, qu'à Seius, il le donne" ».*

Extrait du livre XIII *Sur les Lois Julia et Papia* d'Ulpien : *« Le legs meurt, si meurt cette personne à laquelle le legs a été fait sous condition. 1 - Qu'en est-il donc, si elle n'est pas morte, mais qu'elle a cessé, dans la cité, de se trouver ? Par exemple, à quelqu'un, un legs a été fait "s'il est consul" et que celui-ci, dans une île, a été déporté ? Dans l'intervalle, le legs n'est-il pas éteint, parce que, dans la cité, il peut être remis dans son état initial ? Je pense que cela est plus plausible. 1 - De même, il ne faudra pas le dire, si cette peine, contre lui, a été statuée qui impose la servitude, parce que la servitude, à la mort, est assimilée ».*

[590] (Note de Groenewegen) Voir D. 36, 2, 20.

Extrait du livre VI des *Institutes* de Marcianus : *« Si, avec une fixation à l'avance des années, un legs a été fait, comme "à Titius, dix, jusqu'à dix années", Julianus, dans le livre XXX de ses Digestes, écrit qu'il y a une différence ; si, certes, au titre des aliments, le legs a été fait, il y a plusieurs legs et le légataire mort ne transmet pas le legs des années futures à son héritier ; mais, si,*

tel legs, le légataire mourant dans cette période, vient à son héritier [591]. Mais ce que chacun se voit léguer annuellement, comme annuellement cent florins, est compté comme une dette certaine à partir du premier jour de l'année [592] et le revenu de cette année, pour cette raison, peut passer à son héritier [593].

§ 15. L'origine du LEGS étant suffisamment entendue à partir de cela, venons-en à la CONSÉQUENCE.

§ 16. Celle-ci doit être envisagée à l'avantage DU LÉGATAIRE et à l'avantage DE L'HÉRITIER.

[151] § 17. Pour le LÉGATAIRE, la conséquence est en premier lieu qu'il a une action contre l'héritier pour payer le legs [594].

---

non à la faveur des aliments, [le testateur] a légué, mais, en plusieurs versements, l'a partagé pour ne pas charger l'héritier, dans ce cas, il dit que, de toutes les années, il y a un seul legs et qu'avant les dix ans, le légataire qui meurt, aussi, transmet le legs des futures années à son héritier ; cette opinion est vraie ».

[591] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 36, 2, 20 ; Cooren, dans ledit avis 28 ; Sande, dans ladite defin. 7, quæst. 3.

[592] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 1, 4 ; D. 36, 2, 12 § 1.

Extrait du livre LXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si, pour chaque année, à quelqu'un, un legs a été fait, Sabinus, dont l'opinion est vraie, dit qu'il y a plusieurs legs et que [celui] de la première année est pur et simple, [celui des années] suivantes, conditionnel ; en effet, cette condition est considérée y être présente "s'il est vivant" et c'est pourquoi, celui-ci étant mort, à l'héritier, le legs ne passe pas ».*

Extrait du livre XXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Mais, il était de la question [de savoir] si, au commencement de chaque année ou si, l'année étant finie, il échoirait. Et Labéon, Sabinus, Celsus, Cassius et Julianus ont approuvé que, pour tout ce qui, pour chaque année, est laissé, au début de chaque année, le terme de ce legs serait échu ».*

[593] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 8.

[594] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 43, 1 ; *Institutes de Justinien*, II, xx *(Des legs)*, § 2.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Du fait que ceux qui, avec des legs et des fidéicommis, sont honorés, sont connus avoir une action en général personnelle, qui, avec la mesure de la réclamation ou de l'autorisation, recevra la subtilité des autres legs avec une intention bien disposée dont la descendance, avec les meilleures raisons, n'a pas facilement usé et n'a pas loué les détours inextricables ? 1 - En conséquence, de façon plus juste, nous pensons que l'envoi [en possession] sur le bien est tout à fait aboli au vrai pour tous, que tant aux légataires qu'aux fidéicommissaires, il impose une unique nature et qu'il procure non seulement une action personnelle, mais aussi une action sur le bien* (in rem)*, dans la mesure où il sera permis que ces mêmes biens, soit par n'importe quel genre de legs, soit par le biais d'un fidéicommis, avaient été laissés, de réclamer en intentant une action sur le bien et en outre, procurer l'action utile Servienne (c'est-à-dire hypothécaire) sur ce qui avait été laissé dans les biens du mort. 2 - En effet, du fait que cela, déjà, dans notre droit, s'est répandu de permettre au testateur l'action hypothécaire de ses biens à ceux auxquels il a voulu donner et que, de nouveau, de nouvelles constitutions ont introduit dans de nombreux cas des hypothèques tacites, il n'est pas sans intérêt aussi que nous, dans le présent cas, donnions une action hypothécaire qui, nul mot ne précédant, pourra être introduite par cette loi. 3 - En effet, si le testateur a laissé des legs et des fidéicommis pour que, par tous les moyens, les personnes honorées par lui les reçoivent, il apparaît à partir de sa volonté aussi que les actions ci-devant dites doivent être intentées contre les biens du testateur, afin que, par tout moyen, à la volonté du testateur, il soit fait satisfaction et particulièrement, lorsque les legs et les fidéicommis sont tels qu'à des actes pieux, ils sont assignés. 4 - Et nous disposons cela non seulement si, par l'héritier, le legs ou le fidéicommis a été laissé, mais aussi si, par le légataire, le fidéicommissaire ou une autre personne que nous pouvons alourdir avec le fidéicommis, le fidéicommis est laissé à quelqu'un. En effet, du fait qu'il n'est pas autrement valide, à moins qu'il n'offre quelque profit à celui par qui il a été laissé, il n'est en rien pénible, aussi contre lui, non seulement d'étendre l'action personnelle, mais aussi sur le bien* (in rem) *et hypothécaire sur les biens que, du testateur, il a obtenus. 5 - Mais, dans tous les cas de cette sorte, nous voulons que chacun soit cité à comparaître avec l'action hypothécaire pour autant que l'action personne, contre lui, se présente et que l'action hypothécaire n'appartienne pas à l'héritier lui-même ou à une autre personne qui a été alourdie avec le fidéicommis des biens, mais seulement de ceux qui, du testeur, à lui, sont arrivés ».*

« § 2. Mais autrefois, certes, il y avait quatre sortes de legs : par revendication (per vindicationem)*, par imposition d'une charge* (per damnationem)*, de manière permissive* (sinendi modo) *et par préciput* (par præceptionem)*, des termes certains étaient assignés à chaque type de legs, par lesquels chaque genre de legs était signifié. Mais, à partir des constitutions des divins empereurs* (cf. C. 6, 37, 21)*, la solennité de termes de cette sorte a été totalement supprimée. Notre constitution* (cf. C. 6, 43, 1) *que nous avons faite lors d'un travail de nuit, désirant que les volontés des défunts soient plus fortes et favorisant non leurs termes, mais leurs volontés, a disposé que, pour tous les legs, la nature est unique et que ce qui, en termes quelconques, a été laissé, il sera permis aux légataires de le poursuivre non seulement par le biais d'actions personnelles, mais aussi par le biais d'une action sur le bien et par le biais d'une action hypothécaire ; il est très complètement possible de recevoir la mesure attentivement pesée de cette constitution à partir de la teneur de celle-ci ».*

§ 18. Un seconde chose est qu'il a une réclamation à ce qui lui est légué, dans le cas où cela a appartenu au testateur [595] ; cependant, le légataire ne peut pas de son propre pouvoir prendre la possession, mais doit la réclamer à l'héritier [596], à moins que par la dernière volonté, un droit de possession ne lui fût accordé [597].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 596 et 597 de Groenewegen van der Made**

Il n'est permis à personne de prendre possession du bien à lui légué par une autre personne, qu'elle soit héritière ou étrangère ; car, alors, se présente à l'héritier l'interdit de ces legs (*quorum legatorum*) à la faveur de l'acquisition de la possession des biens dont le légataire a pris possession, voir Gomez, *Ad legem Tauri*, sur la loi 45, nb 130. Cependant, , ce qu'il peut faire à partir de la sentence de Grotius, si le testateur a expressément donné ce droit au légataire, et Voet admet cela avec une certaine limitation, à savoir lorsque l'héritier était le possesseur du bien légué et qu'il a consenti à l'occupation de celui-ci ; dans ces cas, il n'importe en rien [de savoir] s'il a pris la possession à titre privé ou s'il a avisé à lui avec une rétention. En outre, il faut relever qu'il ne doit pas être procédé avec une voie exécutive envers le légataire, mais avec le moyen ordinaire, afin que son bien soit obtenu.

Du reste, comme dans beaucoup d'autres choses et dans les legs, le paiement fiduciaire est adjugé à partir d'un écrit clair, le procès étant en suspens, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 30, nb 45.]

§ 19. En troisième lieu, qu'il a un droit d'hypothèque sur le bien de la succession [598], étant bien entendu lorsque les dettes sont payées [599], cependant, ce droit d'hypothèque peut être ôté par la dernière volonté [600].

---

[595] (Note de Groenewegen) Voir ladite constitution et ledit § 2 des *Institutes*, II, xx *(Des legs)*.

[596] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 3, 1 § 2 ; C. 6, 37, 5.

Extrait du livre LXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais il est lui-même pour obtenir une possession et comprend cette cause, [à savoir] que, ce que quelqu'un, au titre des legs, non à partir de la volonté de l'héritier, a occupé, il le rende à l'héritier. Le fait est qu'il a été considéré comme très juste pour le préteur que chacun, pour soi, ne prononce pas lui-même le droit en prenant possession des legs, mais que, de l'héritier, il les réclame ; il ramène donc à l'héritier par le biais de cet interdit ce qui, au titre des legs, est possédé, de sorte que, de la même manière, les légataires peuvent le citer en justice ».*

Constitution d'Antonin adressée à Donatus et donnée en 213 : *« Il n'y a pas de doute qu'est refusée l'action des legs à celui-ci, à la faveur de la part qui se présente pour ces biens dont il est apparu qu'il les avait soustraits de la succession ».*

[597] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 34 § 1 et là, Bartole.

Extrait du livre X des *Réponses* de Modestinus : *« 1 - Lucius Titius, dans son testament, a ainsi disposé :* (texte en grec) *"A Octaviana Stratonica, ma très chère fille, salut ! Je veux que, par elle-même, elle reçoive mon bien-fonds de Gaza avec tout son matériel. À Octavianus Alexander, mon très cher fils. Je veux qu'il prélève par lui-même l'ensemble de la saussaie Comienne avec tout le matériel qui, ici, se trouve". Je demande si, avec un écrit de cette sorte, tout le bien-fonds, à chacun, sera considéré avoir été donné ou s'il inclut la part successorale seulement, du fait qu'il a voulu, sans effet par lui-même, que chacun d'eux reçoive la partie qu'il avait. Modestinus a répondu que ne devait pas être ainsi interprété l'écrit dont il est question, de sorte que le fidéicommis soit rendu sans effet. De même, je demande, quand tout le bien est considéré avoir été laissé, si le prix d'une partie, au frère et au cohéritier, doit être payé, pour que, par cela même, ce que, par lui-même, il a obtenu à l'avance de recevoir, en apportant le prix, il a voulu l'avoir en entier. De même, il a répondu qu'au paiement du prix, le fidéicommissaire ne devait pas être contraint ».*

[598] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx *(Des legs)*, § 2 ; C. 6, 43, 1 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 2 ; Antonio Negusanti, *De pignoribus*, membr. IV, part. 2, au début, nb 157 avec les suivants ; Rebuffe sur les *Constitutiones regales*, traité *De constitutionum redit.*, art. 1, glos. 14, nb 34-35. Voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 12, defin. 23.

Le § 2 des *Institutes* et la constitution de C. 6, 43, 1 ont déjà été donnés plus haut dans la note **24**.

[599] (Note de Groenewegen) En argument D. 50, 16, 39 § 1 ; D. 42, 6, 4 § 1 et là, Bartole ; en argument D. 44, 4, 4 § 29 et D. 50, 17, 41 § 1 ; Paolo di Castro sur D. 2, 14 *(Des pactes)*, 10, nb 4 et là, Giasone del Maino, dernier nb ; Evraerts, *Conslilia*, cons. 163, nb 1-2.

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - "Les biens" sont entendus [appartenir] à chacun, qui subsistent, une fois enlevé l'argent dû à autrui ».*

Extrait du livre XII des *Réponses* de Papinien : *« 1 - Mais il convient que les légataires, seulement sur cette partie qui, des biens, a pu être conservée, aient la cause du gage ».*

Extrait du livre LXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Si quelqu'un, à un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a payé ce qu'il devait et qu'à partir de ce paiement, le pupille a été rendu plus riche, à très bon droit, il est dit que l'exception, aux*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 598 et 599 de Groenenwegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que les biens du défunt ont été tacitement ou légalement déliés envers les légataires et que ce droit se présente aussi à ceux-ci contre la possession des tiers, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 38, p. 41 dans la note. Cependant, Alors que la faveur de la perte est plus grande que celle du profit, il s'ensuit de soi-même que le droit de l'hypothèque légale ne se présente pas au légataire, à moins que ne soit d'abord déduite la dette du défunt, droit qui est refusé aux légataires sur les biens de l'héritier ou de celui qui a été autrement alourdi, pour lesquelles ils sont placés après tous les craénciers hypothécaires et chirographaires privilégiés et concourent seulement avec les simples [créanciers], voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 2. La raison en est qu'ils ont un héritier obligé seulement à partir d'un quasi-contrat, à savoir, à partir de l'acceptation de la succession, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 21. Il faut cependant relever ici que cette action n'est pas donnée au légataire sur la totalité contre chaque héritier, mais seulement pour la partie dont ils sont héritiers ; ce qui est clairement particulier, du fait que la cause du gage est indivisible [individue]. Les légataires jouissent non seulement de ce droit d'hypothèque légale à la faveur du capital, mais aussi à la faveur des fruits et des accessions, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 21, et lib. 30, nb 41, 42 et 43.

Du reste, de même que les légataires sont placés après tous les créanciers du défunt, de même, dans le cas inverse, ils sont préférés à tous les créanciers de l'héritier ou de celui qui s'est fait demander de restituer [les biens], bien qu'ils jouissent d'une hypothèque expresse ou tacite, et rien des biens du défunt ne doit leur échoir, tant qu'il n'a pas été fait satisfaction aux légataires et aux fidéicommissaires, voir Voet, dans ledit nb 21.

§ 20. À l'avantage de l'HÉRITIER, la conséquence est qu'il peut retirer de tous les legs qui sont à sa charge selon une proportion autant qu'il conservait au-dessus des dettes du défunt et des dettes funéraires [601], le quart des biens ou de la part des biens dont il est institué héritier, la valeur des biens étant comptée comme celle-ci était à la date de la mort [602] ; ce que le défunt doit à l'héritier pouvait avoir été compté comme une dette [603] ; lequel quart est introduit à

---

demandeurs, porte préjudice ; car, s'il a reçu un prêt d'argent ou qu'à partir d'un autre contrat, il a été rendu plus riche, l'exception doit être accordée. Et de même, pour les autres choses, il faudra le dire, [choses] pour lesquelles, à bon droit, il n'est pas fait de paiement ; car, s'ils ont été rendus plus riches, à l'exception, il y aura lieu ».

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Dans une chose obscure, il vaut mieux être favorable à une réclamation qu'à un gain imprévu ».*

[600] (Note de Groenewegen) Voir Michael Grass, *Receptæ sententiæ de successione* …, § *legatum*, quæst. 76, nb 4 ; Antonio Negusanti, *De pignoribus*, membr. IV, nb 91 ; Rebuffe, *Constitutiones regales*, traité *De constitionum redit.*, glos. 14, nb 36.

[601] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxii *(De la Loi Falcidia)*, § 3.

« § 3. Mais, quand la raison de la Loi Falcidia est posée, avant que soit déduite une dette, de même, les dépenses des funérailles et les prix des esclaves affranchis, alors, ensuite, sur le reliquat, le compte est tenu d'une façon telle qu'à partir de cela, le quart reste auprès de l'héritier, mais les trois autres parties, entre les légataires, sont réparties, à savoir à proportion de la part de ce qui aura été, à chacun de ceux-ci, légué. C'est pourquoi, si nous imaginons que quatre cents pièces d'or ont été léguées et que le montant du patrimoine, à partir duquel les legs doivent être réclamés, est d'[une valeur] de quatre cents, un quart doit en être enlevé à chacun des légataires. Si nous imaginons que trois cents cinquante ont été légués, un huitième doit être retiré. S'il a légué cinq cents, au commencement, le cinquième, ensuite, le quart doivent être retirés ; en effet, antérieurement, doit être retiré ce qui est en dehors du montant des biens, ensuite, ce qui, des biens, auprès de l'héritier, doit rester ».

[602] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxii *(De la Loi Falcidia)*, § 2.

« § 2. Mais le montant du patrimoine auquel la raison de la Loi Falcidia est ramenée, au moment de la mort, est considéré. C'est pourquoi, si, par exemple, celui qui avait un patrimoine de cet pièce d'or, a légué cent pièces d'or, cela n'est en rien utile aux légataires, si, avant l'acceptation de la succession par les esclaves héréditaires, pour un enfant de servantes héréditaires ou pour une portée de bétail, il s'est seulement ajouté à la succession, afin que, les cent pièces d'or ayant été demandés au titre des legs, l'héritier allie avoir le quart de la succession, mais il est nécessaire que le quart ne soit pas moins retirés des legs. En sens inverse, s'il a légué soixante-quinze, et qu'avant l'acceptation de la succession, les biens, pour autant, ont décru, peut-être, dans des incendies, des naufrages ou avec la mort d'esclaves, de sorte qu'une richesse de pas plus de soixante-quinze pièces d'or ou aussi moins, est laissée, tous les legs sont dus. Cette chose est préjudiciable pour l'héritier, pour lequel il n'est pas libre d'accepter la succession ; cette chose fait qu'il est nécessaire aux légataires, le testament ayant été supprimé, afin de ne rien obtenir, avec l'héritier, sur la part, de s'accorder ».

[603] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 2, 48 et 87 § 2.

Rome par la Loi Falcidia [604]. Cependant, une telle chose n'a pas lieu dans le cas où, par la dernière **[152]** volonté, la soustraction de ce quart est expressément interdite [605] ;

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* de Paul : *« Quand il y a un acheteur pour le vendeur ou contre l'héritier, l'esclave ayant été évincé, devra-t-il, dans la dette, déduire ou compter le double ou le simple ? En effet, le double serait nécessaire si un autre avait été héritier. Et il est plus bienveillant que, celui-ci même étant l'héritier, le simple lui soit imputé ».*

Extrait du livre LXI des *Digestes* de Julianus : *« 2 - Si quelqu'un a institué héritier celui auquel il s'est vu demander, après sa mort, de remettre cent, dans le compte de la Loi Falcidia, il doit déduire les cent, parce que, si n'importe quel autre héritier s'est présenté, ces cent seront, dans la dette, placés ».*

[604] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxii*(De la Loi Falcidia)*, pr ; D. 35, 2, 1 et tout le titre de D. 35, 2 *(Sur la Loi Falcidia).*

« Il reste à examiner [ce qu'il en est] quant à la Loi Falcidia, dont la mesure, récemment, aux legs, a été imposée. En effet, alors qu'autrefois, dans la Loi des XII Tables, le pouvoir de léguer était libre, de sorte qu'il était permis de demander tout le patrimoine avec les legs (mieux, dans cette loi, il a été ainsi disposé :"comme il avait légué de son bien, qu'ainsi soit le droit"), il a été considéré de contraindre ce pouvoir de léguer et cela a été prévu pour le es testateur eux-mêmes à raison de ce qu'(en général, ils mouraient intestats, les héritiers inscrits se voyant refuser d'accepter pour aucun ou un très petit profit les successions. Et, comme sur cela, tant la Loi Furia que la Loi Voconia ont été portées dont aucune des deux n'était considérée suffisante pour la consommation de la chose, récemment, a été portée la Loi Falcidia, dans laquelle il est disposé qu'il ne serait pas permis de léguer plus que les trois de tous les biens, c'est-à-dire que, qu'un seul héritier ou plusieurs ait été institué, le quart resterait chez lui ou chez eux ».

Extrait du livre unique *Sur la Loi Falcidia* de Paul : *« La Loi Falcidia a été promulguée qui, dans son premier chapitre, a accordé une libre possibilité de faire un legs jusqu'aux trois quarts en ces termes : "ceux qui sont citoyens Romains et celui qui, de ceux-ci, après la demande de la Loi, voudra faire son testament pour vouloir donner et léguer cet argent ou ces biens à chacun, qu'il y en ait le droit et le pouvoir, comme avec cette Loi, il sera permis". Dans le second chapitre, elle a établi la mesure des legs en ces termes : "quiconque, citoyen Romain, d'après la demande de cette Loi, fera son testament, que, pour celui-ci qui voudra donner et léguer autant d'argent à un citoyen Romain, il y en ait le droit et le pouvoir, pourvu que le legs soit donné d'une façon telle que les héritiers ne prennent pas moins que le quart de cette succession dans ce testament [et c'est pourquoi] qu'à ceux auxquels quelque chose aura été donné ou légué, il soit permis de prendre, sans fraude, cet argent et que cet héritier qui aura été commandé et obligé de donner cet argent doive donner cet argent auquel il a été obligé". 1 - La Loi Falcidia aussi, est considérée regarder ceux qui, chez les ennemis, sont morts à raison de la Loi Cornelia, parce que cette Loi confirme leur testament comme si, dans la cité, ils étaient morts, à raison de cette fiction, la Loi Falcidia et toutes les dispositions testamentaires les regardent aussi, elles qui, cependant, pourront avoir lieu. 2 - Ceux qui, la cause du testament ayant été laissée de côté, possèdent la succession, la Loi Falcidia ne les regarde pas ; mais, par l'Édit du préteur, le pouvoir de la Loi est introduit. 3 - Et de même, il en est, si la condition du serment a été remise. 4 - Mais, si, à son esclave, un testateur, la liberté lui ayant été accordée, a fait un legs, parce qu'il est retardé à ce moment où il va être libre, de même aussi, à celui qui, chez les ennemis, se trouve ou à celui qui n'est pas encore né, quelque chose a été donné, cette Loi aura lieu. 5 - Les legs faits à un municipe ou aussi, ceux qui, à un dieu, sont laissés, la Loi Falcidia les concerne. 6 - Mais non seulement les propres legs du testateur, mais aussi les legs d'autrui, la Loi les regarde. 7 - Et tout ce qui, des biens du défunt, est payé est rapporté à cette Loi, qu'en un objet, cela soit établi, certain ou incertain, qu'en un poids, un nombre et une mesure, cela vaille, aussi, si un droit a été légué (comme un usufruit) ou qui, en des titres, se trouve. 8 - De même, si un legs a été ainsi fait : "que mon héritier, à Seius, donne des provisions de bouche ; s'il ne les a pas données, qu'il donne dix", certains pensent que, de toute façon, dans le legs, il y a les dix, mais que les provisions de bouche, à cause de mort, sont prises et que, dans la Loi Falcidia, l'héritier ne peut pas imputer cela. Mais moi, j'ai enseigné que, si immédiatement, l'héritier avait acquitté les provisions de bouche, cela était considéré avoir été légué et que, dans la Loi Falcidia, cela pouvait être imputé ; et ce que j'ai dit "immédiatement" doit être ainsi reçu avec quelque délai. Si, déjà, un retard ayant été commis, l'héritier a acquitté les provisions de bouche, alors ce [Seius] n'a pas reçu le legs et, dans la Loi Falcidia, il ne peut pas être imputé ; déjà, en effet, le legs avait été transféré et les dix étaient dus. De même, il en sera, si, dès le commencement, le legs a ainsi été donné : "s'il n'a pas donné les provisions de bouche, qu'il donne dix", parce qu'ici, les provisions de bouche n'ont pas été léguées et, si les provisions de bouche sont données, à cause de mort, elles sont prises, parce qu'a fait défaut la condition du legs. 9 - Si un usufruit a été légué (qui aussi, peut être partagé, de même que les autres servitudes sont individues, [il n'est pas individu]), les anciens, certes, pensaient que tout l'usufruit devait être évalué et qu'ainsi, doit être établi combien il y aura dans le legs. Mais Aristo s'écarte de l'opinion des anciens ; il dit, en effet, que le quart, à partir de cela, comme à partir des objets matériels, peut être conservé et cela, Julianus, à bon droit, l'approuve. Mais, les travaux d'un esclave ayant été légués, alors que ni son usage, ni son usufruit, dans ce legs, n'est considéré se trouver, l'opinion des anciens est nécessaire pour que nous sachions combien il y a dans le legs, parce que, nécessairement, de tous [les legs] qui auront été faits, la part doit découler et une partie du travail ne peut pas être entendue. Mieux, pour l'usufruit, s'il est demandé combien prendra celui auquel l'usufruit a été donné, [combien pour l'évaluation des autres legs ou aussi de celui-ci même], afin que le legs ne dépasse pas les trois quarts, nécessairement, à l'opinion des anciens, il faut revenir. 10 - Si quelqu'un, à son créancier, a légué ce qu'il lui doit, le legs sera sans effet, si aucun profit, dans celui-ci, est versé, ou, si (par exemple, à raison de l'avantage de la représentation) il est valide, la Loi Falcidia aussi, pour ce profit, aura lieu. 11 - Si le légataire a obtenu la possession, le bien ne peut lui être rappelé, parce qu'avec la volonté d'un héritier qui s'est trompé, il a obtenu la possession, sera accordée une action à l'héritier pour que ce qui est au-dessus des trois quarts [soit enlevé]. 12 - Parfois, de toute façon, il est nécessaire que la totalité soit acquittée au légataire, la stipulation étant intervenue "qu'autant en plus que, par la Loi Falcidia, il a pris, soit rendu" ; comme si ce qui, par un pupille a été légué ne dépasse pas la mesure de la Loi Falcidia, mais nous craignons que, l'impubère étant mort, d'autres legs soient trouvés qui, le rapport en ayant été fait, dépassent les trois quarts. De même, on le dit, si dans le*

semblablement, en dehors d'une telle interdiction, les legs faits aux maisons religieuses ou aux pauvres sont libres de cela [606], comme aussi les biens qui sont ainsi légués qu'ils ne peuvent pas être aliénés [607]. Un héritier aussi différant d'accomplir la volonté du défunt [608] ou négligeant de faire un inventaire perd ce droit [au quart de la Loi Falcidia] [609].

[**Note de Willem Schorer**

---

testament principal, certaines choses, sous condition, ont été léguées, dont il est incertain [de savoir] si elles seront dues. Et c'est pourquoi, si l'héritier, sans un juge, s'est préparé à les acquitter, il fera attention à lui par cette stipulation. 13 - Ce qui, à partir de la substitution du cohéritier, au cohéritier, arrive est utile aux légataires ; celui-ci, en effet, est semblable à un héritier institué pour une part purement et simplement et pour une part sous condition. Mais ce qui, à sa charge, a été légué, s'il a laissé de côté la succession, ne sera pas augmenté, à savoir si, à sa charge, nommément, cela a été donné et non "toute personne qui, pour moi, sera un héritier". 14 - Si la part de mon cohéritier a été ruinée, la mienne, intacte, et que j'ai demandé celle-ci, Cassius pense que ces parts doivent être confondues, Proculus [pense] le contraire ; sur cette espèce, Julianus, à Proculus, donne son assentiment et je pense cette opinion plus plausible. Mais le divin Antonin est réputé avoir jugé que les deux parts devaient être confondues dans le calcul de la Loi Falcidia. 15 - Si j'ai ajouté mon cohéritier après l'acceptation de la succession, on ne doutera pas que les parts doivent être séparées, de la même manière que si, pour mon cohéritier, j'avais été un héritier. 16 - Si, pour chaque année, le legs a été fait à Titius, parce qu'il y a beaucoup de legs et qu'ils sont conditionnels, à la garantie, il y a lieu, [garantie] qui, dans l'Édit [du préteur], est proposée "qu'autant en plus il a reçu soit rendu". 17 - Ce qui, par nature, à la succession, est dû et ne peut certes pas être réclamé, mais que ce qui a été payé ne soit pas réclamé, certains pensent que cela ne doit pas être compté dans la succession. Mais Julianus pense que cela, à partir du résultat, augmente le patrimoine ou ne l'augmente pas, que cela, selon le droit successoral, aussi, est pris et c'est pourquoi, dans la remise de la succession, cela entrera. 18 - Si le débiteur, pour le créancier, est un héritier, bien qu'avec la confusion, il soit libéré, cependant, il est considéré recevoir une succession plus riche, de sorte que lui soit compté ce qu'il doit, bien que, dans l'addition, cela ait été confondu. 19 - Quant à la dépense, au titre d'un monument, faite, il est demandé si elle devra être déduite. Et Sabinus pense qu'ainsi, elle doit être déduite, s'il était nécessaire de construire le monument. Marcellus, consulté [pour savoir] si la dépense des funérailles ou du monument, pour le montant auquel le testateur a ordonné qu'elle soit faite, en dette, devra être déduite, a répondu que plus, à ce titre, que ce qui, pour les funérailles, avait été consommé ne devait pas être déduit. Car, de ce qui, pour la construction du monument, a été payé, la cause est différente ; en effet, ainsi, la construction du monument n'était pas nécessaire, comme le seront les funérailles et la sépulture. Pour cette raison, la Loi Falcidia souffrira celui auquel l'argent, pour faire le monument, a été légué ».

[605] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle I telle que rapportée sous C. 6, 50, 7. Voyez en outre Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. V, chap. 13 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, defin. 9 et les juristes cités cités là.

Novelle I, cap. 2 et 3 : *« Mais, lorsque le testateur l'a interdit expressément, n'ignorant pas quelle est la mesure de son patrimoine, la Loi Falcidia cesse [de jouer] ; et, si l'héritier en cela, au défunt, n'obéit pas, la succession est déférée aux personnes énumérées sous le titre des legs et des fidéicommis. De même, si l'héritier, reconnaissant subtilement la mesure de sa richesse, procure certains legs en totalité ; à partir de ceux-ci, la répétition ni, à partir des autres choses, la conservation ne sont permises, à moins que quelque chose d'inopiné ne surgisse. Ceci cessant, il y a lieu à la Loi Falcidia, si est fait un inventaire selon la mesure et le temps fixé pour l'ajout ; cette observation ayant été employée pour qu'en présence de tous de la même cité dans laquelle cela est fait, à la faveur de ceux des légataires ou des agents, si l'on doit tenir compte de la personne, cela soit parfait ou si l'un de ceux-ci est absent ou n'a pas voulu être présent, suit la présence de trois témoins de même riches de la même cité, de bonne réputation, sans préjudice, cependant, de l'examen de la vérité par le biais de la question des esclaves et par le biais du serment de l'héritier et des témoins. Ceci n'ayant pas été observé, il paiera les legs en entier, quoiqu'ils dépassent les limites de la succession. Mais aucune de telles questions ou procès ne dépassera l'année. En effet, l'année étant écoulée, la faute de l'héritier tombe à l'égard du reste ».*

[606] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CXXXI, cap. 12, telle que rapportée sous C. 6, 50, 7. Voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 7, defin. 10 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ladite Novelle CXXXI placée sous C. 6, 50, 7.

Novelle CXXX, cap. 12 : *« Semblablement, la Loi Falcidia cesse [de jouer] pour ce qui, à des causes pieuses, a été laissé ».*

[607] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle I, cap. 2 et 3 placée sous C. 6, 50, 7 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 196, nb 25 avec les suivants ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, dernier vol., liv. IX, tit. 14, nb 16 ; voyez en outre ci-dessus le chap. XX, note 453 dans les ajouts.

[608] (Note de Groenewegen) En argument, voir la Novelle CXXXI, cap. 12 § 1 dans le passage *Mais, si ont différé.* Voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv . IV, tit. 7, ladite defin. 10, là où il dit que cela a seulement lieu à l'égard des legs faits à des maisons religieuses ou aux pauvres. Voyez avec Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ladite Novelle I placée sous C. 6, 50, 7, nb 3, et sur C. 6, 42 *(Des fidéicommis)*, 32.

Novelle CXXXI, cap. 12 § 1 : *« (…) Mais, si ont différé [de payer] ceux qui, sur cela, ont été chargés de payer un legs de cette sorte, ils se verront réclamer le fruit, les intérêts et toute l'augmentation légale depuis le moment de la mort de celui qui l'a laissé ».*

[609] (Note de Groenewegen) Voir ladite Novelle I, cap. 2 et 3 placée sous C. 6, 50, 7, bien que par ce moyen, la part Trébellianique ne soit pas perdue ; voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 3 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ladite Novelle I.

L'auteur traite ici de la Loi Falcidia et indique les causes pour lesquelles elle cesse [de jouer] ; à cela, peut être ajouté, qu'il ait, en connaissance de cause ou à partir d'une erreur de droit, déjà légué tous les legs aux légataires, voir Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 18, § 156, de même, s'il a caché le testament ou le codicille aux légataires, si l'héritier, ignorant qu'il y avait des biens imposés au légataire, a menti [en disant] qu'il avait péri par accident, voir Carpzov, *Responsa electa*, lib. III, tit. 3, resp. 30, nb 3 et suivant.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXVII. Il semble qu'il faille s'en tenir ici au véritable esprit du droit civil [énoncé] dans la novelle CXXXI, cap. 12, [qui dit] que la [quarte] Falcidie cesse de façon régulière pour les legs [faits] pour de pieuses raisons, du fait qu'elle n'a pas été approuvée avec un usage certain, voir thèse XXIII.]

*

Chapitre XXIV
Comment la dernière volonté est annulée en totalité ou en partie [610]

§ 1. L'EXISTENCE D'UNE DERNIÈRE VOLONTÉ PARFAITE ayant été jusqu'ici considérée, nous devons en venir à son annulation.

§ 2. La dernière volonté parfaite est ANNULÉE DANS SA TOTALITÉ ou dans ses PARTIES.

§ 3. DANS SA TOTALITÉ, la dernière volonté parfaite est annulée AVANT SON EXISTENCE ET APRÈS SON EXISTENCE.

[153] § 4. AVANT SON EXISTENCE : dans le cas où elle est faite par une personne qui, selon les lois, en était incapable [611].

§ 5. Ou dans le cas où n'est pas observé dans les manières de la faire tout ce que les lois demandent [612].

§ 6. Ou dans le cas où personne n'est directement institué héritier par celle-ci [613].

§ 7. Mais, contre ces deux derniers défauts, est communément utilisée cette aide, [à savoir] que l'on fait placer dans la dernière volonté une clause de codicille, *si celle-ci ne peut avoir aucune force comme dernière volonté parfaite, qu'elle soit alors tenue comme ayant la force d'un codicille* ; lesquels termes aussi tirent l'institution directe, si celle-ci ne peut pas exister pour une certaine raison, en une institution indirecte, comme chargeant avec cela l'héritier fidéicommissaire [614].

---

[610] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont annulés)*.

[611] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre des *Institutes*, II, xii *(Ceux auxquels il n'est pas permis de faire un testament)*.

[612] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 1, 4 à la fin.

Extrait du livre II des *Institutes* de Gaius : *« Quand nous demandons si sera valide un testament, en premier lieu, nous devons voir si celui qui a fait le testament avait eu le droit de faire un testament, ensuite, s'il l'a eu, nous rechercherons si, selon les règles du droit civil, il a testé ».*

[613] (Note de l'éditeur) Voir D. 28, 6, 1 § 3 ; *Institutes de Justinien*, II, xx *(Des legs)*, § 34. Mais voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* ici même.

Extrait du livre II des *Pandectes* de Modestinus : *« 3 - À ses enfants, un père ne peut pas substituer [quelqu'un], à moins que, pour lui, il n'ait institué un héritier ; car, sans institution d'héritier, rien de ce qui, dans le testament a été écrit, n'est valide ».*

« § 34. Avant l'institution de l'héritier, auparavant, inutilement, on léguait, à savoir parce que les testaments reçoivent leur force de l'institution des héritiers et qu'à raison de cela, comme le point principal et le fondement de tout le testament, est entendue l'institution de l'héritier. Avec une égale raison, une liberté ne pouvait pas, avant l'institution de l'héritier, être donnée. Mais, parce que nous pensons qu'il est brutal de suivre, certes, l'ordre de l'écrit (ce qui était considéré, dans l'antiquité elle-même) devoir être critiqué, et que soit écartée la volonté du testateur ; par notre constitution (cf. C. 6, 23, 24)*, nous avons corrigé ce défaut, afin qu'il soit permis, avant l'institution de l'héritier et parmi les institutions des héritiers, de laisser un legs et beaucoup plus, une liberté, dont l'usage est plus favorable ».*

[614] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 1, 29 § 1 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 2, defin. 2 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 114.

Autrement, si cette aide n'était pas utilisée, ainsi, la dernière volonté n'existerait pas comme parfaite pour le défaut qui y est trouvé, ni comme imparfaite, parce que l'intention n'avait pas été de faire une dernière volonté imparfaite [615].

[**Note de Willem Schorer sur la note 614 de Groenewegen van der Made**

Il a déjà été traité ailleurs de la clause codicillaire sur le chap. XVIII, § 10, dans la note 405. Il est demandé, quand celle-ci n'a pas été exprimée dans le testament, si elle sera tacitement sous-entendue. Ce qui, dans le droit romain, ne semble pas devoir être admis ; mais il a semblé autrement aux praticiens, parce qu'il appartient en général à l'usage qu'elles soit ajoutée et parce que le testateur est présumé avoir tiré sa dernière volonté d'une raison quelconque, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 7, nb 7. Cependant, Voet n'admet pas cela simplement, mais seulement dans un testament militaire et, à partir de la sentence des praticiens, dans le testament du père en considération des enfants et aussi pour de pieuses raisons ; Carpzov signale, dans ses *Responsa electa*, lib. V, tit. 1, resp. 7, nb 18, que cela a été ainsi reçu avec un droit particulier. Mantica, *De conjecturis ultimæ voluntatis*, vol. I, tit. 9, nb 6 et suivants, traite longuement de cette clause. Du reste, si l'enfant posthume ou quasi-posthume dont le père ignorait au moment de la confection du testament, qu'il était en gestation, ou le fils dont il croyait déjà qu'il avait acquitté son destin, a été laissé de côté avec un silence, il est demandé ce qu'il en sera du droit. Il est fait une distinction ; en effet, le père qui, dans l'ignorance, a laissé de côté le fils ou le posthume, n'a laissé aucune autre descendance et a ainsi clairement institué un héritier étranger, ou bien il a déjà institué héritiers les autres enfants nés. Dans le premier cas, le testament est invalide à un point tel que les legs ne lui sont pas même à bon droit demandés, et ainsi, a-t-il été jugé par les échevins de Leipzig en 1638, voir Carpzov, *Responsa electa*, lib. VI, tit. 2, resp. 11. La clause codicillaire ne peut pas suppléer ce défaut, parce qu'il a été reçu quant au droit que, bien que le soldat, dans son testament, à partir d'une connaissance certaine, puisse laisser de côté les enfants, si, cependant, il a laissé de côté celui dont il ignorait qu'il était en gestation ou le pensait mort, n'y faisant pas obstacle le privilège militaire, le testament est tout à fait invalide à un point tel que les legs dans celui-ci ne sont pas procurés par l'héritier, si cependant qu'après la naissance, au moment de la confection du testament qui n'existe pas encore, le père n'a pas modifié le testament, voir Surdus, *Decisiones*, decis. 54, nb 10, p. 101. Dans l'autre cas, le testament st considéré ne pas devoir être infirmé, du fait qu'il est juste que le posthume ou celui qui est tenu par erreur pour mort succède avec les autres héritiers, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 2, nb 17. À cela, peut être ajouté ce qui est tenu sur la mise de côté du posthume, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 79.

Extrait du livre XIV des *Réponses* de Paul : *« 1 - À partir de ces termes qu'avec son écriture, un père de famille, a ajoutés :* (texte en grec) *"je veux que cette volonté soit valide avec n'importe quel moyen",* (le texte latin reprend) *celui-ci est considéré avoir voulu que, par tout moyen, soit valide ce qu'il a laissé, même s'il est mort intestat ».*

[615] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 7, 1 ; C. 6, 36, 8 § 1 ; C. 6, 42, 29. Mais voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xx, § 34.

Extrait du livre IV des *Discussions* d'Ulpien : *« Très souvent il a été dans des rescrits et dans des constitutions que celui qui est d'avis de faire un testament et n'a pas voulu que, comme un codicille, celui-ci soit valide, n'est pas considéré avoir fait un codicille ; et c'est pourquoi ce qui, dans ce testament, a été écrit, bien que, comme dans un codicille, cela puisse être valide, cependant, n'est pas dû ».*

Constitution de Théodose adressée à Asclepiodotus, Préfet du prétoire, et donnée en 424 : *« 1 - En effet, tant s'en faut que nous accordions l'accès à quelqu'un à la faveur de son souhait de migrer, de sorte que nous consacrons aussi que, si les testateur qui fait§ un testament, dans celui-ci, à la faveur d'un codicille, au aussi inclus que cela est valide, celui qui réclame la succession, à partir des débuts mêmes de l'intention, aura le pouvoir de choisir s'il l'a voulue, sachant qu'avec le choix d'un autre, l'accès est fermé pour lui, d'une façon telle que, s'il a réclamé la possession des biens selon les tablettes [testamentaires] ou selon la désignation et les autres choses semblables ou que, de façon certaine, il a demandé d'être envoyé en possession selon l'usage, immédiatement, entre les auspices du droit eux-mêmes, il expliquera la proposition de son intention. 1a - Cela aussi, avec une semblable raison, doit être observé, afin que le testateur qui a décrété de faire son testament, s'il n'a pas pu l'accomplir, est considéré être mort intestat, il ne sera pas permis de tirer vers l'interprétation d'un fidéicommis, comme à partir d'un codicille, la dernière volonté, à moins que celui-ci n'ait inclus que l'écrit devra obtenir la force d'un codicille, à savoir, durant ce droit de choisir, de sorte que celui qui, à partir du testament, a voulu agir en justice, vers un fidéicommis, ne puisse pas migrer ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Achilleus et donnée en 294 : *« À partir d'un testament qui, légalement, n'est pas valide, un fidéicommis, certes, si ceux qui succèdent ab intestat aussi ne sont pas montrés se l'être fait demander, ne peut pas être réclamé ».*

Nous avons ici traité de celui qui est tenu pour mort et de celui qui n'est pas encore né, mais qui se trouve déjà dans les entrailles ; la règle que j'ai déjà indiquée dans le cours du liv. II, chap. XVI, § 5, note 345, est très connue : *celui qui se trouve déjà dans les entrailles est tenu pour déjà né chaque fois qu'il s'agit de son avantage*, voir D. 1, 5 *(Du statut des hommes)*, 1. Mais il est bellement demandé si cette règle procédera dans le cas contraire, c'est-à-dire si, aussi, parfois, il sera tenu pour non né. Cette question a occupé la Cour du parlement français ; le cas était celui-ci : Camille, Lucrèce et Diane étaient trois sœurs non mariées qui n'étaient pas pleinement favorables à la propagation du genre humain ; entre elles, il fut convenu dans une donation mutuelle que la survivante ou les survivantes obtiendraient les biens de la prédécédée ou des prédécédées, pourvu qu'acun enfant survivant ne naisse pour la mère. Peu après, Diane a épousé Titius et, tandis qu'elle était enceinte, Lucrèce est morte ; Camille et Lucrèce restèrent non mariées. Après la mort de Lucrèce, Diane donna naissance à un fils et elle mourut durant son enfance ; une controverse quant à la succession de Lucrèce, a été soulevée entre Camille et Mævius, le fils de Diane ; la Cour de parlement, en 1583, a prononcé en faveur de Camille en excluant le fils de Diane, voir Anne Robert, *Rerum judicatarum Libri*, lib. III, cap. 13.

Du reste, il est débattu [de savoir] si cette clause produira cet effet pour qu'elle soutienne le testament dans lequel un frère a préféré une personne honteuse à son frère. Cela doit tout à fait être refusé, comme cela a été répondu par les échevins de Leipzig en 1648, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 155.]

§ 8. Il y a encore un moyen par lequel il est fait que les dernières volontés sont annulées avant qu'elles commencent, à savoir dans le cas où une dernière volonté qui précède comporte une clause dérogatoire [disant] que le testateur ne veut pas que les dernières volontés existent après le temps fixé par lui ; par laquelle le testateur ne se prive pas lui-même du pouvoir de modifier sa volonté (car les lois ne le permettent pas) [616], malgré le fait que quelqu'un s'impose à lui-même une pénalité dans le cas où il fait par la suite une dernière volonté ; mais cela **[154]** donne à penser que la dernière volonté suivante lui est extorquée par une contrainte ou un respect et, pour cette raison, il n'y a aucun signe de sa volonté. Pour cela, celui qui, par la suite, souhaiterait faire une dernière volonté valide mettrait que les déclarations mises dans la première dernière volonté serviraient à rappeler par les dernières et à les annuler [617] ; cependant, le délai de dix ans après la confection de la première dernière volonté, la confection de la seconde devant le magistrat et les indications semblables sont tenues annuler des déclarations de cette sorte [618].

---

[616] (Note de Groenewegen) Voir D. 32, 22 ; D. 34, 4, 4 ; C. 1, 2, 1 ; Julius Clarus, § *testamentum*, quæst. 24, nb 3.

Extrait du livre IV des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« Si quelqu'un, au début de son testament, a écrit : "celui auquel, deux fois, j'ai légué, une seule fois, je veux que cela [lui] soit dû", par la suite, avec le même testament ou un codicille, sachant que, souvent, au même, il a fait un legs, la dernière volonté est tenue pour plus forte ; personne, en effet, ne peut pour lui-même dire cette loi, [à savoir] que, du premier testament, il ne lui est pas permis de se retirer. Mais cela aura ainsi lieu, si, spécialement, il s'est repenti de sa première volonté et a voulu que le légataire reçoive plusieurs legs. 1 - Un soldat, à partir de la sentence capitale prononcée contre lui pour un crime militaire, l'y autorisant dans la sentence elle-même celui qui l'a condamné, obtient, de même que le droit de faire un testament, de même, le droit de laisser un fidéicommis. 2 - Le dommage de la mort de l'esclave, par le biais d'un fidéicommis, laissé, avant qu'un retard soit commis, le fidéicommissaire seul le souffre, bien que l'esclave d'autrui soit laissé ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si, de nouveau, dans une amitié, ils sont entrés et que s'est repenti le testateur de son offense antérieure, le legs ou le fidéicommis laissé est remis en force ; en effet, la volonté du défunt est modifiable jusqu'à la fin de sa vie ».*

Constitution de Constantin adressée au peuple et donnée en 321 : *« Chacun aura l'autorisation de laisser ce qu'il a choisi de laisser de ses biens à la très sainte et vénérable assemblée catholique et ses décisions ne seront point annulées. En effet, il n'est rien qui soit plus dû aux hommes, maintenant qu'ils ne peuvent plus dorénavant vouloir autre chose, que de rendre libre l'expression de leur dernière volonté et légale une décision que l'on ne reprend pas de nouveau ».*

[617] (Note de Groenewegen) Voir D. 32, 22 et là, les docteurs ; Evraerts, avis 167, nb 15-16 ; Fachinæus, *Controversiaru juris Libri X*, liv. IV, cap. 92 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e partie, partie III, cons. 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 1, defin. 10 et les docteurs ici allégués.

D. 32, 22 est cité dans la note précédente.

[618] (Note de Groenewegen) Voyez ici ce que disent les docteurs sur D. 32, 22 et sur C. 6, 23 [*Des testaments ; comment les testaments sont réglés*], 27 ; Covarruvias, *De testamentis*, part. 2, nb 19 ; Francisco Mantica, *De conjecturis*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 616, 617 et 618 de Groenewegen van der Made**

L'auteur traite dans ces notes de la clause dérogatoire qu'il explique plus longuement et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 6 et suivant, indique ce que la Cour Suprême a jugé à différent moments sur celle-ci, et, à raison de la présomption de dol, dont la preuve est tout à fait difficile, il proscrit celle-ci et pense qu'elle doit être abolie, du fait que, plus souvent, par le biais de celle-ci, l'héritier institué tend un piège çà la liberté du testateur et que les esprits de ceux-ci, à raison de l'âge ou du défaut de jugement de ceux qui ne sont pas pleinement puissants en intelligence, sont combattues ; en outre, il ajoute que les questions qui tombent quant à celle-ci sont plutôt de fait que de droit, bien, d'une façon étonnante, les jurisconsultes combattent jusqu'à la folie sur l'effet de celle-ci.

Du reste, de même que Bijnkershoek ne souhaite pas une révocation spéciale de cette clause (que Voet, *Commenatrius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 63 à la fin) ne requiert pas sur la révocation des pactes dotaux, de même, l'auteur [dit] ici qu'une tacite suffit aussi ; et il enseigne qu'il faut examiner quel testament, le premier ou le second, sera dans de plus grandes difficultés ; et il rapporte aussi que la Cour de Hollande l'avait ainsi jugé le 26 septembre 1613, du fait que le simple testament vide de soupçon est préféré au premier dans lequel la clause dérogatoire a été insérée. La raison est est claire, parce que ce qui est fait par la suite déroge aux premières choses, pourvu qu'il soit probable que le testateur ait regretté sa volonté, et ainsi a-t-il été répondu en des termes plus forts, même si le testateur, un serment ayant été employé, a déclaré qu'il ne modifierait jamais sa dernière volonté, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 28, nb 8, 9 et 10 ; Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 20, nb 8, comme [le dit] aussi ainsi Lauterbach, bien qu'il signale qu'il faut le répondre autrement quant au droit canonique sur le titre de D. 28, 4 *(De ce qui est biffé, introduit ou inscrit dans un testament)*. Certains enseignent que, certes, en tout cas, le testament peut être modifié, mais prononcent les testateur parjure, voir Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 90, nb 11.

En outre, il faut relever que les premiers testaments renforcés de cette clause dérogatoire sont plus souvent infirmés par une révocation générale, voir *Responsa jurisconsultorum Belgorum*, part. II, cons. 74, p. 182, et cons. 75 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 2, nb 17. Ce qui est vrai, bien que le testateur ait déclaré qu'il n'avait aucune mémoire de celles-ci ou peut-être que, par une autre erreur, il avait répété la formule qu'il s'était prescrite. À cette révocation aussi, Bijnkershoek n'attribue pas beaucoup d'autorité, surtout si un second [testament] a été fait peu après ou que le second héritier est en peine d'un soupçon d'une plus grande fraude ; il ajoute la raison que cette révocation est faite plutôt à partir de l'usage des notaires qu'à partir de la nécessité de révoquer la clause dérogatoire ou de la volonté des témoins qui entendent à peine cette clause ; à cela, peut être joint ce que tient Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 3, nb 10. Je suis étonné de façon certaine que ce très célèbre homme n'ait pas condamné cette clause à raison du soupçon de fraude, alors qu'il a condamné pour cette raison la clause réservatoire et les deux sont en peine de leurs difficultés, comme nous le verrons ci-dessous, liv. II, chap. XXV, § 9, sur la note 669. À partir de là, l'un des époux, à l'insu de son conjoint, peut modifier le testament commun , aussi, celui fait en faveur de tous les enfants nés, bien que, quant au fait de ne pas le modifier sans le consentement de l'autre, la promesse ne soit pas intervenue, et Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 18, signale qu'ainsi, il a été jugé par la Cour Suprême de Brabant le 23 décembre 1674. Aussi, bien qu'il soit clair que le prédécédé n'avait pas été autrement institué, à moins que celui-ci ne s'en tienne aux promesses, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 27, nb 51, 52 et suivant, ce qui est aussi étendu aux contrats prénuptiaux, voir Abraham de Pape, *Observationes ad Consilia jurisconsutorum Batavorum*, vol. II, p. 290. Cependant, cela semble plus convenir à la subtilité qu'à l'équité ; en effet, il ne faut pas être indulgent envers les ruses. Car, en réalité, cette institution mutuelle des époux, surtout avec l'intervention de la promesse de ne pas modifier [le testament], tombe dans le contrat innomé *do ut des* - "je donne pour que tu donnes" et van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 3, nb 8, signale que cela a été ainsi jugé plus d'une fois en Belgique par les Cours. À Anvers, on s'oppose aussi à cette fourberie et il a été ici fermement tenu qu'à bon droit, certes, un époux révoquait le testament commun à l'insu de l'autre époux durant le mariage,

---

ultimatum voluntatum, dernier vol., liv. XII, tit. 8, nb 16-24 ; Julius Clarus, § *testamentum*, quæst. 99, nb 9-11 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 166, nb 44-53 et à travers tout le titre ; Grass, *Receptæ sententiæ de successione* …, § t*estamentum*, quæst. 89, nb 6 jusqu'à la fin.

ainsi cependant, pour que, dans ce cas aussi, à partir du testament de l'autre, il ne gagne rien, de quelque façon que cela lui ait été laissé, voir les coutumes d'Anvers, tit. 41, art. 49, p. 96. Je sais que Velasco le répond ainsi, cons. 7, nb 7 : *"En effet, se l'imputera celui qui aurait dû savoir que la nature des dernière volontés était révocable"*. Mais à la fin, il ajoute ici : *"S'il est cependant prouvé que l'institué a été conduit avec le dol de l'épouse, la succession arrivera à ceux qui viennent ab intestat"*. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 62, suit aussi cette opinion et nous voyons que l'auteur le pense ainsi en des termes plus forts, voir liv. II, chap. XV, § 9, note 339.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried va der Keessel**

CCCXXVIII. Bien que cela triomphe dans un tribunal qu'à la clause dérogatoire dont est fortifié le premier testament, doive être opposée dans le second, la clause générale de cassation (voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 6 et 7, et lib. II, cap. 16, § 6), toutefois, à la faveur du premier testament dans lequel cette clause a été laissée de côté, il semble devoir être prononcé que, s'il n'y a aucun soupçon, le testateur a été conduit à cette confection de mauvais savoir-faire. Cf. la décision de la Cour du 26 septembre 1613, *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 409.]

§ 9. APRÈS SON EXISTENCE, une dernière volonté parfaite DISPARAÎT par une dernière volonté plus tardive faite légalement et exécutée [619].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXIX. Le premier testament fait sans clause dérogatoire, bien qu'il ne soit pas révoqué dans le second, est rompu par le second, à moins que le testateur ne l'ait expressément ou tacitement voulu autrement, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.28, tit. 3, nb 8, et d'autres, mais sans raison appropriée.]

§ 10. Nous disons *légalement faite* ; car le propos seulement de quelqu'un [disant] qu'il ne souhaite pas qu'elle prenne un tel état n'est pas suffisant [620].

[**Note de Willem Schorer sur la note 620 de Groenewegenvan der Made**

Si cependant, le testateur déclare solennellement en présence du notaire et de deux témoins qu'il révoque son testament et veut mourir intestat, il n'y a aucun doute que le testament est immédiatement rompu, du fait qu'il convient tout à fait à l'équité que chacun soit dissous de la même façon avec laquelle il a été fait, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 3, nb 1. Wassenaar, *Practica notarialis*, cap. 18, p. 630, 672 et suivantes, indique la formule de révocation d'un testament et d'un legs particulier. Cependant, il a été répondu, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 72, nb 11, que le testament fait en premier solennellement, pourvu qu'il ait été rédigé par écrit et la pure volonté ne sont pas enlevés avec la déclaration contraire de modification aussi faite en présence de sept témoins, mais il est requis en outre qu'une nouvelle disposition s'ajoute.]

---

[619] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont infirmés)*, § 2.

« § 2. Avec un testament aussi postérieur qui, légalement, est parfait, le premier est rompu. Il n'importe pas [de savoir] s'il y aura quelque héritier à partir de celui-ci ou s'il n'y en aura pas eu un ; en effet, il est seulement regardé si, dans quelque cas, il pourra y en avoir. C'est pourquoi, si quelqu'un n'a pas voulu être héritier, que, du vivant du testateur ou après la mort de ce dernier, avant qu'il accepte la succession, il est mort ou que la condition sous laquelle l'héritier a été institué a fait défaut, dans ces cas, le père de famille est mort intestat ; car le premier testament rompu par le second n'est pas valide et le second, également, n'a aucune force lorsqu'à partir de lui, personne n'est héritier ».

[620] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont infirmés)*, § 7 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce § et ci-après, § 16, note 626.

« § 7. Mais, à partir de cela seul, un testament ne peut pas être annulé, [à savoir] que le testateur n'a pas voulu que celui-ci soit valide, à un tel point que, si quelqu'un, après la confection d'un premier testament, a commencé à en faire un second, prévenu par la mort ou parce qu'il a regretté celui de cette affaire, il ne l'a pas achevé, dans le discours du divin Pertinax, il a été disposé qu'autrement, les premières tablettes [testamentaires] légalement faites n'étaient pas annulées, à moins que les suivantes n'aient été légalement réglées et achevées. Car un testament imparfait, sans aucun doute, est nul ».

§ 11. Nous disons aussi *exécutée* ; car tant que la seconde n'est pas exécutée, la première demeure [621] et celle-ci ne peut exister que là où quelqu'un, par elle, un second héritier est institué pour une seule pièce du bien, car cela ne rend pas une dernière volonté sans forces. Mais, là où il est dit par cela que, toutefois, la première dernière volonté aurait sa force, ainsi, la dernière volonté parfaite précédente tiendrait la force d'un codicille et, pour cette raison, **[155]** le premier héritier institué serait un héritier fidéicommissaire [622].

[**Note de Willem Schorer sur la note 622 de Groenewegen van der Made**
Mieux, dans nos usages, il n'est pas requis de façon précise que le testateur dise qu'il ne veut pas que le second testament infirme le premier ; car, du fait qu'il a inscrit dans le second un héritier pour un bien certain, celui-ci n'aura rien à côté de ce bien ; ainsi, pour que, maintenant, la révocation du premier testament soit plutôt nécessaire si quelqu'un veut infirmer ce qui a été mis dans le premier et qu'il soit maintenant permis non seulement à un soldat, comme cela a été disposé dans le droit romain, mais aussi à n'importe quel civil, de mourir en laissant plusieurs testaments, les deux seront valides dans la mesure où ils ne sont pas contraires l'un à l'autre, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 3, nb 8.]

§ 12. Supposé aussi que, de la seconde dernière volonté, personne ne veuille être héritier, toutefois, puisque, celle-ci étant une bonne fois exécutée avait eu ses éléments nécessaires, la première resterait sans forces [623].

§ 13. Là-dessus, tombent quelques exceptions.

§ 14. Dans le cas où quelqu'un, devant le tribunal ou devant trois témoins, a dit qu'il ne voulait pas que sa dernière volonté faite soit en force et qu'en outre, dix ans après la

---

[621] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 7 des *Institutes*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont infirmés)* ; D. 32, 11 § 1 ; D. 28, 1, 29 ; en argument C. 6, 35, 11 § 3 ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, dernier vol. liv. III, tit. 20 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 1, defin. 5 et les docteurs ici allégués ; *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 5, defin. 27 ; Gabriel, liv. IV, tit. *De testamentis*, concl. 9

Ce § 7 des *Institutes* est proposé dans la note précédente.

Extrait du livre II *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« 1 - Chaque fois que quelqu'un prépare un exemplaire de son testament et décède avant de tester ne sera pas valide comme à partir d'un codicille ce qui, dans l'exemplaire, a été écrit, bien que l'écrit comporte les termes d'un fidéicommis ; Mœcianus écrit qu'ainsi, le divin [Antonin] le Pieux l'avait dit dans un rescrit ».*

Extrait du livre XIV des *Réponses* de Paul : *« À partir de cet écrit qui, pour faire un testament, est préparé, si, sans aucun droit, le testament a achevé et ce qui comporte les termes des fidéicommis ne peut pas être réclamé. 1 - À partir de ces termes qu'avec son écriture, un père de famille, a ajoutés :* (texte en grec) *"je veux que cette volonté soit valide avec n'importe quel moyen",* (le texte latin reprend) *celui-ci est considéré avoir voulu que, par tout moyen, soit valide ce qu'il a laissé, même s'il est mort intestat ».*

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 3 - À juste titre, en effet, il nous a agréé de parfaire la constitution du très saint Marc par le biais de toutes choses ; le fait est que nous croyons que rien n'a été fait, tant qu'il reste quelque chose à ajouter ».*

[622] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont infirmés)*, § 3.

« § 3. Mais, si quelqu'un, le premier testament étant légalement parfait, en a fait également légalement un second, même si, pour certains biens, dans celui-ci, il a institué un héritier, les divins Sévère et Antonin ont dit dans un rescrit que le testament précédent avait été supprimé. De cette constitution, est inséré le verbe "nous commandons", du fait qu'une autre chose aussi, en outre, dans cette constitution, a été exprimée. "Les empereurs Sévère et Antonin, à Cocceius Campanus. Le testament en second lieu fait, bien que, dans celui-ci, un héritier de certains biens ait été inscrit, est légalement valide, de la même manière que si la mention des biens n'avait pas été faite, mais l'héritier inscrit est tenu, se contenant des biens à lui donnés ou ayant été ajouté le quart à partir de la Loi Falcidia, rendra la succession à ceux qui, dans le premier testament, avaient été inscrits à raison des termes insérés dans le second testament, avec lesquels il a été dit que le testament serait valide, il ne faut pas en douter". Certes, le testament est de cette façon rompu ».

[623] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont infirmés)*, § 2.

« § 2. Avec un testament aussi postérieur qui, légalement, est parfait, le premier est rompu. Il n'importe pas [de savoir] s'il y aura quelque héritier à partir de celui-ci ou s'il n'y en aura pas eu un ; en effet, il est seulement regardé si, dans quelque cas, il pourra y en avoir. C'est pourquoi, si quelqu'un n'a pas voulu être héritier, que, du vivant du testateur ou après la mort de ce dernier, avant qu'il accepte la succession, il est mort ou que la condition sous laquelle l'héritier a été institué a fait défaut, dans ces cas, le père de famille est mort intestat ; car le premier testament rompu par le second n'est pas valide et le second, également, n'a aucune force lorsqu'à partir de lui, personne n'est héritier ».

confection de la dernière volonté se sont écoulés, une telle chose serait suffisante pour faire annuler la dernière volonté faite [624].

[**Note de Willem Schorer sur la note 624 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur dit du délai de dix ans peut à peine être admis dans nos usages, du fait qu'il est plus vrai que le testament tombe immédiatement quand quelqu'un l'a révoqué en présence des échevins et des secrétaires, et ainsi l'a jugé la Cour de Hollande le 29 juillet 1644. Cependant, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, II, xvii, § 7, et Lauterbach [le disent] cependant que, communément, ils souhaitent ce délai, bien que [ce dernier] atteste que cela a été autrement reçu dans le territoire de Saxe et qu'il ne doit pas être compté depuis le moment de la modification de la volonté, mais depuis celui de la confection du testament, sur D. 28, 4 *(De ce qui est biffé, introduit ou inscrit dans un testament)*, nb 13. Je dis franchement que je n'entends pas pourquoi il a voulu que ce délai doive être compté depuis le temps de la confection du testament. Wassenaar, *Practica notarialis*, cap. 18, nb 181, p. 423, requiert aussi dix ans, cependant, la volonté étant inchangée, comme cela a été aussi répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 15, p. 86. Quoi qu'il en soit, la révocation du testament faite en faveur des héritiers ab intestat est principalement privilégiée, à un point tel que le second testament moins solennel est dans ce cas préféré au premier fait en observant ce qui devait être observé, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 33, p. 323.]

§ 15. Ce serait la même chose dans le cas où quelqu'un avait délibérément mis en pièces sa dernière volonté faite par écrit [625].

---

[624] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 27. Mais voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 23, 27.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Nous consacrons que, si quelqu'un, de façon légale, a fait son testament et qu'après sa confection, dix ans se sont écoulés, si certes, aucune nouveauté ou volonté contraire du testateur n'est apparue, celui-ci est ferme. En effet, ce qui n'est pas modifié, pourquoi serait-il interdit que cela tienne ? Car comment celui qui a fait un testament et n'a en rien voulu le contraire devient-il intestat ? 1 - Si au contraire, dans le temps intermédiaire, une volonté contraire est montrée, si, certes, est très parfaite la confection du second testament, selon le droit lui-même, le premier testament est supprimé. 2 - Mais, si au contraire, le testateur a seulement dit qu'il voulait que le premier testament tienne ferme ou, en usant d'autres termes, il a rendu claire une volonté contraire et a manifesté cela par le biais de pas moins de trois témoins appropriés ou entre ce qui a été fait et que dix ans se sont écoulés, alors, le testament est annulé tant à partir de la volonté contraire qu'à partir du cours du temps. 3 - Le fait est qu'autrement, nous ne souffrons au aucune façon que les testaments des morts, par le biais d'un cors de dix ans, disparaissent, les premières constitutions qui avaient été portées sur la vacuité des testaments de cette sorte ayant été totalement supprimées ».*

[625] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 4, 1 et tout le titre de D. 28, 4 *(De ce qui, dans un testament, est effacé, biffé ou inscrit)* ; C. 6, 23, 30 et là, les docteurs. Cependant, cela n'a pas lieu lorsque différents écrits d'une seule et même dernière volonté étant faits, le testateur n'a mis en pièces qu'un seul écrit, voir D. 28, 4, 4. Ou aussi, lorsqu'une dernière volonté est faite devant un rédacteur et deux témoins par oral et ensuite, mise par écrit et, par le rédacteur, placée dans son protocole ou son brouillon, le testateur a seulement laissé une copie ou un écrit mis en pièces et le ci-devant dit brouillon en son entier ; voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 1 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e partie, partie III, cons. 156 ; Julius Clarus, § *testamentum*, quæst. 93, nb 1 ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, dernier vol. liv. XII, tit. 1, nb 33 ; *Codex Fabrianus*, liv. VI, tit. 6, defin. 30.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Ce qui, dans un testament, peut être lu, inconsidérément, a été effacé et biffé, n'est pas moins valide, [si c'est] consciemment, c'est valide ; mais ce qui, sans l'ordre du testateur, a été écrit, introduit ou effacé ne vaut rien. Mais "être lu" doit être reçu ainsi, "ne pas être entendu", mais qu'avec les yeux, est perçu ce qui a été écrit ; du reste, si, de l'extérieur, cela est entendu, ce ne sera pas considéré pouvoir être lu. Mais il est suffisant que soit lisible ce qui a été inconsidérément effacé par lui-même ou par un autre, mais eux ne le voulant pas. "Biffé" doit être reçu, si cela a été rayé. 1 - En conséquence, ce qui a été fait sans précaution, pour non fait, est tenu, si cela peut être lu ; et c'est pourquoi, quoique finalement, comme il est ordinaire, dans le testament, cela a été écrit ; "moi-même, j'ai fait les biffures et les ajouts des lettres" ne sera pas considéré se rapporter à ce qui, inconsidérément, se sera produit. Par conséquent, si, inconsidérément, [le testateur] a écrit qu'il avait biffé, cela restera et, s'il l'a supprimé, cela ne sera pas supprimé. 2 - Mais, si ne peut pas être lu ce qui, inconsidérément, a été effacé, il doit être dit que ce n'est pas dû, mais cela, ainsi seulement, si, avant l'achèvement du testament, cela a été fait. 3 - Mais, intentionnellement, certes, ceux qui demandent ce qui a été effacé, avec une exception, sont repoussés, mais, inconsidérément, ils ne sont pas repoussés, que cela puisse être lu ou ne le puisse pas, il est établi qu'est valide tout ce qui, dans ce [testament], a été écrit. Et, si, certes, le testateur le met en pièces, seront refusées les actions, mais, si un autre, à l'insu du testateur, [le fait], elles ne seront pas refusées. 4 - Et la part de succession ou*

[**Note de Willem Schorer sur la note 625 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne à bon droit ici que le testament tombe si son lien a été tranché, comme l'approuve Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 4, nb 1 à la fin, avec toute l'armée des jurisconsultes. Il en est de même du droit, si le testateur a détruit ou biffé quelque chose, pourvu qu'il ait entaillé, détruit ou biffé le testament lui-même, non un exemplaire, comme [le dit] avec plusieurs choses, Voet, lib. 28, tit. 4, nb 1 à la fin. Cependant, Vinnen, sur les *Institutes*, II, xvii *(De quelles façons sont infirmés les testaments)*, § 2, nb 3, suit une autre opinion, plus vraie à mon jugement, de même, Mantica, *De conjecturis ultimæ voluntatis*, lib. XII, tit. 1, nb 33, et Lauterbach, sur D. 28, 3 *De la rupture, de l'annulation et de la confection d'un testament injuste)*, nb 20. Ce qui semble devoir être surtout admis quand non seulement il a détruit ou biffé certaines choses, mais, qu'à la faveur de ce qui a été détruit, il a écrit quelque chose de sa propre main ; car, dans ce cas, aucune raison de douter de la volonté du testateur ne subsiste et cela a été répondu contre l'opinion de Voet, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, resp. 109. Abraham de Pape défend aussi *ex professo* cette opinion, *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, vol. I, p. 121, car il dit à bon droit : *"En effet, à partir du fait que le protocole du notaire ait été laissé entier, on ne peut pas déduire que la volonté du testateur n'ait pas été modifiée, du fait qu'il est opposé à la raison qu'après que le testament a déjà été rompu par une volonté contraire du testateur dont toute la force de la preuve dépend, encore, nous voulions dire que celui-ci subsiste, pour la raison que le protocole du notaire serait encore entier"*. Et aussi, il signale, que cela a été ainsi jugé par la Cour de Hollande. En outre, il enseigne que cela procède quand il a été seulement révoqué sur le dos et rappelle que cela a été ainsi répondu par les professeurs de Louvain. En outre, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 4, nb 4, examine comment la coupure et la destruction sont prouvées dans le doute et il enseigne que, quand le testament écrit au domicile du testateur et enfermé dans un coffre est trouvé détruit et coupé, alors, on présume que cela a été fait à partir de la volonté du testateur, mais que, si [le testament se trouve] dans les mains d'un tiers, [il n'en est] pas de même. Ici, l'illustre homme ne concède-t-il pas en conséquence qu'il n'y a pas besoin qu'il soit coupé dans le protocole du notaore, du fait qu'il pourra enfermer dans le coffre la copie (communément la *grosse*), non le protocole et, pour cette raison, ce dernier numéro, le nb 4, ne cadre en aucune façon avec le nb 1 ? En outre, dans ledit cons. 109 [des *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I], il est enseigné que le protocole du notaire n'est pas l'instrument principal, mais la copie qu'il remet au testateur [faite] à partir de l'écrit qui fait mémoire (communément le *brouillon*) et qu'il est conservé pour que l'on puisse enseigner toujours à partir du protocole ce que le testateur aura voulu, que lui-même ait perdu le le testament ou que, celui-ci étant mort, l'héritier ab intestat l'ait caché au préjudice de l'héritier testamentaire.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXX. L'exemplaire (*la grosse*) du testament que conserve le testateur ayant été détruit, l'exemplaire (*la minute*) qui est trouvé dans le protocole du notaire n'est pas rompu, à moins qu'il ne soit prouvé que le testateur l'avait détruit pour qu'il décède intestat ; voir Grotius, *Hollandiæ Consilia*, part. III, 2e st., cons. 156.]

---

toute la succession, ayant été légalement faite, sera considérée avoir été supprimée, comme ayant été supprimée, parce qu'une succession, une bonne fois donnée, ne peut pas facilement être supprimée, mais comme n'ayant pas été donnée. 5 - Si quelqu'un a, dans son testament, confirmé un codicille, que, dans le codicille, il a écrit quelque chose, que, bientôt, il l'a effacé d'une façon telle que cela apparaisse, cela sera-t-il dû ? Et Pomponius écrit qu'un codicille effacé n'est pas valide ».

Le titre 4 du livre 28 du Digeste comprend 4 extraits.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Nous hâtons que notre prévoyance, surtout pour les dernières clauses des défunts, soit étendue. D'où, quand nous avons trouvé que certaines controverses, chez les anciens interprètes du droit, étaient nées à cause du testament qui, de façon légale, a été fait ayant les marques de sept témoins, par la suite, par un cas fortuit ou par l'ouvrage du testateur lui-même, tout le lin [attachant le testament] ou sa plus grande partie ayant été coupée, dans une ambiguïté, était tombé, nous lui procurons le remède habituel consacrant que, si, certes, le testateur avait coupé l'attache de lin ou l'avait enlevée, vu que sa volonté a été modifiée, le testament n'était pas valide ; si au contraire, à partir d'une autre quelconque raison, il arrivait que, le testament durant, les [héritiers] inscrits, à la succession, fussent appelés, surtout avec notre constitution que, sur la protection des testaments, nous avons promulguée* (cf. C. 6, 23, 29)*, elle a disposé que le testateur écrive de sa main le nom de l'héritier ou, si, par inexpérience de l'écriture, une maladie contraire ou d'une autre façon, il ne peut pas le faire, les témoins eux-mêmes, ayant entendu le nom de l'héritier en présence du testateur lui-même, déclarent le nom de l'héritier dans leurs souscriptions ».*

§ 16. Ou, dans le cas où quelqu'un, devant autant de témoins qui sont suffisants pour une dernière volonté selon les lois, avait dit vouloir laisser aller ses biens intestat [626].

§ 17. Comme aussi, dans le cas où quelqu'un, par la première dernière volonté, ayant institué un étranger héritier, par la seconde **[156]** (ayant avec autant de témoins qui sont demandés pour un codicille), celui-ci avait institué ceux qui, à raison de la loi, devaient hériter [627].

§ 18. Un dernière volonté du père entre ses enfants, écrite et signée de sa main, ne peut être annulée au préjudice desdits enfants que par une dernière volonté plus tardive faite de telle façon que tous les autres doivent faire leur dernière volonté et avec un avertissement qu'une telle chose est faite pour annuler l'ancienne [628].

[**Note de Willem Schorer sur la note 628 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur enseigne ici est vrai quand le père a inscrit un héritier étranger dans le premier testament, mais ne procède pas si le père a seulement fait un autre distributions des parts entre les enfants ; en effet, dans ce cas, le second dérogera au premier, bien qu'il n'ait pas été fortifié de plusieurs solennités, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 3, nb 3.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCXXXI. La Cour Suprême a jugé à juste titre le 18 mai 1629, voir Cooren, *Observationes*, obs. 39, que le testament du père non spécialement révoqué entre les enfants avec un second testament solennel était rompu par celui-ci.]

§ 19. Une dernière volonté qui existe est annulée aussi l'un qui est seulement institué héritier ne veut pas ou ne peut pas être héritier [629]. Nous disons *un seulement* ; car, dans le cas où son cohéritier institué peut et veut l'être, ainsi, la part de l'un accroît celle de l'autre [630].

---

[626] (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 6, 1 § 1. Ou aussi si, ayant révoqué sa dernière volonté et selon celle-ci, il avait souhaité que celle-ci ne tînt pas ferme. Une telle chose a été jugée par la Cour de Hollande le 29 juillet 1644 dans l'affaire de Wouter van Ysendoorn avec son associé, demandeurs, contre Michiel Romeyn, défendeur. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 7 des *Institutes*, II, xvii ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e partie, partie III, cons. 192.

Extrait du livre XLIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais elle partage la succession ab intestat en plusieurs parts ; en effet, elle a créé différents degrés, le premier, celui des enfants, le second, celui des héritiers légaux, le troisième, celui des parents par le sang, ensuite, celui du mari et de l'épouse ».*

[627] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23, 21 § 3 et Groenewegen là.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Florentinus, Préfet du prétoire, et donnée en 439 : *« 3 - Mais, à partir d'un testament imparfait, nous ne voulons pas que la volonté du témoin tienne, à moins qu'il ne soit tenu entre les seuls enfants par les parents des deux sexes. 3a - Mais, si, dans une volonté de cette sorte, aux enfants, une autre personne étrangère a été mêlée, il est certain que cette volonté est tenue pour nulle pour autant que cela regarde seulement cette personne mêlée, mais, pour les enfants, augmente ».*

[628] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CVII, cap. 2, telle que placée sous C. 6, 23, 21. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce texte ; Cooren, *Observationes*, obs. 39.

Novelle CVII, chap. II : *« Ce testament, entre les enfants, est ainsi annulé, si le père, sept témoins ayant été employés, déclare qu'il ne veut pas qu'un tel testament soit valide et dispose une autre volonté ou dans un testament parfait ou dans une volonté parfaite non écrite ».*

[629] (Note de Groenewegen) Voir D. 28, 3, 1 ; D. 50, 17, 181.

Extrait du livre Ier des *Définitions* de Papinien : *« Un testament est réputé ne pas avoir été légalement fait, quand les solennités du droit ont fait défaut, ou n'être d'aucune valeur, quand le fils qui se trouvait sous la puissance de son père a été passé, ou bien il est cassé avec un autre testament, à partir duquel il pourra être héritier, ou avec l'agnation d'un héritier en ligne directe ; ou bien, comme annulé, il est établi, la succession n'ayant pas été acceptée ».*

Extrait du livre Ier *Sur Vitellius* de Paul : *« Si personne n'entre dans une succession, toute la force du testament est anéantie ».*

[630] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 10, 1.

Mais, dans le cas où aucun de tous ne le veut ou ne le peut, ainsi, sont semblablement annulées les dernières volontés [631].

[**Note de Willem Schorer sur la note 629 de Groenewegen van der Made**
Si un unique héritier seulement a été institué, que celui-ci ne veuille pas ou ne puisse pas accepter la succession, le testament est infirmé pour ce qui touche l'institution, non pour ce qui est des legs, et cela parla force de la clause codicillaire dont nous avons déjà traité sur la note 614 [du § 7], et sur le chap. XVIII, § 10, note 405.]

[**Sur la note 630 de Groenewegen van der Made**
Nous verrons dans ce livre, chap. XXVI, § 3, sur la note 670, si la part vacante accroîtra celle du cohéritier qui accepte la succession.]

§ 20. EN PARTIE, EST ANNULÉE la dernière volonté parfaite dans ces pays, dans le cas où quelqu'un est déshérité ou que quelque chose d'autre est commandé par haine des différends nés dans ces pays sur le service divin ou sur la guerre et de qui en a donné l'origine, suivant la paix de Gand [632] et le traité de trêve [633].

[**Note de Willem Schorer**
Voyez ce que j'ai relevé ci-dessus sur la chap. XVIII, § 10, note 405.]

[157] § 21. La dernière volonté est aussi annulée seulement pour autant que cela regarde l'institution, quand des enfants ou des parents, dans le cas où ceux-ci devaient avoir été reconnus (ce dont il a été parlé ci-dessus), ne sont pas reconnus ou qu'aucune raison légale d'exhérédation n'est apportée [634]. La même chose a aussi lieu, comme il est dit ci-dessus,

---

Constitution de Gordien adressée à Marciana et donnée en 244 : *« Chaque fois, qu'à plusieurs enfants, la succession légale ayant cessé, la possession des biens est déférée, certains ayant laissé de côté le bénéfice de l'Édit perpétuel, pour ceux-ci seuls qui ont reconnu la possession des biens, il ne vient pas en doute que la part des biens non réclamés s'accroît ».*

631 (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 50, 17, 181 et *Institutes de Justinien*, II, xvii, § 2.

Le premier texte est donné dans la note 629.

« § 2. Avec un testament aussi postérieur qui, légalement, est parfait, le premier est rompu. Il n'importe pas [de savoir] s'il y aura quelque héritier à partir de celui-ci ou s'il n'y en aura pas eu un ; en effet, il est seulement regardé si, dans quelque cas, il pourra y en avoir. C'est pourquoi, si quelqu'un n'a pas voulu être héritier, que, du vivant du testateur ou après la mort de ce dernier, avant qu'il accepte la succession, il est mort ou que la condition sous laquelle l'héritier a été institué a fait défaut, dans ces cas, le père de famille est mort intestat ; car le premier testament rompu par le second n'est pas valide et le second, également, n'a aucune force lorsqu'à partir de lui, personne n'est héritier ».

632 (Note de Groenewegen) En date du 8 novembre 1576, art. 22. Voyez Willem van Radelant, *Decisiones posthumæ Curiæ Trajectinæ*, decis. 103.

633 (Note de Groenewegen) En date du 9 avril 1609, art. 32 avec le traité de paix de Munster [1648], art. 61.

634 (Note de Groenewegen) Voir Novelle CXV, cap. 3 ; Fachinæus, liv. XIII, cap. 68. Voyez en outre ci-devant, liv. II, chap. XVIII, § 10, note 405.

Constitution de Justinien adressée à Theodotos, Préfet des prétoires impériaux, et donnée en 530 : *« Chapitre III : Nous avons clairement vu qu'un autre chapitre, aussi, devait être ajouté. Nous consacrons, en conséquence, qu'il n'est pas du tout permis au père ou à la mère, au grand-père ou à la grand-mère, à l'arrière-grand-père ou à l'arrière-grand-mère de passer son fils, sa fille ou les autres enfants ou de les déshériter dans son testament, si, par le biais de n'importe quelle donation, legs, fidéicommis ou moyen quelconque, ils leur ont donné la part due selon les lois, à moins, peut-être, qu'ils ne soient prouvés ingrats et que les parents n'aient nommément inséré les causes même de l'ingratitude dans leur testament. Mais, parce que nous avons trouvé les causes à partir desquelles les enfants devaient être jugés ingrats, dispersées dans différentes lois et non clairement déclarées, dont quelques-unes nous ont semblé dignes pour l'ingratitude, mais d'autres, alors que celles-ci en étaient dignes, ont été laissées de côté, pour cela, nous avons clairement vu qu'il était nécessaire de, nommément, les comprendre dans la présente loi, de sorte qu'en dehors de celles-ci, il ne soit permis à personne de faire opposition, à partir d'une autre loi, des causes d'ingratitude, si ce n'est celles qui sont sérieusement comprises dans cette constitution.*

Nous décidons que les justes causes d'ingratitude sont celles-ci :

1. Si quelqu'un a porté la main sur ses parents.

2. S'il leur a porté une grave et malhonnête injure.

3. S'il les a accusés dans des causes criminelles qui ne sont ni contre l'empereur, ni contre la République.

4. Si, dans des méfaits, comme maléfique, il est versé,

5. ou qu'il a tenté de tendre un piège à la vie de ses parents par le poison ou d'une autre façon.

6. Si un fils s'est uni à sa belle-mère ou à la concubine de son père.

7. Si un fils est le dénonciateur de ses parents et que, par sa dénonciation, il a fait que ceux-ci supportent de tourdes dépenses.

8. S'il est arrivé que n'importe qui, desdits parents, a été enfermé et que les enfants qui peuvent venir ab intestat à sa succession, se la voit réclamer par lui ou que l'un d'eux, sur ses biens, n'a pas voulu qu'il la reçoive avec une garantie à la faveur d'une personne ou d'une dette, pour autant qu'il est celui qui se la voit demander est approuvé comme approprié.

9. Si l'un des enfants a été convaincu, parce qu'il a interdit que ses parents fassent un testament, de sorte que, si, certes, après qu'ils aient pu faire un testament, il y a pour eux, à la faveur d'une telle cause, la possibilité que le fils soit déshérité ; mais, si, lors de cette interdiction même, sans testament, l'un des parents est mort et que d'autres qui, que ce soit ab intestat, à la succession du défunt ou avec le fils lui-même qui a interdit que soit fait un testament, qui, après lui, sont appelés ou bien ceux qu'il voulait avoir comme héritiers, légataires ou qui ont supporté quelque dommage de l'interdiction du testament, ont approuvé cela, selon les autres lois posées sur cela, de telles affaires seront terminées.

10. Si, en dehors de la volonté des parents, le fils s'est associé à des gladiateurs ou des mimes et que, dans cette profession, il est resté, à moins, peut-être, qu'aussi ses parents n'aient appartenu à la profession.

11. Si, à l'un des ci-devant dits parents qui veut, à sa fille ou à sa petite-fille, donner un mari et une dot selon les forces de sa fortune en faveur de celle-ci, elle n'a pas donné son consentement, mais a choisi de vivre une vie débauchée. Au vrai, si, à l'âge de vingt-cinq ans, la fille est arrivée et que les parents ont différé de l'unir à un mari, que, peut-être, à partir de cela, il est arrivé que celle-ci, dans son corps, soit en faute ou que, sans le consentement des parents, elle s'est unie à un mari, cependant libre, nous ne voulons pas que cela soit imputé à l'ingratitude de la fille, parce que, non par sa faute, mais par celle des parents, elle est reconnue avoir commis cela.

12. Si l'un des ci-devant dits parents était fou et que ses enfants ou qu'un certain des enfants qui ne le sont pas pour lui, que ses autres cognats qui, ab intestat, à sa succession sont appelés, ne lui ont pas donné le respect et le soin approprié, si, certes, une personne saine a été [frappée] par une telle faiblesse, il y aura pour elle la possibilité [de savoir] s'il a voulu inscrire le fils négligent ingrat, les fils ou les cognats ingrats dans son testament. Mais, si, dans la maladie *de folie, un étranger a vu que celui-ci était retenu, que par ses enfants, ses cognats ou les autres héritiers inscrits par lui, il avait été négligé et qu'à la faveur d'une miséricorde, il a voulu s'occuper de lui, nous lui donnons la possibilité attestée de la diriger à ceux qui, ab intestat ou à partir du testament déjà fait, à la succession du fou, ayant été inscrits, sont appelés, afin qu'ils se hâtent à s'occuper de lui. Mais, si après une attestation de cette sorte, ils ont négligé et que l'étranger a été montré s'être occupé du fou dans sa propre maison, reçu à ses frais propres jusqu'à la fin de ce dernier, celui qui a montré du respect et une diligence envers le fou, bien qu'il soit étranger, nous décidons qu'ils arrivent à la succession de ce dernier, l'institution de ceux-ci ayant été évacuée en tant qu'indignes, [eux] qui, au fou, comme nous l'avons dit, ont négligé de procurer leur soin, cependant, d'une façon telle que les autres articles du testament restent dans leur fermeté.*

13. S'il est arrivé que l'un des ci-devant dits parents soit retenu en captivité et que ses enfants, tous ou un seul ne se soient pas hâtés de le racheter, si, certes, il a pu éviter le malheur d'une captivité, il sera en son pouvoir [de savoir] s'il a voulu inscrire cette cause d'ingratitude dans son testament ; mais, si, par la négligence ou le mépris des enfants, il n'a pas été libéré et, en captivité, est mort, nous ne souffrons pas que viennent à la succession ceux qui ne se sont pas hâtés de s'occuper de son rachat, mais qu'à tous les enfants négligents sur cela, tous les biens laissés par lui soient appliqués à l'église de la cité dont il est originaire, à savoir, en faisant un inventaire sous attestation publique, afin que rien de ses richesses ne périsse, d'une façon telle que, quoi qui, de là, à l'église, est arrivé, au rachat des captifs, soit utile. Mais cela a certes été dit autant pour les personnes qu'il n'est pas permis de déshériter, à moins qu'il ne soit arrivé que les causes d'ingratitude soient inscrites et approuvées ; et la présente cause est connue nous avoir offert l'occasion de promulguer une loi générale. Mais, de façon générale, nous ordonnons que, si celui qui, en captivité, a été détenu, n'a pas eu d'enfants, les autres qui ont été appelés à sa succession, ne s'étant pas hâtés de le racheter, en captivité, il est mort, aucun de ceux qui l'ont négligé n'arrivera à sa succession, bien qu'avant sa captivité, un testament ait été peut-être rédigé par lui, dans lequel il a inscrit les personnes rappelées comme héritiers. Mais, ici aussi, cette institution des héritiers ayant été annulée et les autres articles du testament restant dans leur force, les richesses de telles personnes, de la même façon, seront appliquées aux églises des cités dont elles sont originaires et, à aucune autre cause que les rachats des captifs, elles ne seront pas étendues, de sorte que, là où ceux-ci n'ont pas été rachetés par les leurs, le rachat d'autres soit appliqué et que leurs âmes, à partir de cette cause très pieuse, soient soulagées. Ceci ayant été observé aussi, s'il a inscrit une autre personne étrangère avant sa captivité comme héritier et que celle-ci, sachant qu'elle avait été inscrite par lui comme héritier, a négligé de le racheter de la captivité. Nous ordonnons que cette peine vaudra contre ceux qui ont accompli la dix-huitième année de leur âge. Au vrai, dans les causes de cette sorte, quand, en faveur du rachat des captifs, il était nécessaire que soit donné de l'argent, si quelqu'un n'a pas eu d'argent propre, il y aura pour lui, s'il est de l'âge rappelé, d'emprunter l'argent et de mettre à la place des biens meubles et immeubles, qu'ils soient sa propriété ou celle de celui qui, en captivité, est détenu, parce que, sur tout ce qui a été ci-devant dit, qui, en faveur du rachat des captifs, est prouvé avoir été donné ou dépensé, nous décidons que les contrats de cette sorte, en tant que faits par une personne sous leur puissance et de l'âge légal, sont ainsi fermes, ne générant aucun préjudice pour ceux qui ont contracté avec des personnes de cette sorte dans les causes rappelées de la façon ci-devant dite, à savoir celui qui est revenu de captivité ayant la nécessité de confirmer de tels contrats et d'être obligé envers eux en tant que pour ses propres dettes.

14. Si l'un des ci-devant dits parents, établi comme orthodoxe, a pensé que son fils ou ses enfants ne sont pas de la foi catholique et ne communient pas dans la très sainte Église, dans laquelle tous les très saints patriarches sont connus prêcher en une seule union et concorde une fois très droite et embrasser ou citer les quatre saints synodes, Nicée, Constantinople, Ephèse I et celui de Calcédoine, [il

quand des frères ou des sœurs déshérités et un homme infâme sont institués héritiers [635]. Alors, s'il y avait certaines raisons nommées par elles qui pouvaient exister d'après les lois, mais que le déshérité voulait dire que les raisons n'étaient pas véritables, ainsi, la dernière volonté tient ferme, cependant, elle peut, sur la demande persistante de celui qui en est préjudicié, dans les cinq ans [636], être cassée ; mais, dans le cas où il n'en a fait aucune préparation dans sa vie, ainsi son héritier ne peut pas utiliser ce droit [637].

---

a] la possibilité, à la faveur de cette cause principalement, d'inscrire ces ingrats et les déshérités dans son testament. Et cela, nous le décidons, certes, à la faveur de la cause d'ingratitude. Mais nous ordonnons que, portant aux enfants catholiques une prévoyance générale, étant sauvegardées les lois qui, déjà, quant aux autres hérétiques, ont été portées, pour les Nestoriens et les Acéphales, cela soit observé, de sorte que, si des parents ont été trouvés adonnés à la folie juive et nestorienne ou embrassant la folie des Acéphales et, pour cette raison, séparés de la communion de l'Église catholique, il ne leur sera pas permis d'instituer d'autres héritiers pour eux, si ce n'est des enfants orthodoxes et de la communion de l'Église catholique, ou, n'ayant pas d'enfants, des agnats ou des cognats qui seront, c'est clair, catholiques. Si, peut-être, les uns des fils, certes, sont orthodoxes et les autres, de la communion de l'Église catholique, mais séparés de celle-ci, nous consacrons que toute la richesse des parents arrivera seulement aux fils catholiques, bien que des personnes de cette sorte aient fait leur dernière volonté en disposant quelque chose contre la teneur de notre constitution. Mais, si, à l'avenir, des frères séparés de l'Église ont été convertis à celle-ci, la part qui se présente à eux leur sera procurée dans l'état où elle a été trouvée au moment où elle leur est remise, afin que, catholiques, ils ne souffrent, quant aux fruits ou au gouvernement du temps intermédiaire, aucune inquiétude ou inconvénient, [eux] qui détenaient avant les biens ci-devant dits, parce que, des biens de cette sorte, qu'à partir de la part des frères qui ne communiaient pas, les catholiques possédaient, de même que l'aliénation, nous interdisons ainsi les fruits des temps passés ou le gouvernement ne l'ait en aucune manière réclamé à ceux par qui ils ont été détenus ou nous permettons qu'ils soient retirés. Mais, si, jusqu'à la fin de leur vie, dans la même erreur, ils sont restés, n'étant pas communiants, alors, nous décidons que les frères catholiques ou leurs héritiers, avec le droit le plus entier de propriété, possèdent ces mêmes biens. Si les fils, certes, ont été trouvés pervertis et étrangers à la communion de l'Église catholique, mais que les uns, proches agnats ou cognats, ont été approuvés comme cultivant et étant en communion de la religion catholique, ceux-ci seront placés devant les enfants hérétiques et succéderont à leur succession. Au vrai, si les enfants et proches agnats ou cognats sont étrangers à la communion de la religion orthodoxe, alors, si, certes, leurs parents ont eu l'aspect de clercs, à l'église de la cité où ils avaient leur domicile, nous voulons que leurs biens appartiennent, d'une façon telle que, si les ecclésiastiques, dans l'espace d'un an, ont négligé de réclamer les biens des personnes de cette sorte, leur propriété sera réclamée pour les forces de notre fisc. Mais, s'ils sont laïcs, sans aune distinction, nous consacrons que leurs richesses arriveront semblablement dans nos biens privés. Nous décidons que cela tient fermement aussi, si, sans testament fait, de telles personnes sont mortes ; tout ce qui a été disposé contre les autres hérétiques, contre les Nestoriens, les Acéphales et tous les autres qui ne communient pas à l'Église catholique, dans laquelle les quatre synodes ci-devant dits sont cités, étant semblablement observé. Si, en effet, en faveur des causes matérielles, nous le pensons, combien plus, en faveur du salut des âmes, la prévoyance de notre sollicitude doit être employée.

15. En conséquence, que les parents aient inséré dans leur testament toutes les causes d'ingratitude rappelées ou n'importe laquelle de celles-ci et que les héritiers inscrits aient montré que les causes nommées ou l'une d'elles étaient vraies, nous décidons que le testament a sa fermeté ; mais, si cela n'a pas été observé, qu'aux enfants déshérités, aucun préjudice n'est né, mais qu'autant que cela regarde l'institution des héritiers, le testament ayant été évacué, à la succession de leurs parents, les enfants, en tant qu'[héritiers] ab intestat, pour une part égale, arrivent, afin que les enfants, avec de fausses accusations, ne soient pas condamnés ou qu'ils ne souffrent pas quelque tromperie sur les richesses de leurs parents. Si, cependant, il est arrivé dans certains testaments que certains legs, fidéicommis, libertés ou désignations de tuteurs soient laissés ou que n'importe quels articles accordés par les lois soient nommés, nous ordonnons que tout cela soit accompli et donné à ceux auxquels ils avaient été laissés, de sorte qu'en tant que non annulé en cela, les testament tienne ferme. Et cela, certes, quant aux testaments des parents, nous l'avons mis en ordre ».

[635] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 27 ; voyez Fachinæus, liv. IV, cap. 93.

Constitution de Constantin adressée à Lucrius Verinus donnée en 319 : *« Les frères et les sœurs utérins, de l'action relative à un testament contraire aux devoirs, contre le testament du frère ou de la sœur, seront totalement éloignés ; mais les consanguins, durant ou non l'agnation, contre le testament du frère ou de la sœur, quant à un testament contraire aux devoirs, peuvent soulever la question, si les héritiers inscrits sont éclaboussés d'une infamie, de honte ou d'une légère marque ou si les affranchis qui, les méritant faussement et pas bien et avec les plus grands avantages de leurs patrons, institués, l'ont obtenu, à l'exception de l'esclave inscrit comme héritier nécessaire ».*

[636] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 28, 34 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 3 dans le passage *nec etiam obstaret* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 28, 16. Voyez en outre ci-après, le chapitre XXVIII, note **15**.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si quelqu'un a déshérité son fils en inscrivant un autre héritier, mais qu'il a laissé, [né] de celui-ci, un petit-fils vivant ou établi dans le ventre de sa bru, mais l'héritier inscrit délibérant, que le fils est mort, aucune réclamation de succession n'ayant été établie ou préparée au titre d'un testament contraire aux devoirs, il laisse tout le secours au petit-fils. En effet, le père, au petit-fils ne laisse pas quelque droit, quand il meurt contre le testament de son père, parce que, par la suite, la succession a été, par l'héritier étranger, acceptée et qu'au grand-père, a survécu le père de ce dernier, de sorte qu'à partir de la Loi Velleia, il pourra succéder à la place de son père et annuler le testament. 1 - Mais nous qui pensons que tous nos sujets ont des fils et des petits-fils dans leur affection et imitation paternelles, selon ce qui est possible, pourvoyant à l'avantage de tous, nous ordonnons que, dans une telle espèce, les droits, que le fils avait, au petit-fils, seront*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXXII. L'exhérédation faite sans testament, aussi dans le droit contemporain, ne rend pas le testament nul selon le droit lui-même, mais donne lieu seulement à une plainte [de testament fait à l'encontre des devoirs], cf. thèse XXIII.]

§ 22. Tout ce qui est légué à des personnes qui ne peuvent pas recevoir de telles choses par les lois, dans le cas où cela est fait publiquement, est tenu pour non fait [638] ; mais si c'est secret, ainsi, cela échoit au comté [639].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXXIII. L'analogie du droit hollandais approuve que ce qui a été laissé clandestinement à des incapables n'échoit plus au fisc, mais aux héritiers légaux (voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuo*m lib. III, cap. 9 ; cf. la loi du 25 février 1751), mieux, aussi dans le droit zélandais, avec l'argument de la loi du 1er décembre 1786.]

---

accordés et, à moins que la préparation n'ait été faite pour intenter une plainte quant au testament contraire aux devoirs, cependant, le petit-fils peut exposer cette même cause ; et, si l'héritier, avec les preuves les plus claires que le père du petit-fils était ingrat pour le testament, le testament étant supprimé, celui-ci est appelé ab intestat, à moins qu'une quantité certaine, au père de celui-ci, moindre que la part légale, n'ait été laissée ; le fait est qu'alors, selon la nouvelle constitution de notre divinité, le complément du quart, pour le petit-fils, subsiste, si, par quelque moyen, à son père, il se présentait ; et il jouit de notre bénéfice, l'ayant négligé par une longue durée, mais remis en vigueur par nous, à moins que le père encore survivant n'ait repoussé la plainte ou ne l'ait tue pendant cinq ans, à savoir après l'acceptation de la succession ».

[637] (Note de Groenewegen) Voyez ladite loi de C. 3, 28, 34 et C. 3, 28, 36 § 2b. Étant bien entendu, lorsque l'héritier ne descend ainsi pas du défunt, mais est un parent collatéral ou autrement, un étranger. Voir lesdites lois de C. 3, 28, 34 et C. 3, 28 36 § 2b ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, dernier vol., liv. VII, tit. 8, nb 10 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 120, nb 7 et obs. 131, nb 12-13.

Le premier texte a été donné dans la note précédente.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 2b - Cependant, dans le temps intermédiaire, c'est-à-dire depuis la mort, certes, du testateur, avant l'acceptation de la succession, quoique soit mort le fils, il transmettra une plainte de cette sorte, bien qu'il ne se soit pas préparé, à sa descendance, mais alors seulement, aux héritiers étrangers, quand il fera la préparation mise dans les livres anciens ».*

[638] (Note de Groenewegen) Voir D. 29, 2, 25 § 3.

Extrait du livre VIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - Si quelqu'un, clairement, devenu asservi à une peine, au glaive, aux bêtes ou aux mines, a été condamné, s'il a été institué héritier, pour non écrit, cela sera tenu ; et cela, le divin [Antonin] le Pieux l'a dit dans un rescrit ».*

[639] (Note de Groenewegen) Voir D. 49, 14, 1 et 3 § 4. Mais voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6, 35 *(De ceux auxquels, comme indignes, ils sont enlevés et sur le sénatus-consulte Silanien).*

Extrait du livre Ier *Du droit du fisc* de Callistrate : *« Il y a différentes causes à partir desquelles une déclaration au fisc est ordinairement faite. En effet, quelqu'un se donne comme ne pouvant prendre ce qui, tacitement, a été laissé ou, devancé par un autre, est dénoncé ; parce que sa mort, par ses héritiers, n'est pas vengée ; parce que quelqu'un, comme héritier indigne, est dénoncé ; parce que l'empereur a été institué héritier et que le testament ou le codicille sont déclarés avoir été détournés ; parce que quelqu'un est dit avoir trouvé un trésor, qu'il a acheté une chose de grand prix pour moins cher du trésor ; ou que, par une prévarication, le fisc a été vaincu ; ou qu'est mort celui qui se trouvait dans un crime capital ; ou qu'après sa mort, il y a quelque accusé ; ou qu'une maison a été détruite ; ou que, d'une accusation, on s'est retiré ; ou que l'on a vendu un bien litigieux ; ou qu'une peine, au fisc à partir d'un contrat privé, est due ; ou que, contre les lois, un délit a été commis. 1 - Il a été demandé si les biens qui ne sont pas solvables, selon le même droit, au fisc, appartiendront. Labéon écrit aussi que ceux qui ne sont pas solvables, selon le même droit, au fisc appartiennent. Mais, contre l'opinion de ce dernier, l'Édit perpétuel a été écrit [disant] qu'ainsi les biens sont vendus, si, à partir d'eux, au fisc, rien ne peut être acquis. 2 - Le divin [Antonin] le Pieux a dit dans un rescrit [adressé] à Cœlius Amarantus ainsi que la déclaration des biens vacants, dans l'espace de quatre ans, se termine et que ce délai, à partir du jour dans lequel il a commencé d'être sûr qu'il n'y a ni héritier, ni possesseur des biens, doit être compté. 3 - Mais la prescription de vingt ans, qui aussi, pour les biens des personnes signalées comme recherchées, est observée, à partir de la constitution du divin Titus, est ordinairement comptée à partir de ce à partir de quoi quelque chose a pu, au fisc, appartenir. 4 - Mais les causes qui ont été immédiatement agitées et traitées au-delà des vingt années, peuvent être différées aussi après la vingtième année. 5 - Ces causes aussi qui sont réputées avancées par un premier dénonciateur, aussi après les années avec lesquelles nous avons dit que l'on prescrivait, au fisc, peuvent être dénoncées ».*

Extrait du livre III *Du droit du fisc* de Callistrate : *« 4 - Quand, à partir de la cause d'un fidéicommis tacite, les biens, au fisc, appartiennent, tout ce qui, dans le testament, valablement, a été donné est valide ; et ainsi, le divin [Antonin] le Pieux l'a dit dans un rescrit ».*

§ 23. Anciennement dans ces pays, il est entendu que ce qui est laissé à des gens demeurant chez l'ennemi ou légué à des bandits n'est pas tenu, comme non laissé ou non légué, comme les lois romaines [640] **[158]** le portent, mais arrive au comté à leur mort [641].

§ 24. La même chose se produit d 'après les lois romaines ainsi, quand quelqu'un se voit laisser ou léguer quelque chose est trouvé avoir donné l'occasion de la mort du défunt [642] ou négligé de découvrir ceux qui en sont la cause [643], celui qui parle contre la dernière volonté indignement [644] ou qui charge la mémoire du défunt [645], qui, après le legs a porté une inimitié

---

[640] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 8, 3.

Extrait du livre XI des *Institutes* de Marcianus : *« Si, pour un condamné aux mines, quelque chose, en dehors de la cause des aliments, a été laissé, pour non écrit est [tenu] et, au fisc, ne revient pas ; car il est asservi à une peine, non à l'empereur ; et ainsi, le divin [Antonin] le Pieux l'a-t-il dit dans un rescrit. 1 - Mais, si, après la confection du testament, l'héritier institué ou le légataire, aux mines, a été remis, au fisc, cela ne revient pas. 2 - De même, si, à l'esclave d'autrui, quelque chose a été légué et que, par la suite, par le testateur, il a été racheté, le legs est éteint ; car ce qui, dans cette cause, est arrivé, à partir de laquelle cela ne pouvait pas commencer, pour non écrit, est tenu ».*

[641] (Note de l'éditeur) Bien qu'une telle chose soit anciennement entendue, ainsi, il n'est cependant pas plausible que la même chose soit suivie aujourd'hui. Voyez la note ci-après. Voir Carpzov, *Practica criminalis*, quæst. 140, nb 72 ; d'Argentré, avis 1, nb 20.

[642] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 3 ; Peregrinus, *De jure fisci*, liv. II, tit. 3.

Extrait du livre V des *Règles* de Marcianus : *« Le divin [Antonin] le Pieux a décrété qu'était indigne celui qui, comme aussi, Marcellus, dans le livre XII de ses Digestes, le rapporte, très clairement, a été prouvé avoir fait en sorte que, par le biais de sa propre négligence et de sa faute, la femme, par laquelle il avait été institué héritier, fût morte ».*

[643] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 20 et 21.

Extrait du livre III des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« A celui qui n'a pas défendu la mort de son épouse, comme à un indigne, la dot est enlevée ».*

Extrait du livre V des *Sentences* de Paul : *« Les parts aussi, pour le fisc, sont revendiquées, de ceux qui n'ont pas défendu la mort des affranchis qui, de façon suspecte, décèdent ; il est convenable, en effet, que tous les héritiers ou ceux qui, à la place d'un héritier, se trouvent, officieusement, agissent pour la vengeance du défunt ».*

[644] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 5 §§ 1-5 et D. 34, 9, 15 ; Peregrinus, *De jure fisci*, liv. II, tit. 3.

Extrait du livre I[er] *Du droit du fisc* de Paul : *« Après la réception d'un legs, non seulement il sera permis d'arguer que le testament est faux, mais aussi, de soutenir que, légalement, il n'a pas été fait ; mais il n'est pas permis de dire qu'il est contraire aux devoirs* (inofficiosum). *1 - Celui qui soutient que, légalement, il n'a pas été fait et n'a pas réussi [à le prouver], n'est pas repoussé de ce qu'il a mérité ; en conséquence, celui qui, suivant un legs, par la suite, a dit qu'il était faux, il devra perdre ce qu'il a obtenu. Mais, quant à celui qui a reçu le legs, s'il nie que, légalement, le testament ait été fait, le divin [Antonin]le Pieux a dit dans un rescrit ainsi : "quoique les parents de Sophron, de l'héritier institué, aient reçu les legs, cependant, si celui-ci a été considéré [être] de cette condition qu'il ne puisse pas obtenir la succession et que, selon le droit d'un intestat, à ces parents, elle arrive, ils pourront réclamer la succession selon le droit lui-même. Mais devront-ils se le voir interdire ou non ? À partir de la personne, de la condition et de l'âge de chacun, la cause une fois connue, par le juge, cela devra être établi". 2 - On a décidé que perd aussi ce que, dans le testament, il a mérité aussi celui qui, comme tuteur donné, s'est excusé de la tutelle ; mais, s'il l'a obtenu, il n'est pas reçu à l'excuse. Je le pense différemment pour celui qui a mérité seulement le legs et qui, se le voyant demander par la mère du pupille, comme tuteur, a mieux aimé s'excuser ; celui-ci, en effet, n'a rien fait à l'encontre du jugement du défunt. Mais ce legs qui, au tuteur, est refusé, au fisc, n'est pas transféré, mais, au fils, est laissé, dont les avantages ont été délaissés. 3 - Si un père ou un maître a mis en cause le testament, lui sera refusée l'action aussi de ce qui, à son fils ou à son esclave, a été légué, si, à ceux-ci mêmes, le profit de la chose va arriver ; si cela regarde la personne de ceux-ci, il faudra le dire différemment. 4 - Si s'est vu demander d'affranchir son esclave celui qui a mérité le legs ou aussi, qu'à l'esclave lui-même, les deux choses ont été données, il doit être dit que ne doit pas faire obstacle à l'esclave l'acte du maître, mais que, par le fisc, il doit être racheté pour être affranchi, si cependant, a voulu vendre l'esclave (parce qu'il ne peut pas y être contraint) celui qui a dédaigné le jugement du défunt. 5 - Si un fils de famille a mis en cause le testament, il faut voir si l'action devra être refusée à son père ; et je pense que, si, contre le gré de son père, il l'a mis en cause, ne doit pas être refusée au père l'action ».*

Extrait du livre VI des *Réponses* de Papinien : *« A l'héritier qui a dit que le codicille était faux et n'a pas réussi, la succession n'est pas enlevée ; si, cependant, il a reçu quelque chose d'un cohéritier dans le codicille, l'action de ce dernier sera refusée. C'est pourquoi, si, entre les héritiers, le défunt a fait le partage de ses biens dans le codicille, [l'héritier] détiendra, certes, les parts successorales, dans lesquelles le legs n'a pas pu se présenter, mais, du bénéfice de la Loi Falcidia, n'usera pas et, s'il y a autant dans les parts enlevées, cela repoussera la [Loi] Falcidia avec l'équité d'une compensation ».*

[645] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 9 § 1 ; Peregrinus, *De jure fisci*, liv. II, tit. 7.

Extrait du livre XIV *Sur les Lois Julia et Papia* d'Ulpien : *« 1 - Mais, si, clairement et ouvertement, au testateur, il a mal parlé et a lancé des paroles malheureuses contre lui, de même, il faudra le dire ».*

mortelle envers le testateur [646] ou a violé son épouse [647], celui qui a dépouillé la succession [648], celui qui traite avec un tiers de la succession de quelqu'un durant la vie de ce dernier [649]. Cependant, le comté n'y a aucun droit dans le cas où quelques personnes innocentes sont instituées héritiers sous eux au second rang ou qu'ils sont chargés de transmettre la succession ou les legs à quelqu'un d'autre ; car de telles personnes innocentes viennent devant le comté [650].

---

[646] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 34, 9, 9 pr et D. 34, 4, 3 § 11. Mais voyez contre cela ledit traité *De legibus abrogatis* sur ce texte.

Extrait du livre XIV *Sur les Lois Julia et Papia* d'Ulpien : *« Si des inimitiés capitales sont intervenues entre le légataire et le testateur, et qu'il a commencé à être vraisemblable que le testateur n'a pas voulu que le legs ou le fidéicommis soit procuré à celui auquel il a été assigné [ou laissé], il est mieux [de dire] que le legs, par celui-ci, ne peut pas être réclamé ».*

Extrait du livre XXIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 11 - Non seulement les legs, mais aussi, les fidéicommis peuvent être enlevés et, certes, avec la pure volonté. D'où, il est demandé si, des inimitiés étant survenues, un fidéicommis ne sera pas dû ; et si, certes, des inimitiés capitales ou très graves sont intervenues, est considéré avoir été enlevé ce qui a été laissé ; mais, si l'offense est légère, le fidéicommis demeure. Selon cela, aussi, pour un legs, nous le pratiquons, une exception de dol ayant été opposée ».*

[647] (Note de Groenewegen) Voir en argument le chapitre xxiii du livre II des *Fiefs* ; la glose et Sichard sur C. 6, 42 *(Des fidéicommis)*, 27, nb 6.

« Dans quelles causes le fief sera ôté : Obertus de Orto, à Anselmus son fils, [donne] son salut. Tu me forces et sur cela, tu me presses souvent beaucoup d'écrire pour que je te signifie l'énumération des causes pour lesquelles un fief sera ôté. J'ai différé cela parce qu'ayant été occupé plus souvent du soin de notre République et ayant été retenu par beaucoup de causes des personnes privées ou d'autres empêchements d'affaires innombrables, je n'avais pas la force de supporter cette charge. En revanche, pour que pas être considéré peser peu tes prières et négliger maintenant l'application suspendue de te l'enseigner, ce qui me semblera sur cela, je l'expliquera en peut de mots, pourvu que tu te rappelles que ces causes, sous une règle certaine et une définition ronde, ne peuvent pas être comprises. Car, de même que quant aux preuves, dans le Digeste, nous le trouvons écrit, de même, quant à ces causes, sans subterfuge, nous pouvons les dire. En effet, si quelqu'un a dit quelles causes et comment, envers quelque seigneur, pourraient suffire à prouver l'ingratitude de quelque vassal, avec aucun moyen certaine, cela ne peut être déterminé ; il ne se sera en rien trompé. Cependant, quant à cette ingratitude par laquelle un bénéfice sera perdu, je parle ; en effet, toute occasion ne suffit pas pour cela, par laquelle le fidèle est considéré comme non reconnaissant du bénéfice reçu ; mais il y a certaines causes remarquables (pour le dire ainsi) d'ingratitude, avec lesquelles un bénéfice, selon les usages des cours, est ordinairement ôté. En effet, comment un vassal devra-t-il se comporter envers son seigneur, combien humblement, combien avec dévouement, combien avec obligeance, combien fidèlement, peut être aperçu plutôt à partir des coutumes naturelles et bonnes des cours que cela pourra être compris à partir d'une loi ou de quelque droit écrit. En premier lieu, il te faut savoir quel est le genre de ce bénéfice, que la définition est telle : un bénéfice n'est rien d'autre qu'un acte bienveillant qui donne un plaisir à ceux qui le prennent et celui qui le prend à celui qui le donne, en ce qu'il est favorable et apprêté volontairement, comme le dit Sénèque. Une certaine espèce de cette sorte est ce bénéfice qui, à partir d'une bienveillance, est accordé à quelqu'un, de sorte que la propriété, certes, du bien immobilier remis en bénéfice, reste dans les mains de celui qui le donne ; mais l'usufruit de ce bien passe à celui qui le reçoit, de sorte qu'à celui-ci et à ses héritiers mâles ou femelles (si, quant à celles-ci, cela a été nommément dit), il reste à perpétuité, afin que celui-ci et ses héritiers fassent le service fidèlement envers le seigneur, que ce service ait été exprimé [pour savoir] quel il devra être ou que, de façon indéterminée, il ait été promis ».

Ce chapitre est mal indiqué par Groenewegen, car le chapitre suivant semble plus pertinent, un passage signale en effet le cas ici repris par Grotius : *§ 2. (…) De nouveau, si au fils du seigneur ou de la femme du seigneur, à sa bru ou à sa sœur qui demeurent encore à domicile, qui sont dites "en cheveux", on s'est uni ; il doit être privé du fief dont il s'est montré indigne ».*

[648] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 6.

Extrait du livre XXII des *Digestes* de Marcellus : *« Il a été dit dans un rescrit par l'empereur que l'héritier ne conservait pas le quart du bien qu'il avait détourné. Et c'est pourquoi, si celui qui avait quatre cents a légué l'ensemble des quatre cents et que l'héritier en a soustrait cent, il conservera le quart des trois cents, à savoir soixante-quinze et donnera deux cent vingt aux légataires ; des cent qu'il a soustraits, aux légataires, il donnera soixante-quinze, le reste, c'est-à-dire vingt-cinq, au fisc, arrivera ».*

[649] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 2 § 3.

Extrait du livre XI des *Institutes* de Marcianus : *« 3 - De même, il en sera, si quelqu'un a donné les biens d'un vivant qui l'ignore ou une partie des biens de quelque parent ; car, comme à un indigne, cela est enlevé ».*

[650] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 8, 1 ; C. 6, 51, 1 § 3. Mais quand personne n'est substitué ou institué héritier au second degré, ainsi les héritiers innocents viennent cependant devant le compté dans tous les cas ci-devant dits ; voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 5 vers le milieu ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 6, 35 [*De ceux auxquels, comme indignes, ils sont ôtés et sur le sénatus-consulte Silanien*] et sur C. 6, 51, 1.

Extrait du livre LXXVIII des *Digestes* de Julianus : *« Si quelqu'un s'est assigné une succession ou un legs, il est demandé si la succession ou le legs, pour non écrit, sera tenu. Et qu'en est-il, si l'institution de cette sorte comporte un substitué ? [Julianus] a répondu : la part de la succession, quant à laquelle tu m'as consulté, au substitué, revient. Car le Sénat, alors qu'il a établi les peines de la Loi Cornelia contre celui qui, pour lui, a inscrit une succession ou un legs, est considéré l'avoir désapprouvé de la même façon*

[**Note de Willem Schorer sur la note 642 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur enseigne ici du droit romain est vrai aussi dans le droit contemporain, comme l'auteur [le dit] lui-même ci-dessous, liv. II, chap. XXVIII, § 42, sur la note 736.]

[**Sur la note 649 de Groenewegen van der Made**
[Il en sera parlé] plus longuement ci-dessous, liv. III, chap. XIV, § 11, sur la note 514.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCXXXIV. Ceux qui ont tué celui pour lesquel il y avait des héritiers ou des légataires, ne prennent pas ce qui a été laissé, voir Matthæus, *Paræmia*, par. 6 ; mais les enfants de ceux-ci ne se voient pas interdire de le prendre, cependant, non en Zélande, voir la *Keur* de Zélande, chap. 2, art.26 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 9 à la fin.]

§ 25. Ainsi, quand un majeur institué héritier par une dernière volonté diffère durant un an de payer les legs après une exhortation légale, la succession est offerte en premier lieu à l'héritier direct du degré suivant qui, sous eux, sont institués, en second lieu, à défaut de **[159]** ceux-ci, aux cohéritiers, en troisième lieu aux héritiers fidéicommissaires, en quatrième lieu, aux légataires, en cinquième lieu, aux héritiers ab intestat et, à défaut de tous ceux-ci, au magistrat suprême du pays [651], tout cela avec la charge [652] de payer les legs, étant bien entendu que, si les institués héritiers en premier sont des parents ou des enfants, ils conservent leur part légale.

---

avec laquelle ont été désapprouvées ces [institutions] ; "pour cette part, dont Titius m'a désigné comme héritier inscrit dans ses tablettes [testamentaires], que, pour cette part, il soit héritier", pour que, de la même manière, elles soient tenues, comme si, dans le testament, elles n'avaient pas été insérées ».

Constitution de Justinien adressée au Sénat de Constantinople et donnée en 534 : *« 1 - Et, de même que dans beaucoup d'articles, la Loi Papia a été corrigée par les empereurs précédents et abolie par désuétude, de même elle perdra par nous, pour l'observation des choses caduques, sa vigueur odieuse, qui déplaisait aux hommes très avisés eux-mêmes, qui trouvaient de nombreuses voies par lesquelles ce qui est caduc ne se ferait pas. Mais la très lourde observation des choses caduques a été ainsi envisagée pour ceux qui font des testaments eux-mêmes, afin que les substitutions qu'ils introduisent ne deviennent pas des choses caduques ; et, si elles ont été faites, afin qu'ils disposent de recourir à certaines personnes ; en annulant les voies que la Loi Papia posait pour les choses caduques, nous, nous accordons qu'on le fasse. 1b - Et, du fait que la Loi Papia enfermait l'ancien droit, qui, avant elle, s'appliquait simplement à tout avec ses artifices et ses difficultés, elle rougissait d'imposer son joug aux seuls parents et enfants du testateur jusqu'au troisième degré, s'ils avaient été inscrits comme héritiers ; en conservant le droit ancien intact pour eux, nous accordons cela à tous nos sujets sans différence de personnes. 1c - En conséquence, du fait que la Loi Papia a rassemblé la matière et l'origine des choses caduques des ajouts qui, pour les successions des défunts, procédaient, pour cette raison, non depuis la mort du testateur, mais depuis l'ouverture des tablettes [testamentaires], des sénatus-consultes ont accordé que la date des legs échoyait, de sorte que ce qui, au milieu, fait défaut devienne caduc, en premier lieu, corrigeant cela et renouvelant l'ancien statut, nous consacrons que tous ont la possibilité, à partir de la mort du testateur, d'accepter les successions et, de la même façon, que la date des legs ou des fidéicommis, purement ou simplement, ou à terme, échoit à partir de la mort du testateur ».*

[651] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 51, 1 § 13 et tout le titre de C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)* ; coutumes d'Anvers, tit. 58 *(Des revendications et des biens perdus)*, art. 2.

Constitution de Justinien adressée au Sénat de Constantinople et donnée en 534 : *« 13 - Du fait que, dans la partie supérieure de la loi, nous avons disposé que l'acceptation de la succession, à certaines personnes, pour les héritiers, n'était pas transmise, il est nécessaire que, si quelqu'un n'a pas accepté la totalité de la succession, celle-ci, si, certes, il a un substitué, lui arrive s'il l'a voulu ou pu. Si cela n'est pas, que les successeurs la reçoivent ab intestat ou s'il n'y en a aucun, qu'ils ne veulent pas la recevoir ou que, de quelque façon, ils ne la prennent pas, alors, à notre fisc, elle sera dévolue ».*

[652] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 51, 1 § 10. En argument D. 50, 17, 175 § 1 et 177.

Constitution de Justinien adressée au Sénat de Constantinople et donnée en 534 : *« 10 - Ceci ayant été ainsi déterminé, quand nous avons fait mention dans la première partie de notre loi dans plusieurs endroits de celui qui est lié, nous avons pensé qu'il était nécessaire d'interrompre plus largement tout examen de cet article avec un traitement plus subtil, afin que cela ait été établi pour tous et de la façon la plus ouverte ».*

Extrait du livre XI *Sur Plautius* de Paul : *« 1 - Je ne dois pas être d'une meilleure condition que mon garant, duquel le droit passe sur moi ».*

Extrait du livre XIV *Sur Plautius* de Paul : *« Celui qui, au droit ou à la propriété d'un autre, succède doit, du droit de ce dernier, user. 1 - Personne n'est considéré accomplir [quelque chose] avec un dol qui ignore la cause pour laquelle il ne devrait pas réclamer ».*

§ 26. Les legs sont aussi annulés en particulier quand, après l'exécution par le testateur, ils sont supprimés *expressément* ou *tacitement*.

§ 27. EXPRESSÉMENT, quand, par la même ou plus tardive dernière volonté, là où celle-ci est imparfaite, n'est pas dit ce qui, auparavant, était dit [653] ou si ce que quelqu'un se voyait léguer est légué à un autre avec un rappel du legs précédent [654] ; l'effacement dans l'écrit a la même force [655], comme aussi une déclaration [faite] devant deux témoins [656].

[**Note de Willem Schorer sur la note 656 de Groenewegen van der Made**

L'auteur, pour infirmer le testament, requiert deux témoins, comme aussi dans la note 626 [du § 16] ; mais j'ai déjà relevé sur la note 620 [du § 10] qu'un notaire était requis.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXXV. La révocation d'un legs faite dans la marge de l'exemplaire du testament par le testateur avec la souscription du nom supprime le legs, comme l'a décidé la Cour en 1655, voir *Hollandiæ consilia*, party. V, cons. 45, p.155 ;[f aite] sans souscription, elle ne l'ôte pas ; [on voit] comment doit être reçue la sentence de la Cour Suprême chez Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. I, p. 298.]

§ 28. TACITEMENT, par la naissance d'une grave inimitié [657], comme aussi dans le cas où le testateur donne le legs en don entre vifs ou le vend en dehors d'une nécessité [658], mais non s'il le met en gage [659] ; tout cela a lieu de part et d'autre, à moins qu'à partie de quelques indications, la volonté du testateur ne puisse être par la suite être découverte [660].

---

[653] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxi *(De l'acceptation des legs)*, pr.

« La suppression des legs, que, dans le testament lui-même, [un legs] soit enlevé, ou dans un codicille, est ferme, qu'avec des termes contraires, soit faite la suppression, comme si ce que quelqu'un a ainsi légué "je donne, je lègue" est ainsi enlevé "je ne donne pas, je ne lègue pas", ou avec des termes non contraires, c'est-à-dire avec n'importe quels autres termes ».

[654] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxi, § 1 ; D. 34, 4, 5 ; Fachinæus, liv. V, cap. 52 ; Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, dernier vol., liv. XII, tit. 4 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 173.

« § 1. Un legs peut aussi être transféré par l'un à un autre, comme si quelqu'un avait ainsi dit : "je donne, je lègue l'esclave Stichus, qu'à Titius, j'ai légué, à Seius", que, dans le testament lui-même ou dans un codicille, il ait fait cela ; dans ce cas, en même temps, il est considéré à Titius, être enlevé et, à Seius, être donné ».

Extrait du livre II *Sur l'Édit urbain* de Gaius : *« De même qu'un legs peut être enlevé, de même, à un autre, [il peut] être transféré, comme de cette façon : "ce qu'à Titius, j'ai légué, à Seius, je le donne et le lègue" ; cette chose, pour la personne de Titius, contient une suppression tacite ».*

[655] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 4, 16. Voyez ci-dessus la note 625.

Extrait du livre *Pris du livre unique du droit des codicilles* de Paul : *« Il n'importe en rien [de savoir] si est biffé ce qui a été écrit, ou enlevé ».*

[656] (Note de Groenewegen) Mais voyez en outre les docteurs sur C. 6, 42 *(Des fidéicommis)*, 27 ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 34, 4 [*De la suppression ou du transfert des legs ou des fidéicommis*], nb 2 à la fin.

[657] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 4, 3 § 11 et D. 34, 4 *(De la perte ou du transfert des legs ou des fidéicommis)*, 22. Mais voyez contre cela ledit traité *De legibus abrogatis* ici.

Extrait du livre XXIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 11 - Non seulement les legs, mais aussi, les fidéicommis peuvent être enlevés et, certes, avec la pure volonté. D'où, il est demandé si, des inimitiés étant survenues, un fidéicommis ne sera pas dû ; et si, certes, des inimitiés capitales ou très graves sont intervenues, est considéré avoir été enlevé ce qui a été laissé ; mais, si l'offense est légère, le fidéicommis demeure. Selon cela, aussi, pour un legs, nous le pratiquons, une exception de dol ayant été opposée ».*

Extrait du livre VI des *Réponses* de Papinien : *« Ayant été pour une partie institué, l'héritier a reçu un legs ; le testateur, poursuivant celui-ci de très graves inimitiés, alors qu'il avait décidé de faire un autre testament et n'avait pas pu l'achever, l'a passé. Les actions successorales, certes, ne lui seront pas refusées, mais, s'il réclame le legs, avec l'exception de dol, il sera repoussé ».*

[658] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 4, 18.

Extrait du livre VIII des *Distinctions* de Modestinus : *« Si le testateur, de son vivant, a donné un bien légué à un autre, de toute façon, est éteint le legs. Nous ne distinguons pas si, à raison de la nécessité d'un bien de famille ou, avec sa pure volonté, il l'a donné, de sorte que, si, par nécessité, il l'a donné, le legs est dû ; si [c'est] avec sa pure volonté, il ne sera pas dû ; en effet, cette distinction, sur la générosité du donateur, ne tombe pas, du fait que personne, dans les nécessités, n'est généreux ».*

[659] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 12.

§ 29. La mort de celui qui se voit léguer quelque chose avant **[160]** le décès du testateur [661], ou tombé avant la condition ou avant la date fixée [662] rend aussi le legs nul.

[**Note de Willem Schorer sur la note 662 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici que e legs tombe avec la mort du légataire avant la date ajoutée pour le legs doit être entendu avec une certaine limitation ; car cela est alors vrai quand la date ajoutée est à ce point incertaine qu'il est très clairement douteux [de savoir] si elle existera jamais (en effet, une telle date est tenue pour une condition et fait la condition dans le testament, voir D. 35, 1 *(Des conditions et des démonstrations)*, 75 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 36, nb 23 et 24 ; celle-ci faisant défaut, le testament tombe, voir D. 35, 1, 17 § 3) ou s'il est certes certain que la date existera ; mais il est incertain [de savoir] à quel moment, si c'est du vivant du légataire ou celui-ci étant mort ; et dans ce cas, le legs est réputé avoir été laissé sous condition ; en effet, une date incertaine équivaut à une condition. Mais ce que dit l'auteur ne procède pas si le testateur a ainsi disposé : que mon héritier, quand Titius mourra, lui donne cent ; en effet, la condition ne peut pas exister, le légataire étant vivant et il n'y a aucun doute que, dans ce cas, il transmette le legs aux héritiers, en ce que non des morts, mais des vivants sont morts et que le jour de la mort regarde le temps de la vie.

Dans nos usages, un héritier est à bon droit institué pour un certain temps ou à partir d'un certain temps, ce qui est contraire au droit romain, parce que la date certaine n'est pas tenue pour

---

« § 12. Si le testateur a légué son bien et que, par la suite, il l'a aliéné, Celsus pense que, si, non avec l'intention de le supprimer, il l'a vendu, il n'est pas moins dû et cela, les divins Sévère et Antonin l'ont dit dans un rescrit. De même, ils sont dit dans un rescrit que celui qui, après la confection du testament, a donné en gage les biens-fonds qui avaient été légués, n'était pas considéré avoir supprimé le legs et que c'est pourquoi le légataire, contre l'héritier, pouvait agir en justice pour que les biens-fonds, par le créancier, soient déliés. Mais, si quelqu'un a aliéné une partie du bien légué, la partie qui n'a pas été aliénée est de toute façon due, mais la partie aliénée est ainsi due si, non avec l'intention de la supprimer, elle a été aliénée ».

[660] (Note de Groenewegen) Voir Francisco Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, dernier vol., liv. XII, tit. 6 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. IV, præs. 167.

[661] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 51, 1 § 2 ; Evraerts, *Consilia*, cons. 86.

Constitution de Justinien adressée au Sénat de Constantinople et donnée en 534 : *« 2 - Et, avec une triple façon, ce qui, dans des dernières volontés, est laissé, il arrivait que cela fasse défaut, il est raisonnable d'exposer clairement les temps et les noms de cela, afin que ce qui est supprimé ou réformé ne soit pas inconnu. 2a - En effet, cela était laissé à ceux qui n'étaient pas dans la nature des choses quand étaient faites les dernières volontés, peut-être, les testateurs ayant ignoré cela, les lois pensaient que cela était tenu pour non écrit ; ou, si, du vivant du testateur, celui qui a eu quelque chose à partir du testament, après le testament, à cette lumière, était soustrait ou que celui qui avait été laissé expirait, peut-être avec une certaine condition sous laquelle cela avait été laissé, celle-ci faisant défaut, ce que les anciens appelaient [être] dans une cause caduque ; ou, le testateur étant déjà mort, ce qui a été laissé faisait défaut, ce qui, d'un mot clair, était appelé caduc ».*

[662] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 1 § 2 ; D. 35, 1, 48 et 59 ; D. 30, 49 pr et §§ 2-3 ; Bronckhorst, cent. 3, assert. 57 ; Cooren, avis 28 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 7, quæst. 3. Ce que le Conseil de Frise a jugé avoir aussi lieu, c'est tout ce que le testateur a légué au légataire devant lui et ses héritiers, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 4, defin. 11 et les docteurs ici allégués.

Extrait du livre III *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« 2 - Mais le terme est incertain, quand il est ainsi écrit : "que mon héritier, quand il mourra, donne dix" ; car sa mort a une date incertaine. Et c'est pourquoi, si le légataire, auparavant, est mort, à son héritier, le legs ne passe pas, parce que le terme, de son vivant, n'est pas échu, bien qu'il ait été certain que mourrait l'héritier. Mais la condition du legs est présente, comme quand, ainsi, nous faisons un legs : "ce qui d'Arescusa est né, que mon héritier le donne", "les fruits qui, de ce bien-fonds, ont été perçus, que mon héritier les donne" ou "l'esclave qu'à un autre, je n'aurai pas légué, qu'à Seius, il le donne" ».*

Extrait du livre XV des *Digestes* de Marcellus : *« Je ne pensais pas que le terme d'un fidéicommis était arrivé, alors qu'avait commencé sa seizième année celui auquel il avait été laissé, lorsqu'à seize ans, il était arrivé, et ainsi aussi, l'empereur Antonin, pour un appel venant de la Germanie, l'a-t-il jugé ».*

Extrait du livre XXII des *Digestes* de Celsus : *« Si, dans les dix ans, l'héritier s'est vu obliger de donner dix ou que quelqu'un s'est vu ordonner d'être libre, le dernier jour de cette période, le legs sera dû et la liberté lui échoit ».*

Extrait du livre XXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si, à quelqu'un, il est fait un legs, quand il aura quatorze ans, de cette règle certaine, nous usons, [à savoir] qu'alors, il a quatorze ans, quand il les a accomplis ; et Marcellus a écrit que l'empereur l'avait ainsi décrété. (…) 2 - Mais ce legs est conditionnel ou à terme, jusqu'à ce que la quatorzième année ait été accomplie, par la suite, à terme. 3 - Et c'est pourquoi, si, certes, avant sa quatorzième année, il est mort, à son héritier, il ne transmet rien ; de façon certaine, par la suite, à son héritier, il le transfère. Si, au moment de la confection du testament, un fils mineur de quatorze ans est trouvé, je pense qu'à une date annuelle, à deux ans ou à trois ans, le moment de l'acquittement, à partir de la date accomplie des quatorze ans, immédiatement, échoit, à moins qu'[il n'y ait] une claire intention différente du testateur qui pense une autre chose ».*

un non ajout, ainsi, pour que, le délai étant écoulé, l'institué, à la faveur de la chose née, reçoive ou restitue la succession ; dans ce cas, quand il l'a restituée, il va en déduire la quarte Trébellianique, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 7, nb 232.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXXVI. Les mots *ter wederzijde* - "de part et d'autre" (dont sont en peine les jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde vragen*, p. 101 et suivante) reçoivent pour les précédents les plus proches avec lesquels Grotius avait enseigné, que le legs tacitement accepté était considéré [fait] en donnant un bien, en l'aliénant sans nécessité, mais non celui qui a été accepté pour le donner en gage ; en effet, les deux choses sont limitées, si la présomption collectée à partir de ces divers actes du testateur tombe sur les deux parties, si la volonté du testateur apparaît contraire.]

*

Chapitre XXV
Des codicilles [663]

§ 1. Ayant traité des dernières volontés parfaites, nous devons en venir aux IMPARFAITES [ou aux CODICILLES].

§ 2. Ceux-ci consistent en la TOTALITÉ selon les lois romaines (en dehors de ce qui est dit ci-dessus en général d'une dernière volonté de toutes sortes) en ce qu'ils peuvent être faits par écrit ou oralement et que, pour cela, cinq témoins sont suffisants et aussi nécessaires, des hommes ou des femmes, sollicités ou non sollicités [pour cela] [664].

[**Note de Willem Schorer sur la note 664 de Groenewegen van der Made**

Bien que, dans le droit civil, pour faire un codicille, cinq témoins soient requis et que, dans ceux-ci, la femme soit admise, il n'importe pas [de savoir] si les témoins se le sont vus spécialement demander ou s'ils sont venus par accident ; parce que, cependant, chez nous, à l'exemple des testaments, deux témoins seulement sont requis, à partir de notre usage contemporain, c'est à peine qu'une femme puisse être admise, bien que les legs aient été seulement donnés à celles-ci, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 7, nb 5.]

§ 3. Chez nous, ceux-ci sont plus souvent faits devant deux membres du tribunal et le secrétaire ou devant un notaire et deux témoins [665].

[**Note de Willem Schorer**

---

[663] (Note de l'éditeur) Voir tout les titres de D. 29, 7 *(Du droit des codicilles)* et de C. 6, 36 *(Des codicilles)*.

Le titre en question du Digeste comprend 20 extraits et celui du Code, 8 constitutions.

[664] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 36, 8 § 3 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, partie I, avis 118. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, II, x *(Du règlement des testaments)*, § 6.

Constitution de Théodose adressée à Asclepiodotus, Préfet du prétoire, et donnée en 424 : *« 3 - Mais dans toute dernière volonté, à l'exception du testament, cinq témoins sollicités ou qui, au hasard, seront venus au même moment doivent être employés, que, par écrit ou sans écrit, la volonté soit faite, à savoir les témoins, quand, par écrit, la volonté est composée, adaptant leur sceau ».*

[665] (Note de Groenewegen) Voir Décrétales, III, xxvi, 10.

Décrétale de Grégoire IX à l'archevêque d'Ostie : *« Tandis que tu as été établi, [frère évêque], en notre présence, [avec un soigneux récit], tu [nous] as exposé que, dans ton évêché, la coutume suivante obtenait que les testaments qui sont faits en dernière volonté [par ceux qui ont un pouvoir sur les autres] étaient totalement annulés, à moins d'être faits avec la souscription de sept ou cinq témoins, suivant ce que les lois humaines décident. Mais, parce que, par la loi divine et que, par les choses établies des saints pères et par la coutume générale de l'Eglise, on sait qu'il en est autrement, du fait qu'il a été écrit : "dans la bouche de deux ou trois témoins, tiendra toute parole"* (Mt 18, 16)*, nous désapprouvons entièrement la coutume ci-devant dite et nous décidons que les testaments qui sont faits en dernière volonté en présence du prêtre de la paroisse et de trois ou deux autres personnes appropriées demeureront fermes [et obtiendront la force d'une fermeté perpétuelle], sous la menace d'un anathème, interdisant que nul, [avec une présomption de cette sorte], n'osera annuler les testaments de cette sorte ».*

Chez nous, les lois des testaments et des codicilles sont en général confondues, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 7, nb 5, et elles ne diffèrent en rien entre elles ni pour ce qui touche la forme ni pour ce qui touche l'effet en Belgique, voir *Précis du droit Belgique*, § 5, p. 118. À partir de là, sera aussi valide ce testament [dans lequel] aucun héritier n'est nommé, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 2, nb 2.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCXXXVII. Il est indubitable qu'avec la force de la clause réservatoire qui est la confirmation du codicille, le codioille peut validement être fait sans témoins ; voyez Arent Lybrechts, *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, pârt. I, chap. 20, nb 38, p. 323 et suivante.]

§ 4. On peut faire un codicille au même moment que l'on fait un testament, quelque temps avant le testament ou après le testament ; aussi, lorsqu'on ne veut pas du tout faire un testament, mais charger par quelque moyen les héritiers légaux ; on peut aussi en faire plus **[161]** d'un, qui ne peut pas consister en une dernière volonté parfaite [666].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCXXXVIII. Il est clair que, dans un codicille de cette sorte, non seulement des legs et des fidéicommis particuliers peuvent être donnés ou ôtés, mais aussi que le nom d'un héritier ou des parts héréditaires peut être exprimé, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 4 et 5 ; mieux, rien n'interdit qu'un fidéicommis universel soit laissé.]

§ 5. Pour ce qui regarde les PARTIES, on ne peut pas ici par cela une succession directe ni au premier rang ni aux rangs plus éloignés, ni déshériter ses enfants ni ajouter une condition pour l'héritier qui est déjà institué [667].

§ 6. Mais on peut laisser par ce biais indirectement une succession en chargeant l'héritier institué ou l'héritier légal [668].

§ 7. Mais, le plus souvent, les codicilles servent pour des legs.

§ 8. Et, dans ces deux choses, les codicilles se distinguent des testaments, de telle façon que tout ce qui est dit ci-dessus de l'institution indirecte ou des legs doit être ici tenu pour repris.

§ 9. LES CODICILLES SONT ANNULÉS en leurs totalité et partie de la même façon que les TESTAMENTS, étant excepté que le défaut que l'institution directe n'a pas lieu ici, puisque celle-ci ne peut pas être faite par un codicille et que, par une dernière volonté plus tardive ou

---

[666] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxv *(Du codicille)*, § 1.

« § 1. Non seulement, le testament ayant été fait, on peut faire un codicille, mais, décédant intestat, laisser un fidéicommis dans un codicille. Mais, quand, avant la confection du testament, un codicille avait été fait, Papinien dit qu'il n'a pas autrement de forces que si, avec une volonté spéciale, par la suite, il est confirmé. Mais les divins Sévère et Antonin ont dit dans un rescrit qu'à partir de ce codicille qui précède le testament, le fidéicommis peut être réclamé, s'il apparaît que celui qui, par la suite, avait fait le testament, ne s'était pas retiré de la volonté que, dans le codicille, il avait exprimée ».

[667] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxv, § 2 ; D. 29, 7, 6.

« § 2. Mais, dans un codicille, une succession ne peut pas être donnée ni perdue, afin que ne soit pas confondu le droit des testaments et des codicilles et, pour cette raison, qu'une exhérédation ne soit pas inscrite. Directement, une succession, dans un codicille, ne peut pas être donnée ni perdue ; car, par le biais d'un fidéicommis, une succession, dans un codicille, légalement, est laissée. Et, l'héritier ayant été institué, il ne peut pas directement accepter une condition ni la substituer ».

Extrait du livre VII des *Institutes* de Marcianus : *« Les divins Sévère et Antonin ont dit dans un rescrit que n'avait rien fait la mère qui, alors que, purement et simplement, elle a institué ses enfants comme héritiers, a ajouté la condition de leur émancipation dans le codicille, parce qu'elle ne peut pas ajouter une condition pour l'héritier institué dans le codicille, ni substituer [quelqu'un] à l'[héritier] direct. 1 - Quelqu'un peut faire aussi plusieurs codicilles et il n'est pas nécessaire que, de la main de celui-ci même, ils soient écrits et scellés. 2 - Bien que, dans la confirmation du codicille, le père de famille ait ajouté qu'il ne voulait pas qu'il fût autrement valide que, de sa propre main, scellé et souscrit, cependant, est valide le codicille fait par lui, bien que, par lui, il n'ait pas été scellé, ni, de la main de ce dernier, [souscrit] ; car celui qui, par la suite, est fait, au premier, déroge. 3 - Peut faire un codicille seulement celui qui a le pouvoir de faire un testament. 4 - Si, après la confection du testament, à sa mort, dans un codicille, quelqu'un a fait un legs, bien que non confirmé dans le testament, pour non écrit, le legs est fait ».*

[668] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 2 des *Institutes*, II, xxv *(Du codicille)*.

avec un codicille, le codicille précédant n'est jamais entendu être annulé, à moins que qu'il n'apparaisse clairement que telle a été l'intention [669].

[**Note de Willem Schorer sur la note 669 de Groenewegen van der Made**

Il y en a qui n'attribuent pas beaucoup d'autorité à la clause réservatoire, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 60, nb 4, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 1, nb 29, si ce n'est pour les petits legs laissés pour de pieux usages et à partir d'une commisération. Bijnkershoek n'est pas d'accord et il souhaite l'autorité de cette doctrine et signale que l'on peut à peine déterminer si les legs seront plus importants ou moindres, du fait que cela dépend tantôt des richesses de celui qui lègue, tantôt [de celles] du légataire et c'est pourquoi la chose appartiendra au pur jugement, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 4. Dans le chapitre suivant, il rappelle les choses jugées par la Cour Suprême, cependant, il ne soutient pas qu'une part de la succession puisse être simplement donnée avec un chirographe privé ou une simple lettre, mais seulement cette part qui est vacante dans le testament ; ce qu'il étend aussi aux legs et aux fidéicommis particuliers, mieux, à toute la succession, quand le testateur s'est réservé la possibilité de nommer un héritier dans l'avenir, et ainsi, a-t-il été répondu aussi, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part.. IV, cons. 158, p. 434. Il refuse ici aussi que cela puisse cependant être étendu au fidéicommis universel.

Cependant, cette clause est rejetée en totalité, mais avec une rude Minerve et tout à fait contre le gré de la loi de D. 28, 5 *(De l'institution des héritiers)*, 77, avec laquelle le testateur s'est réservé la possibilité de nommer un héritier dans l'avenir, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 60, nb 4.

Du reste, il faut observer que deux choses sont requises pour qu'un écrit privé tire son effet : I. qu'il soit signé par le testateur. II. qu'il soit muni des sceaux à partir de la prescription des lois ; cependant, le dernier défaut peut être racheté à partir de la récente ordonnance des États de Zélande du 6 septembre 1764, art. 31.]

*

Chapitre XXVI
De la succession ab intestat

§ 1. Nous avons donc longuement traité de la succession testamentaire ; nous devons maintenant parler de la succession ab intestat.

[162] § 2. *Est une succession ab intestat l'arrivée d'une succession en dehors d'une dernière volonté.*

§ 3. *En dehors d'une dernière volonté*, la succession peut arriver, qu'aucune dernière volonté n'ait été faite, que celle-ci soit annulée avant son existence par un défaut essentiel ou après son existence en totalité, ou au moins pour autant que cela concerne l'institution, comme par une exhérédation injuste des enfants ou parce que personne n'a accepté la succession [670].

---

[669] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xxv *(Du codicille)*, § 1 ; D. 29, 7, 3 et là, les docteurs. Voyez en outre Cardinal Dominicus Tusch, *Practicarum conclusionum juris volumina 1 et 2*, t. I, concl. 408, lettre C.

Le § des *Institutes* en question a déjà été donné ci-dessus note 666.

Extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Julianus : *« Si quelqu'un, quand il n'avait aucun testament, dans le codicille, a donné des fidéicommis de cette façon, "qui que ce soit qui, pour moi, sera héritier ou possesseur des biens, je remets en fidéicommis", les fidéicommis doivent être acquittés, parce que le père de famille qui a le droit de faire un testament, aussi, a fait un codicille doit être tenu de la même manière que si tous étaient ses héritiers, auxquels sa succession légale ou la possession des biens allait arriver. 1 - Mais, si, après la confection du codicille, quelqu'un est né comme agnat le plus proche ou héritier en ligne directe, le fidéicommis devra être acquitté ; est entendu, en effet, celui-ci comme héritier inscrit et c'est pourquoi il doit être tenu de la même manière que s'il avait cassé ce codicille. 2 - Le testament ayant été fait, même si le codicille, dans celui-ci, n'a pas été confirmé, cependant, à partir de celui-ci, il prendra ses forces. Enfin, si, à partir du testament, la succession n'a pas été acceptée, le fidéicommis, à partir d'un codicille de cette sorte, ne sera d'aucune valeur ».*

[670] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, xvii *(De quelles façons les testaments sont infirmés)*, § 2 ; D. 50, 16, 64.

§ 4. Mais, là où l'un de nombreux héritiers institués acceptait la succession, une telle chose était nécessaire pour exclure la succession ab intestat ; car les autres parts augmentent la sienne [671].

[**Note de Willem Schorer sur la note 671 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur signale ici quant au droit romain est à ce point vrai qu'il n'y a personne qui le contredise ; en effet, personne ne peut décéder en partie testat et en partie intestat. Mais cela tombe dans notre droit et cette subtilité n'est pas attentivement regardée ; c'est pourquoi, si l'un de plusieurs héritiers institués, qu'ils ne veuillent pas ou ne puissent pas accepter [la succession], la part de ceux qui restent n'accroît pas celle de celui qui accepte, à moins qu'il ne soit clair que le testateur ait probablement voulu que la part vacante accroisse la part de celui qui accepte, autrement, les parts de ceux qui n'ont pas accepté échoient aux héritiers légaux. La raison en est que, chez nous, quand la question tombe sur le droit d'accroissement, on ne recourt pas à la subtilité du droit romain, mais à la volonté probable du testateur, comme je l'ai déjà relevé dans ce livre sur le chap. XXI, § 6, sur la note 495, et chap. XXIII, § 5, sur les notes 573 et 574. Grotius, liv. II, chap. XXIV, § 19, note 630, a suivi ci-dessus la subtilité du droit romain, comme ici.]

§ 5. Alors, dans le cas où, les parents qui auraient hérité par la dernière volonté étaient nommément ou tacitement connus, ainsi, ces mêmes parents seraient entendus ne pas venir [à la succession] ab intestat, mais à partir de la force de la dernière volonté [672].

§ 6. Chez nous, une SUCCESSION AB INTESTAT est juste d'une part à l'égard des BIENS FÉODAUX, d'autre part, à l'égard des AUTRES BIENS DE TOUTES SORTES. La succession ab intestat des biens féodaux sera traitée dans le droit féodal, d'une façon telle que ce que nous dirons ici devra être entendu à l'exception du bien féodal comme étant une succession seulement séparée des autres successions.

§ 7. La SUCCESSION AB INTESTAT, alors, à l'égard DE TOUS LES BIENS ALLODIAUX est d'une part à l'égard des ENFANTS LÉGITIMES qui viennent à mourir, d'autre part, à l'égard des ENFANTS ILLÉGITIMES.

§ 8. À l'égard des ENFANTS LÉGITIMES, [d'une part] ceux qui sont APPARENTÉS, d'autre part, à l'égard des NON-APPARENTÉS.

[163] § 9. Sont appelés *apparentés* dans ce paragraphe *ces parents, c'est-à-dire les descendants consanguins, parmi les degrés qui peuvent hériter.*

§ 10. Chez nous, la SUCCESSION AB INTESTAT DES PARENTS CONSANGUINS se fait D'APRÈS LA DISPOSITION DE LA LOI DU PAYS ou par un CHOIX DE LA LOI DU PAYS.

§ 11. D'APRÈS LA DISPOSITION DE LA LOI DU PAYS, là, il n'y a aucun choix. Il sera dit par la suite comme ce choix peut se faire.

« § 2. Avec un testament aussi postérieur qui, légalement, est parfait, le premier est rompu. Il n'importe pas [de savoir] s'il y aura quelque héritier à partir de celui-ci ou s'il n'y en aura pas eu un ; en effet, il est seulement regardé si, dans quelque cas, il pourra y en avoir. C'est pourquoi, si quelqu'un n'a pas voulu être héritier, que, du vivant du testateur ou après la mort de ce dernier, avant qu'il accepte la succession, il est mort ou que la condition sous laquelle l'héritier a été institué a fait défaut, dans ces cas, le père de famille est mort intestat ; car le premier testament rompu par le second n'est pas valide et le second, également, n'a aucune force lorsqu'à partir de lui, personne n'est héritier ».

Extrait du livre LXXVII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *Est "intestat" non seulement celui qui n'a pas fait de testament, mais aussi celui dont, sur le fondement du testament, la succession n'a pas été acceptée ».*

[671] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 10, 1.

Constitution de Gordien adressée à Marciana et donnée en 244 : *« Chaque fois, qu'à plusieurs enfants, la succession légale ayant cessé, la possession des biens est déférée, certains ayant laissé de côté le bénéfice de l'Édit perpétuel, pour ceux-ci seuls qui ont reconnu la possession des biens, il ne vient pas en doute que la part des biens non réclamés s'accroît ».*

[672] (Note de Groenewegen) En argument, voir D. 50, 17, 89.

Extrait du livre X des *Questions* de Paul : *« Aussi longtemps que puisse être valide un testament, l'héritier légal n'est pas reçu ».*

§ 12. Et, puisque dans ces pays de Hollande et de Frise occidentale, la loi du pays concernant les successions ab intestat a été anciennement très dissemblable et comme elle n'est pas encore portée à une complète uniformité, ainsi la loi du lieu où est située la maison mortuaire est suivie à l'égard des biens mobiliers [673] ; mais à l'égard des biens immobiliers, la loi [est celle] de la place où le bien est situé [674].

[**Note de Willem Schorer sur la note 673 de Groenewegen van der Made**

À côté de ce que dit Groenewegen dans sa note, Bijnkershoek dit beaucoup de choses dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. I, cap. 16. Il affirme aussi, ce qui a été aussi observé par d'autres, que cet article 9 que Groenewegen indique dans sa note n'a ni la raison ni l'autorité du droit et il signale que les lois du domicile doivent être suivies, bien qu'il dise qu'à la faveur de la variété des actes, les domiciles ne peuvent pas être toujours déterminés en sécurité. Il approuve cependant la distinction d'Ulpien, dans D. 5, 1 *(Des jugements)*, 19 § 2, [qui dit] que le lieu est très différent de la place du domicile où quelqu'un a demeuré fortuitement, car, pour que quelqu'un ait un tribunal, il est requis qu'il vive de façon continuelle ici avec l'intention d'y avoir son habitation ou d'y établir son foyer et la somme de ses richesses, voir Brunemann sur C. 10, 30 *(Des habitants et où quelqu'un est considéré avoir son domicile, et de ceux qui, pour raison d'études, habitent dans une autre cité)*, 7 ; de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 534 ; Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 9, p. 420, nb 183 et suivant, ce que de Haan, sur la coutume de Gand, rubr. 26, art. 19, au mot *domicilium*, prouve avec plusieurs choses. Du reste, quand quelqu'un a pris à bail simplement une maison, avec cela même, un changement de domicile n'est pas présumé, à moins que d'autres indices ne s'y ajoutent, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 21, nb 4 et 5, p. 219. Dans la Flandre autrichienne, il n'est permis à personne d'être citoyen de deux cités dans un seul et même temps, voir les ordonnance de Flandre, t. III, fol. 304, ce qui, quant au droit commun, n'a pas été interdit, à moins que l'on n'exerce un office perpétuel et non temporaire dans un endroit certain ; car alors, on est présumé avoir changé de domicile, voir Perez sur C. 10, 30 *(Des habitants et où quelqu'un est considéré avoir son domicile, et de ceux qui, pour raison d'études, habitent dans une autre cité)*, nb 7.

Du reste, selon l'auteur, il est très vrai que les meubles doivent être régis à partir des statuts du lieu où le défunt a son domicile, voir de même, de Haan sur la coutume de Gand, rubr. 26, art. 16, au mot *notandum* - "il faut relever" ; cependant, cela tombe à l'égard des meubles dont, à raison d'un usage continu, le père a voulu qu'ils restent dans un endroit ; car alors, pour qu'ils soient tenus comme les accessoires d'un bien immeuble et qu'en conséquence, ils soient régis par le droit des immeubles, voir Paul Voet, *De statutis*, ect. 9, cap. 1, nb 8, à quoi peut être ajouté ce que dit Johan Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 34.]

---

673 (Note de Groenewegen) Dans le cas où un enfant qui habite dans la loi d'Azing était seulement venu jouer dans la loi de l'Échevin et mourait soudainement ou était blessé à mort, ainsi, on hériterait du bien de cet enfant et il irait selon la loi de l'Échevin suivant l'instruction de la loi d'Azing et de l'Échevin, art. 9. Mais, en France, voir Mornac sur C. 3, 20 [*Quand, quant à une succession, on agit en en justice ou quand les héritiers inscrits doivent demander d'être mis en possession [des biens]*], et dans les Pays-Bas [septentrionaux], est suivie la coutume de la place où les enfants décédés ont eu leurs parents et leur ferme et dernier domicile. Voir Paul van Christijnen, *Decisiones Curiæ Belgicæ*, vol. 2, decis. 166, nb 6 ; coutumes d'Anvers, tit. 47, art. 16 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, partie II, cons. 21. Cela a été différentes fois jugé par la Cour de Hollande. Voyez les juristes cités dans la note suivante.

(Note du traducteur) La loi dite de l'Aesdom, ou Aasdom (*i.e.* "jugement de l'Azing") en néerlandais moderne, concerne ce qui est appliqué en Hollande en commun avec les Frisons, alors qu'est appelé loi de l'Échevin ce qui est appliqué en Hollande en commun avec les Zélandais. Le fondement de cette loi d'Azing consistait dans la règle "le sang le plus proche hérite du bien". Voir à cet égard, Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-regt*, By Dirk Boom, Amsterdam 1744, p. 285, § 8. Tandis que le fondement de celle de l'Échevin, en commun avec les Zélandais, était "le bien doit aller là d'où il est venu". Grotius donne lui-même cette explication dans le § 7 du chapitre XXVIII plus loin.

674 (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 20 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 8, defin. 7 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ* vol. 1, decis. 282, note 17, et vol. 2, decis. 5 et sur la coutume de Malines, tit. 16, nb 4 et art. 39 ; Nicolas Burgundus sur la coutume de Flandre, traité 1, nb 36 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 124, nb 18 ; privilèges de la Hollande du Sud, p. 395.

[**Sur la note 674 de Groenewegen van der Made**

Cela est sans aucun doute vrai, à un point tel que, maintenant, autant de patrimoines et autant de successions qu'il y a d'immeubles dans les places qui usent d'un droit différent, sont jugés différents, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 34 ; Burgundus, sur la coutume de Flandre, tract. I, nb 36, rapporte cela cela est en accord avec les usages de la Flandre.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXXXIX. Bien que la règle soit que la succession légale des biens meubles est régie selon les lois du domicile, cependant, avec prudence, pour attirer les étrangers, les États de Zélande ont statué le 16 décembre 1735 que les parents qui viennent habiter en Zélande avec leurs enfants, peuvent choisir le droit statutaire du domicile d'origine ou d'un autre endroit, pourvu que cela soit fait en présence du magistrat et avec un enregistrement fait dans les actes.

CCCXL. Du fait que la succession des biens immeubles est régie selon le droit du lieu où ils sont situés, la dette du défunt ne doit pas être également partagée, à partir de la règle de D. 28, 5 *(De l'institution des héritiers)*, 345 pr et § 1, entre les héritiers qui succèdent selon un droit différent, mais étant d'abord tenue ma raison de la valeur de chacune des parts du patrimoine auxquelles différentes personnes succèdent à partir d'un droit différent ; il faut partager à proportion entre chaque classe d'héritiers, mais lors, cela doit être payé par chaque cohéritier pour chacune des classes à proportion des parts héréditaires. Il ne semble pas devoir être fait de distinction entre la dette chirographaire ou confirmée par une hypothèque spéciale ou un gage, à savoir que cette classe d'héritiers allant être tenue qui devait payer plus tard, ait un recours contre l'autre classe pour être conservée sans dommage à proportion. Cependant, les charges qui sont purement réelles imposées aux immeubles eux-mêmes, suivent cette classe qui succède aux immeubles. D'autres choses semblent avoir ici agréé à la Cour Suprême chez Cooren, *Observationes*, obs. 21.

CCCXLI. Le mineur, les deux parents étant morts sans enfants, est présumé retenir le domicile originel du père dans les successions, à moins que le tuteur n'ait établi un autre domicile pour celui-ci, ce qui, à celui-ci comme au parent survivant à raison de la succession, est permis, enseigne la raison du droit, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. I, cap. 16.]

*

[164] Contenu du chapitre XXVII

[Tableau des degrés de parenté] [675]

Pour entendre la loi du pays, *il est utile de connaître les* parentés*, chap. XXVII, et la* loi du bailliage *et* de l'Échevin *et* les modifications qui y sont faites.

Pour connaître bien les parentés*, on doit être attentif à ce qu'il y a trois sortes de* parenté, la parenté ascendante, la parenté descendante et la parenté collatérale, *chap. XXVII.*

Au premier degré de la parenté ascendante, il y a le père *et* la mère.

Au premier degré de la parenté descendante, il y a les fils *et* les filles.

La parenté collatérale commence d'abord au second degré.

Au second degré de la parenté ascendante, il y a les grands-pères *et* les grands-mères.

Au second degré de la parenté descendante, il y a les enfants des enfants.

Au second degré de la parenté collatérale, il y a les frères *et* les sœurs, germains *ou* consanguins.

Au troisième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-grands-pères *et* les arrière-grands-mères.

Au troisième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-petits-enfants.

[675] (Note du traducteur) Ce tableau retrace en plus court le livre que le jurisconsulte Paul a consacré aux degrés de parentés et à leurs appellations avec des petits tableaux explicatifs, que l'on peut trouver dans D. 38, 10, 10, à l'occasion d'un passage qui semble reprendre non un extrait comme cela semble avoir fait pour les autres passages qui se trouvent dans la collection du Digeste, mais bien la totalité de l'ouvrage de Paul consacré à cette question. Il ne fait aucun doute à nos yeux que ce fut bien là le cas.

Au troisième degré de la parenté collatérale, il y a les enfants du frère *ou* de la sœur. *Au même degré, il y a* les oncles et les tantes.

Au quatrième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-arrière-grands-pères *et* les arrière-arrière-grands-mères.

Au quatrième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-arrière-petits-enfants.

Au quatrième degré de la parenté collatérale, il y a les petits-enfants du frère *ou* de la sœur. *Au même degré, il y a* les grands-oncles *et* les grands-tantes. *Au même degré, il y a aussi* les enfants de l'oncle *ou* de la tante*, appelés* les neveux ou nièces.

Au cinquième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-arrière-arrière-grands-pères *et* les arrière-arrière-arrière-grands-mères.

Au cinquième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-arrière-arrière-petits-enfants.

Au cinquième degré de la parenté collatérale, il y a les arrière-petits-enfants du frère *ou* de la sœur. *Au même degré, il y a* les arrière-grands-oncles *et* les arrière-grands-tantes. *Au même degré, il y a* les enfants des neveux ou nièces, *comme aussi* les enfants des arrière-grands-oncles *et* des arrière-grands-tantes.

Au sixième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-arrière-arrière-arrière-grands-pères *et* les arrière-arrière-arrière-arrière-grands-mères.

Au sixième de gré de la parenté descendante, il y a les arrière-arrière-arrière-arrière petits-enfants.

Au sixième degré de la parenté collatérale, il y a les arrière-arrière-petits-enfants du frère *ou* de la sœur. *Au même degré, il y a les* arrière-arrière-grands-oncles *et* les arrière-arrière-grands-tantes. *Au même degré, il y a* les enfants des arrière-arrière-grands-oncles *et* des arrière-arrière-grands-tantes. *Au même degré, il y a* les petits enfants des neveux *ou* nièces. *En outre, au même degré, il y a* les petits-enfants du grand-oncle *ou* de la grand-tante.

*

[165] Chapitre XXVII
Des parentés [676]

§ 1. Alors, avant que l'on puisse entendre la loi du pays, les parentés doivent d'abord être bien saisies.

§ 2. La PARENTÉ est de trois sortes : ASCENDANTE, DESCENDANTE et COLLATÉRALE.

§ 3. Les PARENTS ASCENDANTS sont pour moi *ceux qui ont engendré celui ou ceux qui m'ont engendré.*

§ 4. Les PARENTS DESCENDANTS, *ceux qui, par moi ou par mes parents, sont engendrés.*

§ 5. Les PARENTS COLLATÉRAUX, *ceux qui, avec moi, sont issus d'un ou de plus de parents communs, ou des parents de parents.*

§ 6. Avec le mot "moi", j'entends maintenant qui est celui de la succession duquel il est traité.

§ 7. LA PARENTÉ ASCENDANTE commence au premier degré ; ainsi le fait aussi la [parenté] *descendante* ; mais la [parenté] *collatérale* commence d'abord au second degré, parce qu'elle doit prendre sa racine d'un autre que celui de la succession duquel il est traité ; semblablement, la parenté du frère prend sa racine du père ou de la mère ou des deux ; celle de l'oncle, du grand-père ou de la grand-mère, et ainsi de suite.

---

[676] (Note de Groenewegen) Voyez ci-devant liv. I, chap. III et les *Institutes de Justinien*, III, vi *(Des degrés de parenté).* Selon les lois pontificales, il est totalement autrement parlé des parentés collatérales, voir Décret de Gratien, II, xxxv, 5, 6. Mais les lois romaines sont suivies en Hollande à l'égard de celles-ci, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de D. 38, 10 *(Des degrés de parenté et d'affinité).*

(Note du traducteur) Nous ne reprendrons pas ici le long extrait repris d'Isidore de Séville concernant les parentés pour la raison ici donnée par Groenewegen, à savoir qu'à l'égard des parentés collatérales, on ne suit pas en Hollande ce qui y est exposé, mais les seules lois romaines.

§ 8. Au premier degré de la parenté ascendante, il y a le père et la mère.

§ 9. Au premier degré de la parenté descendante, il y a les fils et les filles.

§10. Au second degré de la parenté ascendante, il y a les deux grands-pères et les deux grands-mères, à savoir du côté du père et du côté de la mère, dont le nom vient des quatre quartiers.

§ 11. Au seconde degré de la parenté descendante, il y a **[166]** les enfants des enfants, c'est-à-dire les fils du fils, les filles du fils, les fils de la fille, les filles de la fille, tout ceux que l'on a coutume ici dans le pays de nommer *enkels*, les petits-enfants.

§ 12. Au second degré de la parenté collatérale, il y a les frères et les sœurs germains, c'est-à-dire ceux qui viennent d'un même père et d'une même mère, comme ceux de demi-sang [ou utérins], c'est-à-dire ceux qui viennent d'un même père, mais non d'une même mère, ou d'une même mère, mais non du même père.

§ 13. Au troisième degré de la parenté ascendante, il y a les quatre arrière-grands-pères, autrement, les aïeux, ou les quatre arrière-grands-mères.

§ 14. Au troisième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-petits-enfants issus des fils ou des filles.

§ 15. Au troisième degré de la parenté collatérale, il y a les enfants de mes frères et de mes sœurs. Au même degré, il y a les oncles et les tantes du côté du père comme du côté de la mère et que le père ou la mère soit de plein ou de demi-sang.

§ 16. Au quatrième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-arrière-grands-pères, autrement dit les trisaïeuls, et les arrière-arrière-grands-mères, huit de chaque.

§ 17. Au quatrième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-arrière-petits-enfants.

§ 18. Au quatrième degré de la parenté collatérale, il y a les petits-enfants de mes frères ou de mes sœurs ; au même degré, il y a les grands-oncles et les grands-tantes, c'est-à-dire les frères et les sœurs de notre grand-père ou de notre grand-mère.

§ 19. Au même degré, il y a aussi les enfants de mes oncles et de mes tantes, qui, chez nous, en général, avec les parents collatéraux plus éloignés, sont nommés cousins et cousines ; mais, parce que les enfants de deux sœurs sont réciproquement à ce degré et que les anciens Germains ont coutume de faire plus de cas de la parenté qui vient par les femmes comme étant plus ferme (comme en témoigne Tacite), ainsi, les cousins et les cousines de ce degré sont appelés réciproquement des neveux ou des nièces.

[167] § 20. Au cinquième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-arrière-arrière-grands-pères, autrement appelés quatrièmes aïeuls, et les arrière-arrière-arrière-grands-mères, seize de chaque.

§ 21. Au cinquième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-arrière-arrière-petits-enfants.

§ 22. Au cinquième degré de la parenté collatérale, il y a les arrière-petits-enfants de mes frères et de mes sœurs ; au même degré, il y a les arrière-grands-oncles et les arrière-grands-tantes, c'est-à-dire les frères et les sœurs des arrière-grands-pères ou des arrière-grands-mères. Au même degré, il y a encore les enfants de mes cousins, tel que le mot est pris dans son sens large, comme aussi les enfants de mes grands-oncles et grands-tantes.

§ 23. Au sixième degré de la parenté ascendante, il y a les arrière-arrière-arrière-arrière-grands-pères, autrement appelés cinquièmes aïeuls, et les arrière-arrière-arrière-arrière-grands-mères, trente-deux de chaque.

§ 24. Au sixième degré de la parenté descendante, il y a les arrière-arrière-arrière-arrière-petits-enfants.

§ 25. Au sixième degré de la parenté collatérale, il y a les arrière-arrière-petits-enfants de mes frères et mes sœurs.

§ 26. Encore, mes arrière-arrière-grands-oncles et mes arrière-arrière-grands-tantes, c'est-à-dire les frères et les sœurs de mes arrière-arrière-grands-pères et arrière-arrière-grands-mères ; encore, les enfants de mes arrière-grands-oncles et arrière-grands-tantes ; encore, les petits-

enfants de mes grands-oncles et grands-tantes ; et encore en outre, les petits-enfants de mes cousins tel que le mot est ci-dessus pris dans son sens le plus large et les enfants des cousins de mon père ou de ma mère, qui, chez nous, sont appelés enfants des petits-cousins.

§ 27. Et ainsi, on pourrait continuer plus qu'il était nécessaire, chaque naissance faisant un nouveau degré et le nombre étant multiplié à chaque fois ; car, si l'on voulait distinguer tous les noms de parenté des hommes ou des femmes et semblablement, distinguer ceux **[168]** de l'homme ou de la femme qui sont venus dans la parenté ascendante, descendante et collatérale, ainsi, on trouverait qu'au premier degré, il y a quatre noms, au second, douze, au troisième, trente-deux, au quatrième, quatre-vingt-quatre, au cinquième, cent quatre-vingt-douze, au sixième, quatre cents quatre-vingt-huit [677].

§ 28. En matière de succession ab intestat, sont appelés des *parents* ceux qui sont nés dans un mariage et hors d'un mariage [678], étant excepté que les *enfants naturels* ou ceux qui sont issus des enfants naturels peuvent héritier ab intestat des biens du défunt en totalité ou en partie, pour autant qu'ils sont apparentés au défunt par le biais d'un engendrement hors mariage d'un femme [679] et non d'un homme [680]. Car, à l'égard des mères, les enfants illégitimes sont aussi bons que les légitimes, à moins que les enfants ne fussent adultérins, puisque ceux-ci et leurs descendants ne peuvent pas hériter ab intestat [681].

[**Note de Willem Schorer sur la note 679 de Groenewegen van der Made**

L'auteur traite ici de la succession des bâtards ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 11, selon son habitude, a labouré à pleine main et de façon savante ce qui avait déjà été disposé sur celle-ci dans l'ancien temps en Hollande. Il faut maintenant voir ce qui triomphera autre part dans les statuts des autres [régions]. Il est communément rapporté que, presque partout en Belgique, le proverbe *"la mère ne fait pas le bâtard"*, est valide et ainsi, cela a-t-il été disposé à Flessingue, voir la coutume de la ville de Flessingue, chap. 20, art. 2, p. 121, de même à Gand, coutume, rubr. 26, art. 11, et à Anvers, coutumes d'Anvers, tit. 45, p. 127-129, comme aussi dans le droit de la Gueldre pour les alleux, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, aux mots *erfrecht of successie ab intestato* - "droit héréditaire ou succession ab intestat", § 8. Car nous verrons immédiatement que les bâtards ne succèdent ordinairement pas aux fiefs. Cependant, pour les îles,

---

677 (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 10, 10 §§ 11-18.

(Note du traducteur) Nous ne reprendrons pas ici ces paragraphes, car ils s'étendent sur un grand nombre de pages et détaillent de façon beaucoup plus précise ce que Grotius a exposé dans son chapitre. Par ailleurs, le jurisconsulte Paul poursuit son examen jusqu'au septième degré de parenté. De même, il détaille le nombre des personnes prises en compte, ce qui aboutit au septième degré à compter un total de mille vingt-quatre personnes.

678 (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 10, 4 § 2.

Extrait du livre XII des *Digestes* de Modestinus : *« 2 - On entend que la substance de la parenté [par le sang]* (cognatio) *est double chez les Romains ; car certains sont parents par le sang selon le droit civil, certains sont liés selon le droit naturel, parfois la parenté s'unit selon les deux droits concurremment, le droit civil et le droit naturel. Et certes, la parenté naturelle s'entend par elle-même, sans la parenté civile par le sang, [elle est] celle qui provient des femmes qui enfantent des enfants indistinctement. Est civile par elle-même, que l'on appelle aussi légitime, la parenté sans le droit naturel par le biais de l'adoption. Il y a parenté par les deux droits quand elle est unie par de justes noces contractées. Mais la parenté est appelée naturelle certes, à ce titre même ; aussi la parenté elle-même est-elle appelée civile par elle-même de façon très entière à ce titre, cependant on appelle proprement parenté du côté paternel* (adgnatio) *celle qui survient par l'intermédiaire des mâles ».*

679 (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 8, 8 ; privilèges de la Hollande du Sud, p. 119, 190, 404, art. 11.

Extrait du livre XIV des *Réponses* de Modestinus : *« Modestinus a répondu que ne sont pas moins reçus aux biens de la grand-mère maternelle ab intestat les petits-enfants, pour la raison que communément, ils sont exposés avoir été obtenus ».*

680 (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 8, 4.

Extrait du livre VI des *Règles* d'Ulpien : *« Si un bâtard, intestat, est mort, selon le droit de consanguinité ou de la parenté paternelle, sa succession, à personne, ne revient, parce que les droits de la parenté par le sang et, de même, de la parenté paternelle, du père, naissent ; mais, au titre de la proximité, sa mère ou son frère né de la même mère peut réclamer la possession des biens de ce dernier à partir de l'Édit ».*

681 (Note de Groenewegen) Voir la Novelle LXXXIX telle que placée sous C. 5, 6, 6. Voyez en outre ci-dessus le chap. XVI, § 6.

Novelle LXXXIX, dernier chap. : *« À partir d'une union criminelle, incestueuse ou condamnée, les enfants ne doivent pas être appelés naturels, étant indignes de l'avantage de toute la richesses paternelle, de sorte qu'il ne sont pas nourris par le père ».*

on est exclu tant avec la succession maternelle que paternelle, coutume de Lille, tit. 1, art. 13 et le *Précis du droit Belgique*, § 9, p. 32, enseigne que la succession maternelle n'est pas sauvegardée pour les bâtards partout en Belgique, ce que Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 1, resp. 42, nb 3, signale ici être du ressort du droit coutumier, comme l'enseigne Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 67 quant au droit brabançon et français ; de même, Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, rubr. 8, art. 3. Quoi qu'il en soit, le bâtard succède toutefois ordinairement avec les enfants légitimes, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 93 ; Burgundus sur la coutume de Flandre, tract. 13, nb 3, aussi à la mère noble, voir Brunemann sur D. 38, 8 *(D'où les parents par le sang [sont appelés à la possession des biens])*, 4, nb 3 et 4, pourvu qu'elle n'ait pas d'enfants légitimes, voir Knobbaart sur la coutume de Gand, rubr. 3, art. 12, obs. 3, nb 2, et non seulement intestate, mais aussi contre la dernière volonté de celle-ci, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 293, nb 2, p. 573, à cet effet que le testament [fait] contre les devoirs est rompu par une plainte, voir Gomez, *Ad legem Tauri*, sur la loi 9, nb 12, p. 80 ; et, à raison des biens maternels, elle use du droit de retrait, voir Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 2, nb 271, p. 84. Dans le cas inverse, la mère succède aussi au bâtard mort sans enfants, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 150, nb 2 et 3. Il y a aussi l'illustre exemple dans l'histoire de la patrie entre le fils bâtard et les enfants légitimes de la fille de Baudouin IX, communément la *douce Margriet* ; elle avait en effet épousé en 1212 Bochard, seigneur d'Avesnes, auquel elle avait donné deux fils, Johan et Baudouin ; mais en 1215, [le pape] Innocent III a prononcé ces noces contractées à un degré interdit illégitimes. Par la suite, Bochard étant mort en 1218, elle se choisit comme mari Guillaume de Dampierre, un noble Bourguignon non seulement riche. Marguerite de Flandre, mise par la suite au pouvoir du comté de Flandre et n'étant pas encore morte, Jean d'Avesnes, fils majeur, bien que bâtard, après la mort§ de sa mère soutenait que, sur ce fief, la succession lui serait sauvegardée ; mais, cette même année, Louis IX, roi de France, étant intervenu, ce litige fut réglé avec une transaction, voir *Vaderlands Historie*, chap. 8, p. 388. Mais il est bellement demandé si cette succession dépassera la personne de la mère. L'auteur l'affirme ici et ci-dessous sur la chap. XXXI, § 4, note 756. Cependant, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 11, est en désaccord et nie que le bâtard succède aux parents consanguin s maternels ; et ainsi [le dit] van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 297, comme aussi du droit de Groningue, à moins qu'ayant été légitimés par un mariage subséquent ou par un décret des États, ils n'aient été admis à la succession, signale Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, aux mots *erfrecht of successie ab intestato*, § 8. Cette sentence me semble plus vraie, l'équité ayant été consultée ; sur cela, le grand président se trompe cependant [en disant] que les interprètes avaient suivi l'auteur qui marchait devant eux, du fait que, déjà, en 1608, il avait été répondu à La Haye, comme lui-même le rappelle, que le bâtard succédait à la mère et à tous ses parents consanguins, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part ?. I, cons. 91, et ainsi aussi à Dordrecht le 19 juillet de la même année, voir part. IV, cons. 46, et cela s'accorde aussi avec le statut d'Anvers pour la ligne ascendante et descendante, mais non de même pou la ligne collatérale, voir coutumes d'Anvers, tit. 45, art. 4, p. 127, et non seulement à la mère, mais aussi à la grand-mère maternelle, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 58, nb 20, comme indistinctement la coutume de Flessingue, chap. 20, art. 2, et van der Vorm, *Versterfs recht (Droit successoral)*, I, p. 209, et ainsi aussi quant au droit français, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 557 (ce que, cependant, Chasseneuz et Stokmans nient quant au droit français. De façon certaine, nous voyons immédiatement que cette succession est contraire aux coutumes de Bourgogne). Faure, dans son *Codex Fabrianus*, lib. II, tit. 33, defin. 7, signale que les bâtards succèdent à la mère et à ses parents consanguins, et van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 297, l'enseigne aussi ainsi dans les lois de l'Ommeland, de la région de l'Over-Ijssel, de la Drenthe et de Zutphen. En effet, on raisonne de la façon suivante, à savoir qu'il exclut les bâtards de la succession des parents consanguins, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 11 et, dans l'abstrait, chap. 12 aux mots *Si nunc quæras* - "Si vous demandez maintenant", comme aussi Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 12, § 10. Toute succession légale marche à partir de l'intention présumée du défunt et cela est vrai, bien que les lois des Échevins et de l'Azing s'appuient sur des fondements différents ; déjà, dit-il, la mère qui a donné naissance à un bâtard dans un accouplement doit être crue avoir consenti à la naissance de celui-ci ; cependant, cette présomption ne peut pas tomber sur les parents consanguins maternels. En outre, il ajoute que ces accouplements sont furtifs et ainsi, souvent ignorés du bâtard, et cependant, pour moi, de quelque façon, ils succéderaient à un parent consanguin de la mère, ce qu'assurément, la raison ne souffre pas. En outre, il observe que, dans la Veluwe, une partie de la

Gueldre, il a été expressément disposé que les bâtards succèdent à la seule mère pour les alleux, mais que, dans le cas inverse, les parents consanguins ne sont pas appelés à la succession des bâtards qui décèdent sans enfants, ce qu'a rejeté Bijnkershoek dans ledit endroit [en disant] que, comme injuste, cela n'a été reçu nulle part. L'auteur, liv. II, chap. XLI, § 29, note 978, et là, Groenewegen dans sa note, comme aussi Fredrik van Sande dans *Consuetudines feudales*, nb 2, p. 27, même si les enfants légitimes font défaut, voir Samuel Strick, *Examen juris feudalis*, cap. 15, nb 36, et pas même à partir d'un testament, chap. XLII, § 2, note 1019. Toutefois, cela triomphe autrement dans les usages de Flandre, voir de Clerk sur Wielant, tit. 95, obs. unique, nb 1, de même Burgundus sur la coutume de Flandre, tract. 13, nb 3. Voyez aussi les limitations sur ledit chap. XLII, § 2, note 1019.

Du reste, il est demandé si les bâtards se succèderont réciproquement. Cela semble devoir être affirmé et ainsi, a-t-il été répondu à partir du droit hollandais et cela a été aussi étendu aux enfants adultérins, comme [le dit] Bijnkershoek. Toutefois, cela ne doit pas être étendu aux enfants nés d'une relation sexuelle condamnée, voir Faure, *Codex Fabrianus*, lib. VI, tit. 33, defin. 7 ; Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 18, defin. 25, nb dernier.]

[**Sur la note 680 de Groenewegen van der Made**

Il est clair que le bâtard, à partir de la loi mosaïque s'est vu interdire du ministère divin jusqu'au dixième degré, voir Dt 23, 2, et déjà, dans les temps anciens, il est clair qu'il a été exclu de la succession paternelle à partir de l'histoire de Jephté qui, bien que décidé, à raison de la seule tache de sa naissance, était exclu par ses frères, voir Jg 11, 2 ; ce qui a été disposé à Anvers quand il y a des enfants légitimes, bien que le bâtard ait été légitimé, voir les coutumes, tit. 45 *(Des bâtards)*, art. 3, p. 127. La raison pour laquelle ils ne succèdent pas au père est la suivante, parce qu'il est très sottement imaginé que le bâtard est né sans père. Cependant, en France, le 9 avril 1731, il a été jugé à bon droit que le père n'avait pas d'intérêt dans le jugement dans lequel la cause du fils naturel était traitée, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 562. Toutefois, Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, diff. 12, nb 2, signale que le fils adultérin qui ignore l'adultère de sa mère ne prend pas à bon droit une part de la succession de son père putatif dans le tribunal du ciel et Gomez, *Ad legem Tauri*, sur la loi 80, nb 75, p. 582, [dit] que, dans ce cas, ce qui doit être fait envers la mère, [à savoir] que le fils est né d'un adultère connu.]

[**Sur la note 681 de Groenewegen van der Made**

L'auteur a déjà traité des enfants adultérins, liv. II, chap. XVI, § 6, notes 346 et 347, où il enseigne cependant qu'à partir de l'équité canonique, les aliments leur sont à bon droit laissés. Cependant, , selon la coutume de la Hollande du Sud, art. 11, et de Dordrecht, art. 12, les enfants nés de n'importe quel rapport sexuel, non seulement les adultérins, mais aussi les incestueux, sont appelés à la succession de la mère, voir Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 121, p. 744. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 11, observe que cela est clairement particulier, car l'enfant adultérin et l'enfant incestueux sont exclus également tant de la succession maternelle que paternelle, voir van der Vorm, *Versterfrecht*, chap. 4, nb 3, et il n'y a aucune différence entre le noble et le non noble, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 249, nb 10, p. 465. Et cela est vrai bien que, le mariage ayant été dissous, elle soit mère, voir les coutumes d'Anvers, tit 45, art. 7, p. 127, ce qui n'est toutefois pas partout d'un droit expédient, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis.58, nb 8.

Du reste, de même que les enfants adultérins et les enfants incestueux ne sont jamais appelés à la succession, de même aussi, à raison de l'union interdite, le fisc leur succède, comme [le dit] l'auteur ci-dessous, chap. XXXI, § 6, note 760.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXLII. Il semble certain que les enfants naturels ou les bâtards succèdent ab intestat non seulement à la mère, mais aussi aux parents consanguins maternels dans le droit zélandais, voie la *Keur* de Zélande, chap. 2, art. 23 ; les coutumes de Flessingue, chap. 20, art. 2 ; les coutumes de Middelburg, rubr. 14, art. 9 et 10, avec l'argument joint de D. 38, 8 *(D'où les parents par le sang [obtiennent la possession des biens])*, 2.

CCCXLIII. Dans la Hollande du Nord, le droit semble être le même après la loi de 1599 quant à la succession, art. 14, qui reçoit en aide le droit civil, en argument D. 38, 10 *(Des degrés, des parentés et*

de leurs noms), 4 § 2, D. 38, 8 *(D'où les parents par le sang [obtiennent la possession des biens])*, 2 et 4, Blondeel, *Versterfrecht*, p. 215 et suivante.

CCCXLIV. Mieux, en Hollande méridionale, la même chose peut être reçue à partir de l'équité du droit civil, à l'exception cependant de la Hollande du Sud strictement dite, voyez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 11, et le statut de 1433 chez van der Eyck, *Corte beschrijvinge, mitsgader handvesten, privilegien, enz., van den lande van Zuyd-Holland*, p. 190, ce qui n'apparaît pas avoir été modifié.

CCCXLV. Avec un droit particulier, il a agréé à Dordrecht que les enfants adultérins et incestueux succèdent aussi à la mère, voir la coutume [de Dordrecht], art. 70, chez van de Wall, p. 1353, et enHollande du Sud, la coutume, art. 11, chez le même, p. 1356.]

*

Contenu du chapitre XXVIII

[La poursuite du second tableau du second livre]

De la loi de l'Azing et de l'Échevin *et* des changements qui s'y sont produits, *chap. XXVIII.*

Du choix de la loi du pays, *chap. XXIX.*

De la succession ab intestat des personnes qui n'ont pas de parents, *chap. XXX. Là, du droit du comté.*

De la succession ab intestat des enfants illégitimes, *chap. XXXI.*

Comment est perdue la pleine propriété, *chap. XXXII.*

La propriété défectueuse *est expliquée en général, ce sous quoi entre la justice, chap. XXXIII.*

Le moyen de droit, *par lequel la propriété est amoindrie*, est successible *ou* non successible.

Les moyens de droit défectueux successibles sont les servitudes urbaines, *chap. XXXIV, ou* les servitudes rurales, *chap. XXXV, et les deux sont* acquises, *chap. XXXVI*, *ou perdues, chap. XXXVII.*

Les moyens de droit qui *sont* non successibles [sont] *ceux qui servent* à un avantage *ou à une* sécurité.

L'avantage *qui sert ces moyens non successibles est* actuel *ou* futur.

Les moyens de droit servant à un avantage actuel sont l'usufruit, *chapitre XXXVIII*, *ou* moins que l'usufruit.

L'usufruit *est* viager, *chap. XXXIX, ou* héréditaire.

*De l'*usufruit héréditaire, *il y a deux issues particulières*, l'emphytéose, *chap. XL, et le* tenure féodale, *laquelle* tenure féodale *est exposée avec son droit de succession ab intestat, chap. XLI, et on explique comment celle-ci est* acquise, *chap. XLII, ou* perdue*, chap. XLIII.*

Les moyens de droit utiles qui sont moindres *que l'emphytéose sont* le droit de jouissance *ou* les moyens de droit particuliers.

Les droits de jouissance *sont* le droit d'usage, *chap. XLIV, et* le droit de dîme, *chap. XLV.*

Les moyens de droit *moindres que le droit de jouissance sont le droit de cens ou de fermage, chap. XLVI.*

Des moyens de droit qui sont utiles pour un avantage futur, *il y a la particulière* espérance de propriété, *chap. XLVII.*

Le moyen de droit qui sert, *sur le bien d'un autre*, à la garantie *d'une dette est appelé* une hypothèque, *chap. XLVIII.*

*

Chapitre XXVIII
De la loi de l'Azing et de l'Échevin [682] et de la modification qui y est faite

[682] (Note de Groenewegen) Voyez l'instruction de la loi de l'Aesdom et de l'Échevin qui a été imprimée.

§ 1. Puisque chacun qui parle chez nous de la succession ab intestat a dans la bouche la "loi de l'Azing" et la "loi de l'Échevin", mais que la juste origine de ces termes avec son fondement est connue de peu de personnes, il sera nécessaire d'en dire quelque chose pour information.

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur traite dans ce chapitre de la loi de l'Azing et de l'Échevin ; van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 16 en totalité, rassemble très soigneusement les lois de succession de presque tous les peuples les plus civilisés.

Avec le plus grand soin, van der Vorm, *Hollands, Zeelands en West Frieslands versterfrecht*, a expliqué l'ordre de la succession ab intestat de toute la Belgique et de toutes les régions avoisinantes, de même Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, en totalité, en premier lieu nb 33. Cependant, il fait observer que ces deux ordonnances des États dont il est ici fait mention, ont modifié seulement l'ordre de la succession pour les alleux, comme [le dit] l'auteur ci-dessous, chap. XLI, § 9, note 927.]

§ 2. Les pays de Hollande et de Frise occidentale n'ayant pas été anciennement un seul pays, mais, avec le temps, à partir de beaucoup de morceaux cédés, apportés et autrement par la guerre étant réunis en un seul, ils n'ont pas pu, dans beaucoup de choses et particulièrement en matière de succession ab intestat, être mis anciennement en une loi uniforme, chaque partie étant très encline à rester gouvernée par ses anciennes coutumes, qui était aussi souvent commune avec les pays avoisinants. Pour cette raison, semblablement, la Hollande et la Frise occidentale a au Nord, la Frise et au Sud, la Zélande ; de celle-ci, la **[170]** Zélande a été la plus grande partie du temps sous les comtes de Hollande comme étant aussi comtes de Zélande et, pour la possession de la Frise par les comtes, de très graves guerres sont menées, ainsi, dans les pays de Hollande en matière de succession ab intestat, en partie, est utilisé un droit commun aux Frisons et en partie, un droit commun aux Zélandais, après que que les morceaux de la Hollande sont devenues voisines d' l'un ou l'autre pays ; l'Ijssel, non celui qui, venant de Westphalie, tombe dans le Zuyderzee, mais qui, auparavant, ayant pris son origine du Rhin, est arrêté par la nouvelle digue au-dessus d'Ijsselstein et qui, de là, court de travers à travers la Hollande, par Ijsselmonde, tombe dans la Meuse, a anciennement servi pour une notoire séparation de la Hollande, qui est encore conservée pour le service des biens du comté, d'une façon telle que tout ce qui est situé au Nord de l'Ijssel est appelé la Hollande du Nord [683], étant exceptés le Kennemerland et la Frise occidentale (sous laquelle entrent aussi le Waterland et le Zeevanck) ; semblablement, l'Amstelland et le Gooiland ont conservé leurs propres noms et administrations ; et ce qui est situé au Sud est appelé la Hollande du Sud [684] ; cependant, les pays de Voorn, Putten, Stryen, Arkel, Altena et Heusden ont conservé leurs propres noms et administrations. La Hollande du Nord alors, avec le Kennemerland et la Frise occidentale, comme touchant au plus près les Frisons et, certes, étant anciennement comprise pour la plus grande partie sous le nom de Frise, comme, de plus, les très anciennes lois frisonnes en portent d'autres indications, par lesquelles les Frisons sont partagés en trois morceaux, le premier entre la Weser et la Lauwers, le second entre la Lauwers et le Vlie (qui, maintenant, s'appelle proprement la Frise) et le troisième, entre la Vlie et le Zindval, a dans de nombreuses choses et en particulier dans la succession ab intestat, utilisé la loi des anciens Frisons. La Hollande du Sud, avec certaines autres parties nommées ci-dessus, a utilisé **[171]** la loi qui était aussi utilisée en Zélande et qui semble être la loi des anciens Francs ; nous appellerons celle-ci, pour la convenance, loi Zélandaise. Cependant, La Haye et Rotterdam,

(Note du traducteur) Voir également ce que nous avons remarqué à ce sujet ci-dessous dans la note 690.

[683] (Note de l'éditeur) Voir Bor, *Nederlandsche Historie*, liv. VII, fol. 21 ; Heemskerk, *Batavische Arcadia*, p. 412 ; Matthys van der Hoeve, *Privilèges* ; *Chronyk van Holland*, liv. II, cap. 3.

[684] (Note de l'éditeur) Voir les privilèges de la Hollande du Sud, p. 1 et suivantes.

bien que situées au Nord de l'Ijssel, l'une, ainsi le semble-t-il, par son commerce avec la Cour, l'autre par ses relations commerciales avec la Hollande du Sud, ont ici suivi la loi Zélandaise.

§ 3. Le fondement de la loi Frisonne est celui-ci : *le sang le plus proche reçoit le bien*, étant bien entendu que le sang descendant vient devant le sang ascendant (car, ainsi, anciennement, on disait ici *le bien ne remonte pas les fils*) [685] et l'ascendant pour les parents collatéraux, parce que la parenté des parents collatéraux vient des parents ascendants. Le mot ci-devant dit *le plus proche* était pris strictement, c'est-à-dire, comme on disait anciennement, pour "ongle le plus proche", d'une telle façon qu'aucune représentation n'était permise, et les enfants eux-mêmes de l'enfant décédé ne peuvent pas hériter tant que qu'il y avait à trouver quelques enfants au premier degré. Cette loi ne disait pas aussi d'où les biens étaient venus ; mais un enfant ayant reçu un héritage de son père et venant à mourir avant sa mère, ainsi ce bien allait à la mère et restait en continu à ce côté.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXLVI. La règle de l'ancienne loi de l'Azing [qui dit que] *le premier degré succède avant tous les autres*, souffrait deux exceptions, l'une pour les descendants qui étaient référés aux ascendants, l'autre pour les ascendants qui excluaient les collatéraux, voir coutumes d'Amsterdam, art. 2 et 3, *Handvesten [van Amsterdam]*, p. 446.]

§ 4. Le plein sang et le demi-sang n'étaient pas non plus envisagés ; mais les demi-frères avaient autant de droit que les frères germains. Le diocèse d'Utrecht a anciennement utilisé ce droit, d'une façon telle que, comme encore, il n'est fait aucune différence entre les frères germains ou les demi-frères et celui qui vit le plus longtemps hérite le bien de ses enfants ; certes, le droit de représentation, c'est-à-dire que les enfants viennent à la place de leurs parents, est d'abord introduit à l'avantage des enfants d'un enfant au moment où l'empereur Charles est devenu seigneur d'Utrecht [686].

[**Note de Willem Schorer**

Le diocèse d'Utrecht etc. Dans le diocèse d'Utrecht, il a été répondu qu'aucune différence n'était faite pour ce qui touche l'ordre de succession entre le frère germain, le frère utérin et consanguin, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 10, nb 3. Le droit est le même pour leurs enfants, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, art. III, cons. 128, nb 2. L'auteur enseigne en outre que la représentation, à l'époque de Charles Quint, a été seulement étendue aux enfants nés des enfants nés, ce qui, maintenant, procède pour les cousins germains, mais non au-delà, comme cela [a été dit] dans le nb 4 de ce même cons. 10 des *Responsa Ultrajectina*, et aussi ainsi, dans les *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 233, p. 515.]

§ 5. Dans la Veluwe (qui a été auparavant une partie de l'évêché), il n'est fait encore aucune distinction entre **[172]** les frères germains et les demi-frères et le droit de représentation y est d'abord introduit par le duc Willem en 1440 ; tout celui-ci est aussi trouvé comme tel dans le comté de Zutphen, aussi, d'une façon telle que que le proverbe cité ci-dessus, *le sang le plus proche reçoit le bien*, aussi bien dans le diocèse d'Utrecht, la Veluwe, le comté de Zutphen qu'en Hollande du Nord, au Kennemerland et en Frise occidentale, est connu.

[**Note de Willem Schorer**

Ce que l'auteur signale ici quant au droit de la Gueldre triomphe encore maintenant, comme il a été répondu à Zutphen le 13 janvier 1752, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 36, nb 11, 12 et 17, et cons. 37, nb 4 et 6. Fredrick van Sande, *Consilia feudalia*, nb 28, p. 28, signale que le droit de représentation, selon l'auteur, avait été inconnu tant en ligne descendante qu'en ligne

[685] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 2, dans la note.

[686] (Note de l'éditeur) Voyez en outre le placard des États d'Utrecht du 22 mars 1594.
(Note du traducteur) Charles Quint est devenu seigneur d'Utrecht en 1545.

collatérale en Gueldre et de même, à Zutphen. Ce qui a été reçu sur ce droit dans les Provinces Unies a été labouré à pleine main par Someren, *De repræsentatione*, cap. 14, § 1 et suivant.]

§ 6. Le fondement de la loi Zélandaise est *le bien doit aller là d'où il est venu* [687], avec une telle compréhension que les enfants viennent toujours à la place de leurs parents avec une seule main. Parce qu'il aurait été difficile de rechercher de qui le bien était venu, ainsi, on l'a pris selon ce qui est communément reçu (ce sur quoi les lois sont ordinairement à voir) [688] et c'est pourquoi il est fermement posé que le bien ne devait jamais aller du côté du survivant, c'est-à-dire au père ou à la mère qui pourraient venir à survivre à leurs enfants, parce que de ce côté, aucun bien n'était partagé ; mais les biens des personnes dont les parents étaient de part et d'autre morts, étaient adjugés à leur quatre quartiers, c'est-à-dire aux parents du côté du père du père, du côté de la mère du père, du côté du père de la mère, du côté de la mère de la mère et, si une plus grande subdivision pouvait être nécessaire, alors aux huit huitièmes ; semblablement aussi le bien des pupilles doit être administré avec le conseil des quatre quartiers du côté duquel les enfants étaient prouvés. Bien que maintenant, d'un côté, plus de biens puissent être venu que de l'autre côté, chaque côté attirait autant, à savoir un quart là où il y avait quatre côtés, un huitième là où il y avait huit côtés ; et, si quelque côté manquait, la part de celui-ci ne venait pas aux autres parents, mais au comté, comme cela fut entendu, il y a de nombreuses années, par la Cour de Hollande sur une affaire de Zierickzee [689].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur enseigne ici vers la fin que le fisc est en Zélande le successeur de la ligne qui fait défaut, ce qui s'appuie tout à fait sur le fondement de la loi de l'Échevin [qui dit] *le bien doit aller là d'où il est venu*, comme ci-dessous, chap. XXX, § 3, note 753, et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4, nb 5 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 27. Cependant, le droit romain est considéré plus juste, où le fisc n'est pas admis tant que quelque agnat ou parent consanguin d'une ligne quelconque est trouvé pour le défunt, voir *Responsa jurisconsulotorum Hollandorum*, part. III, cons. 97, nb 1 et 8. Mais l'auteur enseigne que le droit romain n'a pas été reçu en Hollande où le droit nouveau de l'Échevin est en vigueur le 1er avril 1580, et cela, à partir de l'art. 19 de l'ordonnance de 1580. De là, il semble s'ensuivre que le fisc, une ligne faisant défaut, est aussi appelé à la succession de la part vacante dans cette partie de la Hollande où il triomphe, voir Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, p. 750, aux mots *by deze occasie* - "à cette occasion". Ce que Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 27, n'admet en tout cas pas quant au droit zélandais non réformé, mais refuse quant à la loi de l'Échevin mêlée. Le fisc aussi succède en Flandre, de même, dans de nombreux autres endroits, comme de Haan, dans ses notes sur la coutume de Gand, rubr. 26, art. 6, le soutient avec de nombreuses choses. Cependant, le statut faisant défait, il est exclu et ainsi a-t-il été jugé par la Cour de Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 132. Le trésor qui succède prend possession des meubles de la maison du mort, mais les biens immeubles sont pris en possession par le pouvoir suprême, voir Burgundus sur la coutume de Flandre, tract. 13, nb 13. Toutefois, cela a été autrement reçu dans ces endroits où la nouvelle loi de l'Azing est en vigueur ; car, dans les cas non exprimés, on ne recourt pas à l'ancienne loi de l'Azing, mais au droit romain, comme [le disent] ici aussi l'auteur dans la note 735, van der Vorm, *Versterfrecht*, part. VII, §§ 7 et 8, p. 31, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12, aux mots *sed quæ tunc etc.* - "mais cela, alors, etc.".]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

687 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 2, dans la note.

688 (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 3, 5.

Extrait du livre XVII des *Digestes* de Celsus : *« Car le droit doit plus s'adapter à ce qui arrive fréquemment et aisément qu'à ce qui arrive très rarement ».*

689 (Note de l'éditeur) Voir *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e partie, partie III, avis 197, nb 6-20. Voyez en outre ci-après, chap. XXX, § 3 et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4.

CCCXLVI. L'ancienne succession de la loi de l'Échevin (dont on use encore en Zélande) achetée pour la conservation des biens de famille, les descendants faisant défaut, ordonne de rendre les biens au côté d'où ils ont présumés être venus par la loi, c'est-à-dire au père et à la mère encore survivants ou aux enfants de ceux-ci, la représentation étant admise à l'infini ; ensuite, aux grands-pères et aux grands-mères ou à leurs descendants ; après ceux-ci, aux huitièmes souches des arrière-grands-pères et des arrière-grands-mères, et ainsi de suite. Mais,l orsque le défunt est présumé ne rien avoir acquis du parent survu-ivant après la mort de l'autre, ni celui-ci ni des descendants ne pouvaient rien prendre. En outre, les biens ayant été ainsi partagés entre les souches par la loi, le droit d'accroissement cessait entre celles-ci.]

[173] § 7. Pour comprendre maintenant pourquoi la loi Frisonne est appelé loi de l'Azing et la loi Zélandaise loi de l'Échevin, il est utile de savoir qu'en Frise, anciennement, le bailli poursuivait le droit, mais que le jugement était prononcé par les voisins et, puisque les voisins n'entendaient pas tous aussi bien les procédures judiciaires (en particulier si celle-ci consistait en beaucoup de coutumes et termes coutumiers dont on ne pouvait pas sortir), ainsi, ils avaient pour leur président et guide une personne qui était appelée *Azing* [690], un voisin, cependant plus expérimenté que les autres ; celui-ci, en prenant lui-même connaissance de tous les délits, était tenu de les déférer au seigneur. Dans les anciennes loi de Frise, ce juge était appelé *Aetga*, chez nous, anciennement, *Azig*. Pour cette raison, dans les sources de l'ancien droit que le comte de Hollande avait en Frise occidentale, est aussi compris le droit de déplacer les échevins (*schepenen*), le bailli (*schout*), les *azigen* et les *vronen* aussi souvent qu'il le veut ; ce mot de *Vroon*, étant un nom de charge dans les lois de Frise, est écrit *Frana*. Dans la loi du Kennemerland écrite en 1291, nous trouvons ces mots : *De plus, ce que les Azigen prononceront dans le Kennemerland, les échevins le prononceront dans des causes de cette sorte comme les Azigen prononceront* ; et, par la suite, dans la loi de Frise occidentale écrite en 1310, nous trouvons : *Ce que les Azigen prononceront en Frise, les échevins le prononceront dans les causes de cette sorte comme les Azigen prononceront.*

§ 8. Les *keuren* et les coutumes du Rijnland nous enseignent que, là encore, depuis très peu de temps, le droit est possédé par un *Azing* [691] **[174]** (il y est appelé ainsi) et les voisins, d'une façon telle que ceux de Noordwijk et des autres villages ont obtenu d'abord au temps de l'empereur Charles que, désormais, à la place d'un *Azig* et des voisins, les échevins en posséderaient le droit ; ce changement ne fut pas fait à propos, puisque les voisins n'étaient

---

[690] (Note de Groenewegen) Celui-ci devait jurer que dans sa lignée, il n'y avait pour lui aucun noble dans les quatre quartiers de parenté et en signe de cela, il devait aussi chevaucher avec un étrier ; voir Matthys van der Hoeve, *Privilèges des anciens pays bataves [Handvesten van Oud-Batavia]*, liv. II, cap. 3, p. 89. Voyez en outre ci-dessus le liv. I, chap. XIV à la fin.

(Note du traducteur) Grotius évoque ici ce qu'il appelle *l'Aedomsrecht* et le *Schepensdomsrecht*. Selon S. J. Fockema Andreæ, le mot *Aesdom* vient de l'ancien frison : *â* signifiant "droit" et *sega* "celui qui dit", donc *asega* signifie "celui qui dit le droit". Quant au mot "bailli", *Schout* ou *Schepen*, il vient de *skeldhâta*, en ancien haut-allemand *scultheizo* devenu *Schultheiss* en allemand moderne. Cf. *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, Aanteekeningen, vol. II, S. Gouda Quint, Arnhem 1939, p. 190.

Asichdom, *asichdoem* ou en frison *âsega dôm*, signifie "jugement de l'*azig*", ce dernier étant donc un homme de loi. De même, *Schependom* signifie "jugement de l'échevin". Cet *Asich, azig* ou encore *azing* exerçait en Frise, mais aussi dans les anciens territoires frisons désormais rattachés à la Hollande dans le Nord au-delà de la Meuse et de l'Ijsel. Alors que le *Schependomsrecht* se rapprochait du droit romain en postulant que le bien retournait au côté d'où il venait, les régions soumises au droit de l'*Aesdom* conservaient le droit frison qui postulait que le bien revenait au plus proche de la parenté. Toutefois, dans les régions où régnait le *Schependomsrecht*, l'*Aesdomsrecht* pouvait étgalement être suivi dans certaines villes ou autres places. Un placard du 18 décembre 1599 sur les successions ab intestat devait régler la question de la façon suivante : elle accordait de conserver un droit particulier différent du droit commun tiré partiellement de l'*Aesdomsrecht* et partiellement du *Schependomsrecht*. Cependant, ce droit est resté dénommé *Aesdomsrecht* et il valait alors dans presque toutes les villes de Frise occidentale, du Kennemerland, de l'Amstelland, du Gooiland et du Rijnland.

[691] (Note de l'éditeur) Voir ordonnance des États de Hollande du 9 octobre 1577 imprimée avec les coutumes du Rijnland.

pas de bons juges , non plus, toujours les mêmes, mais tels que les parties au procès, de part et d'autre, portaient [leurs causes] au tribunal ; car *l'Azig* doit prendre avec lui tous ceux qui se trouvaient autour du tribunal étaient comme servant l'affaire ; semblablement, une telle chose se produisait ordinairement anciennement à l'égard des hommes de bonne naissance du Rijnland jusqu'en 1559, ce dont naissaient de nombreuses absurdités [692].

§ 9. Pour celui qui voudrait rechercher l'origine du mot *Azig* ou *Azing*, je pense qu'il ne trouvera pas facilement quelque chose de plus vraisemblable que le fait que *Azen* et *Aten* (car *s* et *t* sont échangeables comme on le voit avec *water*, *wasser*, *eten*, *essen, [wit, weiss]* [693] et de nombreux autres termes), dans le vieil allemand, signifiait "les lois", dont est venu que, dans les anciennes lois de Frise, les juges étaient appelés *Atten* et, maintenant encore, dans la Drenthe, les vingt-quatre *Etten*. De là aussi, vient le mot *Schoutaet*, car ainsi, les anciens écrits le tiennent à la place de ce que nous appelons appelons maintenant *[schoutet]* [694], c'est-à-dire "juge des dettes" (*schuld-rechter)* ; car, dans les anciens écrits, on trouve toujours *schoud* et *schoudig* pour *schuld - i. e.*"dette", et *schuldig - i. e.* "redevable".

§ 10. Mais ceux de Zélande et les autres ont eu de tout temps certains juges qui étaient assermentés et légalement choisis pour servir une année, lesquels juges, à raison du serment qu'ils avaient fait, étaient appelés [juges] jurés ou du nom qui, par les anciens Francs a aussi été connu, échevins (*schepenen*), parce qu'ils créaient (*schiepen*) les jugements [695], comme on le dit aussi dans certains endroits.

[175] § 11. Aussi, maintenant, en ancien hollandais, *doemen* [696] était dit pour donner un jugement, pour cela aussi, une sentence définitive était appelée *wysdom*, c'est-à-dire un jugement des sages, ainsi, un jugement fait par un *Azig* avec les voisins a été appelé *Azigdom*, et, de façon plus courte, *Aesdom* ; mais un jugement rendu par les échevins, *Schependom* ; et, puisque les *Azigen* prononçaient selon l'ancien droit de Frise, ainsi, le même loi était appelé loi de l'Azing et, puisque les échevins prononçaient selon le droit de Zélande, ainsi ce droit fut appelé loi de l'Échevin. Ces deux droits ont été longtemps aussi conservés à chaque époque dans leur action jusqu'à ce que les États de Hollande et de Frise occidentale, par leur ordonnance de police promulguée en 1580, par une mesure intermédiaire, aient cherché à mettre les choses en un droit uniforme.

---

[692] (Note de l'éditeur) Voir Octroi du roi Philippe de Castille comme comte de Hollande au bailli du Rijnland donné le 2 décembre 1559 et imprimé avec les coutumes du Rijnland.

[693] (Note du traducteur) Sont juxtaposés ici les mêmes termes d'abord en néerlandais, suivis de la forme allemande. Les deux derniers termes ont été rajoutés dans le manuscrit de Lund.

[694] (Note du traducteur) Grotius corrige le mot primitf *schout* en *schoutet* dans le manuscrit de Lund.

[695] (Note de Groenewegen) Certains ont là-dessus d'autres opinions, en disant que Charles appelé le Grand, à la fois empereur et roi des Francs, remarquant que les Saxons et les Westphaliens, étant souvent réduits, rompaient toujours leurs vœux et pour cela, a trouvé bon de placer des juges nationaux plus sûrs avec un pouvoir entier et indéfini pour condamner à mort les ci-devant dits parjures et autres délinquants aussi sans les avoir entendus auparavant et aider partout et, semblablement, les anciens Francs en ce temps-là avaient coutume de dire *créer* (*hinschaffen*), là où un tel juge était appelé *Schaff hin*, dont semble être venu le mot *Schepen* ; cette conjecture est plus vraisemblable, parce que, du ci-devant dit mot *Schaff hin*, le mot français *échevin* semble avoir pris son origine, bien que Loyseau, *Du droict des offices*, liv. V, chap. 7, nb 19, dise que le ci-devant dit mot *échevin* ne serait pas pris de *Schaff hin*, mais d'un autre mot français, *Eschever* (*i. e.* exécuter complètement). Voir Adriaen Junius, *Batavia*, cité par Kilian dans son *Dictionnaire* au mot *Schepen* ; *Nederlandts Kaerth.* d'Abraham Goos et avec celui-ci, Reinhard Telle dans sa *Description d'Amsterdam [Beschryving van Amsteldam]*, p. 175 ; Gouthoeven, *Oude Hollandsche Chronyk*, divis. 3, cap. 66.

[696] (Note du traducteur) On peut remarquer qu'en anglo-saxon et en ancien anglais, dont on sait qu'il a des origines germaniques, il existe également le mot *dome*, comme pour le fameux *Domesday Book*, qui avait été fait à la demande de Guillaume le Conquérant, le mot anglo-saxon *dom* signifiant "jugement, choix". Cet ouvrage, commandé à l'occasion d'un discours à Gloucester en 1085, était envisagé afin que les barons, les légats et les ruraux donnassent au roi une description de son nouveau royaume. Cf. Frederic William Maitland, *Domesday Book and Beyond*, C.U.P. Cambrige 1987, p. 1.

§ 12. Alors, puisque ce droit du pays suivait la loi de l'Échevin dans ses principales parties comme s'accordant au plus près à l'équité, ainsi, certaines de leurs places situées entre le Rhin et l'Ijssel s'y sont bien ajoutées par la suite ; mais les places situées au Nord-ouest du Rhin, comme celle de l'ancien temps, ainsi qu'il semble, avaient utilisé ce droit (car le Rhin est la plus ancienne séparation entre les Frisons **[176]** et les anciens Bataves, qui, partant de ce pays que l'on appelle maintenant dans le Gelderland, le Weduwe, arrivèrent en descendant entre le Rhin, la Waal et l'ancienne Meuse à côté de la mer) n'ont pas pu être apportées à cela, qu'en la matière de la succession ab intestat (étant excepté pour autant que cela concerne la parenté descendante), elles auraient abandonné particulièrement une bonne fois leur ancien usage, pour autant qu'il était favorable aux parents. En outre, le Rijnland étant situé des deux côtés du Rhin et ayant usé anciennement la loi d'Azing aussi bien au Sud-ouest qu'au Nord-est, il ne pouvait pas être bien distingué sur cette matière du droit du pays, d'une façon telle que les États de Hollande et de Frise occidentale ont dû accorder à la demande des ci-devant dites places, s'étant séparées du droit commun du pays donné en 1580, un droit particulier tiré de la loi de l'Azing et de celle de l'Échevin [697] ; suivant ce pas, quelques places qui, anciennement, avaient utilisé la loi de l'Échevin, ont obtenu que la même loi de l'Échevin sera utilisée dans leur territoire aussi plus loin que le ci-devant dit droit du pays de l'an 1580 le comportait ; en retenant cette distinction et ce changement, nous parlerons du droit de succession ab intestat tel qu'il est maintenant en usage aussi clairement et avec un aussi bon ordre qu'il nous sera possible.

§ 13. Tout d'abord, alors, tant que des parents descendants sont trouvés, ceux-ci sont seulement en droit à l'exclusion de tous les autre parents à la succession, d'une façon telle qu'avec ceux qui sont du premier degré, aussi ceux qui sont des degrés plus éloignés sans fin, à savoir les enfants à la place de leurs parents défunts, ils sont autorisés et que, par souche, toutes faisant ensemble autant de mains que le défunt a eu d'enfants au premier degré qui lui survivent ou qui, à leur place, ont laissé des enfants [698].

[177] § 14. Les enfants ou les petits-enfants ayant reçu quelques biens ou quelque argent pour l'avancement de leur mariage, un trafic ou un commerce et voulant par la suite partager avec leurs cohéritiers, doivent d'abord rapporter ces biens ou leur juste valeur telle qu'elle était au moment du don, dans le cas où les biens ne pourront pas être évalués ; mais, dans le cas d'une évaluation, ces évaluations pourront suffire au rapport et alors, ils partagent [la succession] comme selon les lois [699] ; laquelle chose a lieu aussi bien à l'égard du premier mariage que du suivant [700] et tout ce qui concerne les parents descendants est devenu un droit commun pour toute la Hollande et la Frise occidentale.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 699 et 700 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici est vrai de façon générale ; parfois, cependant, il souffre une certaine limitation ; supposez que l'un des fils, éminent, peut-être un artisan, a augmenté de patrimoine de son père avec son industrie et son travail, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, liv. I, chap. VI, § 1, note 113. En effet, dans ce cas, , il prendra quelque chose devant les autres dans le partage des biens de la famille à la faveur du jugement du juge (mieux, quant au seul droit de Gueldre, cela échoit au fils, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *collatie* - "contribution", § 4) et, parfois, le premier né le fera avec le droit de primogéniture, comme pour les fiefs ou à partir de la dernière volonté des parents. Mais il est demandé à quel moment devra être évalué le bien déduit dans la contribution. Dans l'ordonnance de police de 1580, art. 29, il a été disposé que ceux qui ont été contraints à la contribution, sont tenus de rapporter les biens eux-mêmes tels qu'ils étaient au

[697] (Note de Groenewegen) Par le placard fait sur la succession ab intestat le 18 décembre 1599.

[698] (Note de l'éditeur) Voir ordonnance de police, art. 20.

[699] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 29. Voyez ci-dessus, liv. II, chap. XI, § 13 et liv. II, chap. XVIII, § 11, note 403.

[700] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, ledit art. 29.

moment où ils ont été donnés, s'ils avaient été donnés sans estimation ; mais, s'ils avaient été estimés, ils pourraient s'en acquitter avec la contribution de leur estimation et il est ainsi au jugement de celui qui rapporte [de savoir] si a voulu rapporter l'estimation ou plutôt le bien tel qu'il est au moment de la mort, pourvu qu'il n'ait pas été détérioré par la faute de celui qui le rapporte, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 9.

Ce qui a été dit quant aux fils triomphera pour les petits-fils et il n'importe en rien [de savoir] s'ils seront pour lui des héritiers ou non ; ainsi, en 1698, a-t-il été jugé par la Cour de Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 141, si toute la légitime sera absorbée ou non, s'ils concourront avec les oncles paternels ou avec les autres petits-fils, du fait qu'il est d'un droit réglé que, en tout cas, les petits-fils succèdent au grand-père avec un droit de représentation et qu'en conséquence, ils pénètrent subrepticement à la place du père prédécédé en position intermédiaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 4 et 5. Mais, dans le cas inverse, le père en position intermédiaire sera-t-il tenu par le grand-père ou la grand-mère de rapporter ce qui a été donné au fils ? La Cour de Malines a jugé en 1682 contre la contribution, voir *Précis du droit Belgique*, § 15, nb 3, p. 142.

Du reste, il est demandé si la dot devra être rapportée, l'un ou l'autre des parents étant mort, en faveur du parent non encore mort et si elle devra être déduite pour partie ou en totalité dans la contribution. Il y a une distinction entre le loi de l'Azing et la loi de l'Échevin. En effet, dans les lieux où le droit zélandais triomphe, comme ici à Middelburg, la doit doit être rapportée dans la contribution en totalité pour l'utilité du propre parent survivant ; cela s'accorde à l'équité de toute part, du fait que le parent survivant n'est jamais admis à la succession ab intestat des enfants qui meurent sans enfants et c'est pourquoi il devra lui être donné un secours avec le remède d'une plus petite contribution. Il doit être statué autrement dans ces endroits où la loi de l'Azing est en vigueur ou bi !en où le parent survivant succède ab intestat eux enfants ; car ici, la dot donnée par les deux parents, l'un des époux étant prédécédé, doit être rapportée pour la moitié en faveur des frères, mais non du parent, du fait que l'autre part doit être rapportée seulement quand le parent survivant est mort ; cela aura principalement lieu pour le parâtre ou la marâtre qui ne sont en aucune manière tenus de doter les beaux-enfants, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 7. Cependant, aucune contribution de la dot ne doit être faite si la fille se tient à l'écart de la succession paternelle, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 166.

De nouveau, il est demandé si les dépenses des festivités nuptiales, du festin, etc., entreront dans la contribution.

La sentence des interprètes semble plus vraie et plus commune qui estiment que celles-ci ne doivent pas être rapportées, bien qu'il ait été autrement répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 130, mais cela est repoussé par Abraham de Pape, *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, p. 161. En effet, aucun avantage, aucun gain ne peut en parvenir au fils ou à la fille, parce que de tels festins nuptiaux sont considérés avoir été préparés plus en l'honneur des parents qu'en profit des enfants qui contractent les noces, voir Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 66, nb 1 et 2. Velasco, *Praxis partita et collata*, cap. 13, nb 55, ajoute une autre raison, à savoir parce que dans aucune loi, on ne trouve avoir été disposé que de telles dépenses sont rapportées ; déjà, il n'est rien rapporté *de jure*, à moins que cela n'ait été expressément disposé, aussi, bien que les enfants aient des biens propres, voir de même Velasco, nb 57. Cependant, à moins que ce ne soit clairement établi quant à la volonté des parents qui demandent la contribution ou que quelque chose de contraire ne triomphe à partir de l'usage de certaines régions. Il faudra statuer autrement pour les vêtements de prix, les bagues, les perles et autres ornements féminins qui ne périssent pas immédiatement et donnés en considération des noces, afin qu'elles s'avancent plus ornées, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 69, p. 166 ; Antonella, *De tempore legali*, lib. II, cap. 19, nb 49 ; Abraham de Pape, *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, p. 161, à moins que, clairement, une donation ne soit prouvée et ainsi a-t-il été répondu par l'auteur dans les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 164, au mot *collatie*, § 3. Du reste, l'interdiction de la contribution n'est pas à bon droit rassemblée dans le droit nouveau par des conjectures même pressantes et fortes, voir de même Velasco, *Praxis partita et collata*, cap. 14, nb 16 ; mais, dans le doute, il faut s'en tenir, pour le montant de la contribution, à l'annotation privée des parents, voir Voet, lib. 37, tit. 7, nb 5 ; Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De dotis collatione*, lib. 37, tit. 7, nb 6 et tout le titre. Cependant, en tout cas, il n'y aura pas lieu à la contribution quand le père aura fait lui-même le partage du patrimoine entre ses fils, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 42, nb 5, p.

178, ou le fils lui-même, comme nous venons de le voir sur la dot, en retenant la donation, aura repoussé la succession, des parents, à moins cependant qu'une telle donation n'ait été faite en anticipation de la succession, voir de Haan dans ses notes sur la coutume de Gand, rubr. 27, art. 1.

En outre, toutes les dépenses d'études sont présumées dans le doute avoir été données et ainsi a-t-il été répondu à Zutphen le 14 juillet 1755, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 26, nb 8 et 11, et plus souvent et de nouveau jugé, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 11, defin. 17, ce qui est toutefois limité, voir defin. 19, de même ledit cons. 26, nb 17, 18 et 19. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 2, nb 81 et 82, enseigne que les études ont été principalement privilégiées, de même Gomez, *Ad legem Tauri* sur la loi 29, nb 16 ; jusqu'à ce point qu'en Belgique, la dignité sacerdotale a été dispensée de cette charge, du moins cela a-t-il été répondu quant au droit de la Gueldre, voir ledit cons. 26, nb 14 et 15. Van Zurck, *Codex Batavus*, au mot *collatie*, p. 157 et suivante, et Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 66 en totalité, tiennent de nombreuses choses sur la matière de la contribution.

En outre, il faut relever, et cela est connu à partir du droit féodal, que, pour le nouveau fief, le successeur sera tenu d'apporter aux cohéritiers le prix auquel le fief avait été acheté, ce qui cependant tombe I. si le vassal a acuquis le fief du seigneur à titre lucratif, peut être avec une donation, car alors, la cause de la contribution cesse et en conséquence, son effet ; II. s'il peut être clairement montré que le testateur a remis la contribution sur le nouveau fief au successeur ; ce qui doit être de nouveau limité afin qu'une telle remise ne tombe pas dans une donation contraire aux devoirs ; supposez qu'avec une telle remise, la légitime a été amoindrie pour les enfants ; III. la contribution cesse si l'ancien fief a été changé en un nouveau fief ; IV. si le fief acheté a été élu en remplacement à la place du premier fief vendu, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, chap. 6, point principal 3, nb 9 et 10 à la fin, pour moi p. 146. De plus, pour la contribution, il doit être relevé que le testateur ne peut pas remettre la contribution au préjudice de la veuve ou des ses héritiers, bien qu'il ait acquis le nouveau fief à titre lucratif, comme [le dit] l'auteur ci-dessous chap. XLI, § 25, note 974. Mais que faut-il statuer si le nouveau fief a été acheté avec un échange ou une semblable raison onéreuse ? Alors, il faut recourir à l'estimation qui est considérée juste au moment de la mort et de la contribution, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 9 à la fin et nb 16.

Du reste, il faut relever que ce qui a été demandé non précisément ne doit pas être rapporté, mais selon la distinction que nous avons indiquée ci-dessus, liv. II, chap. X, § 9, note 270. Gabrielo Alavrez de Velasco, dans sa *Praxis partita et collata*, a débrouillé *ex professo* cette matière.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXLVIII. Les enfants qui succèdent au parent prédécédé en usant d'une communauté des biens avec le survivant, étant d'abord comptée toute la dot dans l'estimation du patrimoine commun, bientôt en partageant ce même patrimoine avec le survivant, dans la région de la Hollande septentrionale, apportent au survivant la moitié de sa part en tant que venue du prédécédé à imputer au surplus sur la moitié de celui-ci, ce que l'on doit tenir contre Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 7 ; après la mort su survivant, ils apporteront seulement à leurs frères l'autre moitié, voir B. van Sante, dans la partie de la Hollande méridionale et en Zélande, il a été largement reçu en faveur du survivant tout à fait exclu de la succession des enfants que toute la dot devait être apportée au survivant, voyez les places dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 45, et dans le supplément, part. IV, p. 243 et 244. La contribution qui a été faite en partageant le patrimoine commun au parent survivant, différente à la faveur de la région différente de la Hollande, doit être bientôt réclamée en, justice avec l'action du partage du bien de famille entre les cohéritiers du prédécédé et doit être imputée au surplus aux enfants qui ont reçu la dot ou d'autres biens, ce qu'ils ont apporté au nom du survivant lui-même, dans la mesure où cela est soumis à la contribution entre les enfants.

CCCXLIX. Dans cette contribution à faire au parent survivant, entrent non seulement ce qui a été donné à l'occasion des noces, du commerce ou d'une semblable chose, par les parents, mais aussi la simple donation faite aux enfants, toute l'analogie de notre droit demandant cette interprétation (voir l'ordonnance de police de Hollande, art. 29), voir la *Keur* de Zélande, chap. 2, art. 22, les coutumes de Dordrecht, art. 62 chez van de Wall, p. 1350, les coutumes de la Hollande du Sud, art. 10, de même, p. 1356.

CCCL. Les biens non estimés doivent être apportés au moment de la contribution ou peuvent être retenus à la faveur du prix auquel ils étaient au moment de la donation ; les biens estimés peuvent être retenus à la faveur du prix auquel ils avaient été estimés, voir l'ordonnance de police, art. 29.]

§ 15. Mais, concernant la parenté ascendante ou collatérale, une distinction doit être faite entre les places qui ont accepté le ci-devant dit droit du pays de 1580 et les places qui, en quelque façon, ont conservé la loi de l'Azing, lesquelles places sont Haarlem, Leyde, Amsterdam, Alkmaar, Hoorn, Enhuizen, Edam, Woerden, Naarden, Monikendam, Medemblik, Muiden et Purmerend, avec les autres villes, seigneuries, îles, villages et hameaux sous l'intendance des digues du Rijnland, le pays de Woerden à l'Est et au Nord du Rijnland, le pays de Woerden située en Hollande et en Frise occidentale, à l'exception de Waddingveen, Boscoop, Reewijk, Sluipwijk, Bloemendaal et Middelburg, avec leurs dépendances qui sont restées [régies] par le droit commun de 1580 [701].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLI. Il est permis, non sans raison, de douter, à partir de la déclaration des magistrats faite dans les assemblées le 10 septembre 1578 (voir les *Resolutien van Holland* de 1578, p. 18) et du 18 décembre 1599 (voir les *Resolutien van Holland* de 1599, p. 571), [de savoir] si l'ordonnance de police de Hollande sur la doctrine de la succession ab intestat aura été reçue en loi dans la cité de Briel et sur la terre de Voorn ; et il n'est pas évident que cette dispute ait été aussi déterminée par la Cour Suprême dans le cas [que l'on trouve] chez Cooren, *Observationes*, obs. 1, p. 7.

CCCLII. La colonie du Surinam use du droit de l'édit de 1599 sur les successsions à partir du décret des États Généraux du 30 août 1742, et l'île de Curaçao, à partir du décret du 17 novembre 1752. Les autres colonies dans les Indes orientales sont régies par l'ordonnance de police de Hollande à partir des décrets du 13 octobre 1629, art. 59, et du 14 avril 1763. Les colonies orientales et ceux qui font route vers elles usent certes de l'ordonnance de police déclarée par le décret du 13 mai 1594, mais avec ce tempérament que le parent survivant, des frères existant et leurs enfants pour le parent prédécédé, ceux-ci n'existant pas, succède pour la totalité dans la loi du 10 janvier 1661. De même, le droit a été accordé à la colonie de Berbice [en Guyane hollandaise], voyez la loi du 6 décembre 1732, art. 30.]

§ 16. Nous parlerons alors à l'égard de succession ab intestat allant à la parenté ascendante et à la parenté collatérale d'abord de tout ce que le droit commun dispose et, ensuite, nous en viendrons au droit particulier **[178]** des ci-devant dites places qui ont conservé en partie, tel que nous l'avons dit, la loi d'Aesdom.

§ 17. Selon le droit commun du pays, il doit d'abord être fermement posé que le lit duquel le défunt est né étant divisé, ni les parents, ni certains ascendants, ai aussi les collatéraux, le survivant se trouvant du côté du défunt, n'a droit à leur succession, à quelque part ou subdivision [702].

§ 18. Alors, quand le défunt n'a laissé ni père ni mère, qu'lors, la succession est faite en deux parts semblables, à savoir une du côté du père et une du côté de la mère, sans prendre en considération [le fait de savoir] si le défunt pourrait avoir laissé plus de biens paternels ou plus de biens maternels [703] ; mais, s'il n'a perdu un parent que d'un seul côté, ainsi, la succession va en totalité à ce même côté [704]. Pour cela, les frères et les sœurs étant seulement de demi-sang avec le défunt et les autres parents collatéraux ne se trouvant pour lui que d'un seul côté

[701] (Note de Groenewegen) Voir le préambule du ci-devant dit placard sur la succession ab intestat.

[702] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 26 ; un éclaircissement des États là-dessus suit le 13 mai 1594, au passage *dat niet alleen.*

[703] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 27.

[704] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus, §17, la note 702.

partagent avec une demie main [705], à moins que le défunt ne soit mort seulement du côté duquel ils se trouvaient pour lui ; car alors, ils partageraient [la succession] avec une main entière [706]. Alors, la représentation (qui est l'ancienne loi de l'Échevin) est seulement introduite pour les parents collatéraux pour les [petits-enfants] [707] du frère ou de la sœur, ensemble pour les enfants des oncles et des tantes, inclusivement comptés dedans ; mais pour les parents collatéraux plus éloignés, en général, la loi d'Aesdom est acceptée [qui dit] que le plus proche degré exclut le suivant et que ceux [qui sont au même degré], selon leur part, partagent tête pour tête (*per capita*) [708].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 706 et 707 de Groenewegen van der Made**
Si donc, quelqu'un meurt, sa mère étant déjà morte, mais le père étant survivant, et qu'il a un frère germain et un frère utérin né du premier mariage de la mère déjà morte, le frère germain et le frère utérin succèdent également au frère défunt, le père étant encore vivant, si le défunt n'a pas eu les biens maternels. Mais, si, le père étant mort, le frère est mort en laissant un frère germain et un frère utérin, dans ce cas, le frère germain survivant prendra en premier des biens de son frère germain mort la moitié de toute la succession en tant que patrimoine échoyant de la ligne paternelle ; mais, pour la partie restante de la succession, il concourra avec son frère utérin d'une façon telle que, de là, il prend une part égale, comme un patrimoine dû à la ligne maternelle.]

[**Sur la note 708 de Groenewegen van der Made**
Selon l'auteur, en ligne collatérale, le droit de représentation ne dépasse pas le quatrième degré ; cependant, encela, la loi de l'Aesdom diffère de la loi de l'Échevin où la représentation est admise à l'infini, même au-delà du dixième degré.]

§ 19. Ceci ayant donc été ci-dessus établi, il y a à savoir en plus que, par le défaut de parents descendants (dont il a déjà été parlé), le père et la père du défunt, **[179]** les deux vivant encore, sont héritiers en totalité de leurs enfants [709].

§ 20. Mais les deux parents ou l'un des deux manquant, la succession vient aux frères et aux sœurs, ensemble, à leurs enfants et leurs petits-enfants par représentation [710].

§ 21. Étant bien entendu qu'à l'égard des demi-frères et demi-sœurs et de leur enfants et petits-enfants, la distinction qui est indiquée ci-dessus dans le § 18 doit être suivie.

§ 22. Par défaut de parents descendants, du père et de mère, de frères et de sœurs et de leurs enfants, petits-enfants et autres descendants, ainsi a succession va comme cela a été dit ci-dessus, aux deux côtés [711].

§ 23. Et, dans le cas où, dans l'un ou l'autre côté ou dans les deux, il est trouvé un grand-père et une grand-mère encore vivant ensemble en mariage, ainsi, ceux-ci seront héritiers sur la totalité de leur côté [712].

§ 24. Mais un grand-père et une grand-mère manquant ou le lit étant divisé entre eux, ainsi, la succession vient aux oncles et aux tantes ensemble avec leurs enfants par représentation et par souches [713].

---

[705] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 23.

[706] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit éclaircissement au début.

[707] (Note du traducteur) Ici, Gorius a corrigé dans le manuscrit de Lund le mterme que comportait le texte original *kinderen* par *kindskinderen* qui est plus exact.

[708] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 28.

[709] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 21.

[710] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 22. En outre, si cela a aussi lieu lorsque quelqu'un, pour son crime, est condamné à mort sans que ses biens soient confisqués par le comté. Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle CXXXIV, cap. 13, telle que placée sous C. 9, 51, 11, nb 8.

[711] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 24.

[712] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 25.

§ 25. Dans les autres degrés plus éloignés, la loi de l'Azing est suivie, comme il est dit, avec l'exception que ceux qui sont issus des petits-enfants du frère ou de la sœur et qui, pour cette raison, sont au-delà du quatrième degré, sont toutefois préférés au grand-père et à la grand-mère et aux ascendants plus éloignés, comme aussi les grands-oncles et les grands-tantes, leurs enfants et descendants [714] ; cependant, ils héritent, comme il **[180]** est dit tête pour tête et non par souches [715].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLIII. Après la succession des descendants, du père et de la mère, des frères et des sœurs et de leurs enfants, du grand-père et de la grand-mère, et des oncles paternels des fils, l'ordonnance de police a déterminé toute la succession laissée en trois règles : 1°. afin que les ascendants dont l'époux est mort ne succèdent jamais, art. 26 ; 2°. qu'à la faveur du nombre des deux souches paternelle et maternelle, la succession soit toujours partagée en deux moitiés, art. 27 ; 3°. que le droit de représentation soit restreint pour les collatéraux aux petits-fils des frères et aux fils des oncles paternels, es autres sont admis avec la loi du degré, art. 28, à l'exception des descendants des frères qui excluent tous les collatéraux et parents du second degré, art. 24 et 25.

CCCLIV. Mais les États eux-mêmes semblent s'être écartés de cette sentence naturelle de l'ordonnance de police par une interprétation en 1594 et, à partir de l'ancienne loi de l'Échevin, avoir révoqué dans l'usage le partage de la succession er, quatre, huit ou un plus grand nombre de souches, cependant, d'une façon telle que, dans chacune des souches, le droit de représentation cesse après le quatrième degré et que le plus proche exclut le plus éloigné de la même souche, voyez Nieuwstadt, *Decisiones Supremæ Curiæ*, decis. 46 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 333 à la fin.

CCCLV. Cependant, b vous ne ferez pas de là que les petits-fils de l'oncle paternel, vu qu'ils ont été destitués du droit de représentation (voir l'ordonnance de police, art. 28), doivent être préférés à une souche plus éloignée de la même ligne qui est d'un degré plus proche, par exemple au fils de l'arrière-grand-père.]

§ 26. Cependant, à ceux de Rotterdam, à leur demande, il est accordé une particularité [716], [à savoir] que dans leur ville, le droit de représentation ou de fendre deux degrés plus loin est exclu que le droit commun du pays de 1580 le disposait, aussi bien à l'égard des descendants des grands-oncles, grands-tantes, arrière-grands-oncles et arrière-grands-tantes et autres parents ascendants collatéraux qu'à l'égard des descendants des oncles et tantes, frères et sœurs ; cependant, par une telle suite de succession ab intestat que le ci-devant dit droit du pays le dispose.

[**Note de Willem Schorer sur la note 716 de Groenewegen van der Made**

Le droit de représentation a été étendu non seulement à Rotterdam en 1604 jusqu'au sixième degré, mais aussi à travers tout le Schieland [région autour de Rotterdam], voir van der Vorm, *Zuid-Holland versterf-recht*, art. 28, § 61, p. 71.]

§ 27. Dans le cas où quelque occasion pourrait survenir qui paraîtrait ne pas être clairement déterminée par celui-ci, elle ne serait pas réglée selon les lois romaines, puisque celles-ci sont réduites à rien par le ci-devant dit droit du pays de 1580 [717], mais selon les présentation

---

[713] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 24-26 et l'éclaircissement suivi là-dessus dans le passage *dat niet alleen*.

[714] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit éclaircissement, dans le passage *dat de descendenten.*

[715] (Note de Groenewegen) Voir cet éclaircissement ici et l'ordonnance de police, art. 28.

[716] (Note de Groenewegen) En 1604.

[717] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 19.

générales qui, par nous, sont évoquées [718] et, en outre, selon la loi de l'Échevin dans laquelle cela avait eu lieu.

[**Note de Willem Schorer**
Voyez ce que nous avons relevé sur le § 6.]

§ 28. Mais, *dans les places ci-devant dites qui ont conservé la loi d'Azing, la succession va donc :*

§ 29. À défaut de parents descendants, la succession va en totalité au père et à la mère, les deux étant encore vivants [719].

§ 30. Mais, l'un des deux parents manquant et le défunt laissant des frères et sœurs germains, un ou plus, ainsi, celui qui vit le plus longtemps vient à la moitié de la succession, l'autre moitié allant aux frères et sœurs du défunt, germains ou de demi-sang, et à leurs enfants et petits-enfants par représentation, à savoir dans le cas où il y a des demi-frères et demi-sœurs, leurs enfants et petits enfants du côté du défunt [720].

[**Note de Willem Schorer sur la note 720 de Groenewegen van der Made**
Supposons sur le fils est mort en laissant son père et des frères consanguins ; déjà, le seul père succède au fils et exclut les frères consanguins. Mais, si le fils décède en laissant son père et des frères germains et utérins, le père prendra la moitié de la succession du fils, les frères germains ou utérins l'autre moitié.]

[181] § 31. Mais, si le défunt n'avait laissé aucun frère ou sœur germain, ainsi, celui qui vit le plus longtemps des parents hérite tout le bien, bien qu'il y eût aussi des frères et des sœurs de demi-sang [721] ou aussi les enfants et petits-enfants des frères ou des sœurs germains [722].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCLVI. Bien que les derniers mots de l'art. 3 de la loi de 1599 quant à la succession en Hollande septentrionale, excluent les frères du seul côté du parent prédécédé quand ils concourent avec le parent survivant, et défèrent à celui-ci seul la succession, une sentence que la Cour, le 3 novembre 1608, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 175, a suivie et que Grotius suit à cet endroit, également, clairement cependant, les premiers mots de cet art. 3 et la raison du droit les appellent à la moitié de la succession. Les deux Cours ont approuvé dans différentes décisions cette intention plus vraie de la loi après cet écrit de Grotius, voyez Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 20. La Cour Suprême a remarquablement découvert la cause de l'erreur dans la compilation de la loi, voir chez Cooren, *Observationes*, obs. 29.]

§ 32. Le père et la mère manquant tous les deux, viennent à la succession du défunt les frères et sœurs germains, leurs enfants et petits-enfants étant bien entendu pour autant qu'il y a des demi-frères et demi-sœurs ou les enfants et petits-enfants de ceux-ci, dans un tel cas, les frères et sœurs germains, leurs enfants et petits-enfants, par représentation comme ci-devant, partagent [la succession] pour une moitié, avec les demi-frères et demi-sœurs et les enfants et petits-enfants de ceux-ci du côté du père, et pour l'autre moitié, avec les autres frères et sœurs, leurs enfants et petits-enfants du côté de la mère ; et lorsque des demi-frères ou leurs enfants et petits-enfants sont trouvés seulement d'un côté, ainsi les frères germains, leurs enfants et petits-enfants par représentation, comme ci-devant, viennent avec les demi-frères et demi-sœurs, leurs enfants et petits-enfants à la moitié de la succession et les ci-devant dits frères et

[718] (Note de l'éditeur) Dans les chapitres III, IV, V, VI, VII, XIII, XIV, XV et XVI.

[719] (Note de Groenewegen) Voir le placard sur la succession ab intestat du 18 décembre 1599, art. 2.

[720] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 3.

[721] (Note de Groenewegen) À savoir, le défunt ne se trouvant pas du côté mort, comme cela aussi a été jugé par la Cour suprême de Hollande ; voir Cooren, obs. 29 et 30.

[722] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 3.

sœurs germains, leurs enfants et petits-enfants pour leur part seulement, comme n'ayant de ce côté aucun cohéritier [723].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLVII. Les petits-fils des frères et des sœurs germains, quand ils usent du droit de représentation, s'ils ont été joints au défunt par une double personne, reçoivent deux parts, voir en argument l'art. 12 de la loi de 1599.

CCCLVIII. Les fils des frères germains concourant avec un frère d'un seukl côté, les premiers aussi, sur la moitié qu'ils ont en premier, usent du droit de représentation, voir en argument les art. 11, 12 et 14 ; joignez la thèse IX.]

§ 33. Les frères et sœurs germains avec leurs enfants et petits-enfants, étant manquants et des demi-frères et demi-sœurs ou leurs enfants et petits-enfants étant de chaque côté en vie, les biens sont divisés en deux parties et partagés, comme une moitié [allant] aux demi-frères et demi-sœurs, leurs enfants et petits-enfants par souche du côté du père et l'autre moitié, aux demi-frères et demi-sœurs, leurs **[182]** enfants et petits-enfants par souche du côté de la mère [724] ; mais, dans le cas où aucun [frère ou sœur] germain n'est trouvé, mais des demi-frères et demi-sœurs, leurs enfants et petits-enfants et cela, seulement d'un côté, ainsi, ces frères et sœurs héritent et leurs enfants et petits-enfants par représentation de tous les biens laissés, à moins qu'un grand-père ou une grand-mère, un parent ascendant plus élevé (étant pour le défunt de l'autre côté), ne fût encore en vie, dans ce cas, les ci-devant dits demi-frères et demi-sœurs, leurs enfants et petits-enfants par représentation, hériteront une moitié et le plus proche parent ou les plus proches parents ascendants, tête pour tête, hériteront de l'autre moitié de tous les biens laissés [725].

§ 34. Le père et la mère, les frères et sœurs germains ou de demi-sang, leurs enfants et petits-enfants manquant, les biens du défunt viennent en totalité à la plus proche parenté ascendante tête pour tête, bien qu'aussi, d'un côté, il y eût les deux grand-père et grand-mère et de l'autre côté, seulement un grand-père ou une grand-mère en vie ; cela a aussi lieu pour la parenté ascendante plus élevée, pour le défunt, étant du même degré [726].

§ 35. Tous les parents ascendants manquant, ainsi, les descendants des petits-enfants du frère ou de la sœur qui sont, pour le défunt, au cinquième degré ou plus éloigné, tête pour tête, héritent de toute la succession du défunt, étant exclus tous les autres parents collatéraux et sans prendre en considération [de savoir] si ces descendants du défunt sont descendants de frères ou de sœurs germains ou de demi-frères et demi-sœurs [727].

§ 36. Tous les ci-devant dits parents manquant, les oncles et les tantes viennent tête pour tête avec leurs enfants du premier degré par représentation à la succession des **[183]** biens du défunt, sans faire de distinction [pour savoir] si les oncles et les tantes sont liés au père ou à la mère par un demi-lit ou un lit entier [728].

§ 37. Là où il n'y a aucun oncle ou aucune tante, les plus proches par le sang héritent, tête pour tête, de tous les biens sans aucune distinction [pour savoir] si la parenté vient de frères ou de sœurs germains ou de demi-sang, lesquels, suivant les grands-oncles et les grands-tantes avec les cousins, héritent tête pour tête [729].

---

[723] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 4.

[724] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 5.

[725] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 6.

[726] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 7.

[727] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 8.

[728] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 9.

[729] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 10.

§ 38. Pour ce qui regarde la succession collatérale, dans les régions ci-devant nommées, aucune représentation n'est conservée quand tous ceux qui viennent à la succession sont liés au défunt au même degré [730].

§ 39. Cependant, dans le cas où le défunt n'a aucun parent de sang laissé que les enfants des frères et des sœurs avec un enfant ou plus, ou un enfant d'un frère prédécédé ou d'une sœur prédécédée, ainsi, les enfants des frères et des sœurs héritent tête pour tête, mais les petits-enfants à la place de leur père ou de leur mère par représentation, sans préjudice de ce qui est ci-devant dit [731] du partage entre les enfants et les petits-enfants des frères et sœurs germains et des demi-frères ou des demi-sœurs [732].

§ 40. Dans les ci-devant dites régions, il n'est pas pris en considération d'où ou de quel côté les biens sont venus et si les biens sont hérités ou acquis, ou non [733].

§ 41. Les cas arrivant qui sembleraient ne pas être suffisamment déterminé par ce qui est ci-devant dit ne devraient pas être déterminés selon la loi de l'Azing ou la loi de l'Échevin, ni d'après le droit du pays de 1580 (comme n'ayant pas été fait à l'égard des ci-devant dites régions) [734], mais selon des lois romaines écrites, **[184]** comme cela est clairement voulu par les États [735].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLIX. La sentence de l'art. 14 de ladite loi de 1599 semble être la suivante, [à savoir] que non seulement on emploie le droit civil pour l'interprétation de la succession déterminée dans cette loi, dans la mesure où la raison de la loi le souffre, mais aussi qu'elle est appelée en aide pour déterminer les autres successions reçues dans le droit romain, mais laissées de côté dans cette loi.]

§ 42. Celui qui a donné criminellement l'occasion à la mort du défunt, tout plus proche consanguin qu'il soit, ne peut pas héritier [736].

[**Note de Willem Schorer sur la note 736 de Groenewegen van der Made**

Il est communément rapporté que *la main ensanglantée ne prend aucune succession*, comme [le dit] abondamment Anton Matthæus dans ses *Paræmia*, 6, et cela a été ainsi expressément disposé en Zélande, voir la *Keure* de Zélande, chap. 2, art. 26, et cela ni à partir d'un testament ni ab intestat, voir Gomez, *Resolutiones*, t. III, cap. 3, nb 51.]

§ 43. Certains du sang étant incapables ou non désireux d'hériter, ainsi, leur part aux autres qui, avec eux ou après eux, ont droit à la succession, liés au défunt du même côté, c'est-à-dire à raison du père ou de la mère [737].

---

[730] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 11.

[731] (Note de l'éditeur) Voir ci-dessus les §§ 18 et 32.

[732] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de la succession ab intestat, art. 12.

[733] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 13.

[734] (Note de Groenewegen) Voir à la fin du préambule du ci-devant dit placard.

[735] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard, art. 15.

[736] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 9, 3 ; D. 24, 3, 10 § 1 ; en argument, voir D. 50, 17, 134 § 1.

Extrait du livre V des *Règles* de Marcianus : *« Le divin [Antonin] le Pieux a décrété qu'était indigne celui qui, comme aussi, Marcellus, dans le livre XII de ses Digestes, le rapporte, très clairement, a été prouvé avoir fait en sorte que, par le biais de sa propre négligence et de sa faute, la femme, par laquelle il avait été institué héritier, fût morte ».*

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Si le mari a tué son épouse, Proculus dit qu'aux héritiers de l'épouse, l'action de dot doit être accordée, et à bon droit ; en effet, il n'est pas juste que le mari, à raison de son crime, espère profiter de la dot. De même, et en sens contraire, cela doit être établi ».*

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Personne, à partir de son délit, ne peut rendre meilleure sa condition ».*

[737] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 10, 1. Il est digne d'être remarqué que, lorsqu'un malade mental ayant reçu quelques succession legs ou aussi succession directe, sa maladie mentale durant, meurt par la suite, les ci-devant dits legs et succession échoient bien directement aux plus proches parents du malade mental décédé ; mais les ci-

*

Chapitre XXIX
Du choix du droit du pays [relatif à la succession ab intestat]

§ 1. Nous avons parlé de la succession ab intestat des apparentés d'après la décision du droit du pays aussi commun que local.

§ 2. Alors, nous avions dit ci-dessus [738] que la succession allait aussi bien PAR LE CHOIX du DROIT DU PAYS **[185]** qui est aussi inconnu selon les lois écrites, ce qui devra être exposé par après.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLX. le choix d'une certaine succession légale faite par un parent en faveur des enfants, ceux-ci mourant impubères ou après la puberté sans testament, donne l'héritier comme ab intestat et n'enlève pas l'aliénation entre vifs ou la disposition à cause de mort à ceux qui peuvent faire par l'âge aliéner ou faire un testament. Il peut être fait expressément ou tacitement, commeen ordonnant qu'ils rendent les biens au côté d'où ils sont venus ;voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 1 et 2 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 342.]

§ 3. Puisque la loi de l'Azing et de l'Échevin avaient chacune lieu anciennement sur les biens immobiliers situés dans leurs régions, ainsi, il arrivait souvent qu'une succession dût être partagée selon des lois différentes. Il arrivait aussi que le mari étant le seigneur et le tuteur du bien de son épouse, durant le mariage, cherchât à acheter beaucoup de terres situées sous la loi de l'Aesdom dans l'espoir que, survivant à son épouse et certains de ses enfants, le bien venu de son épouse, par le moyen des enfants, lui vienne ; sur cela, l'épouse et leurs parents souvent voulaient souvent le prévoir avant la conclusion du mariage ; semblablement, il arrivait bien aussi que l'un des futurs époux, ayant plus de biens que l'autre ou étant disposé à remporter beaucoup, obtînt quelque avantage plus important que la loi de l'Échevin le lui permettait ; pour cela, il y a qu'anciennement, il est entendu et coutumier que les époux, par les contrats de mariage, puissent choisir la loi de l'Azing ou de l'Échevin en général ou en partie à l'égard de la succession ab intestat des biens de leurs enfants ; ce choix avait lieu dans le cas où les enfants mouraient avant d'avoir pu faire leur dernière volonté ou aussi, dans le cas où ces enfants, n'ayant fait par la suite aucune dernière volonté, venaient à mourir sans véritable

---

devant dites successions échoient au contraire à ceux qui sont trouvés être, au moment de sa mort, les plus proches de celui du quel le ci-devant dit malade mental avait reçu la ci-devant dite succession, voir C. 5, 70, 7 §§ 7-8. Cela a aussi été entendu et prononcé par trois conseillers au Conseil de Frise choisis comme arbitres, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 8, defin. 9. Cependant, vu que la même chose consiste en certaines subtilités des lois romaines dites là-dessus, ainsi, il n'est en aucun façon plausible que cela soit suivi par la Cour de justice, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 70, 7 § 7.

Constitution de Gordien adressée à Marciana et donnée en 244 : *« Chaque fois, qu'à plusieurs enfants, la succession légale ayant cessé, la possession des biens est déférée, certains ayant laissé de côté le bénéfice de l'Édit perpétuel, pour ceux-ci seuls qui ont reconnu la possession des biens, il ne vient pas en doute que la part des biens non réclamés s'accroît ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« 7 - C'est pourquoi, un tel ordre ayant été disposé pour le curateur du fou, si quelque chose, par la suite, au fou, est arrivé, que cela, à partir d'une succession, d'un legs, d'un fidéicommis ou par n'importe quel autre moyen, arrive et que cela, avec la richesse de celui-ci, dans les mains du curateur, soit livré, à savoir pour faire un inventaire sur ces biens, aux soins de ce dernier, cela est établi dans la mesure où, si, certes, le fou s'était remis et avait perdu l'acquisition, à celui-ci, elle sera restituée. 8 - Mais, si, il est mort dans sa folie ou, étant revenu à la santé, il l'a refusée, si certes, il y a succession, à ceux-ci, elle sera rapportée, cependant, le voulant, c'est-à-dire le substitué, les héritiers ab intestat ou notre trésor, à savoir en observant que viennent à la succession ceux qui, au moment de la mort du fou, sont les plus proches de celui aux biens duquel ils étaient appelés, si, dans la temps intermédiaire, il n'était pas fou, toute garantie ou caution, que, par l'inextricable circuit de l'ancien droit, les auteurs ont introduite, étant coupée à la racine ».*

[738] (Note de Groenewegen) Voir ci-devant le chap. XXVI à la fin.

enfants nés [739], puisque les biens, dans les deux cas, allaient selon l'écrit du contrat de mariage [740], sans quelque retrait de la part légale ou de la part Trébellianique [741] ; puisque la succession,

[739] (Note de l'éditeur) En argument, voir D. 35, 1, 102 ; C. 6, 42, 30 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 6, defin. 6 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 121, nb 10.

Extrait du livre IX des *Réponses* de Papinien : *« Lorsqu'un grand-père a institué son fils et son petit-fils issu d'un autre fils, du petit-fils, il demande que, si, dans sa trentième année, il mourait, il remette la succession à son oncle paternel ; le petit-fils, ayant laissé des enfants, dans l'âge ci-dessus mentionné, a quitté la vie. J'ai répondu que la condition du fidéicommis, avec la conjecture de l'affection, avait fait défaut, parce que l'on a trouvé qu'il avait été moins écrit qu'il avait été [fait] ».*

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Alors que l'homme d'une intelligence très aiguë et à juste titre, devant les autres, excellent, Papinien, dans se Réponses, a établi que, si quelqu'un a institué son fils comme son héritier et qu'il l'a soumis à la charge de la rendre après sa mort, il n'est pas autrement considéré avoir disposé cela, si ce n'est lorsque son fils a, sans descendant, quitté la vie ; nous, nous étonnant à juste titre d'un sens de cette sorte, nous lui accordons un résultat très entier, de sorte que, si quelqu'un a disposé cela, non seulement en instituant son fils héritier, mais aussi sa fille ou, dès le début, son petit-fils ou sa petite-fille, son arrière-petit-fils ou son arrière-petite-fille ou une autre descendance ensuite, il l'a soumise à la charge de restitution après la mort, il n'est pas considéré l'avoir pensé autrement, à moins que ceux qui, de la restitution, ont été chargés, sans fils ou filles, petits-fils ou petites-filles ou arrière-petits-enfants, ne fussent morts, afin que le testateur ne soit pas considéré placer les autres successions devant les siennes propres ».*

[740] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 3 [*Des pactes*], 15 et sur C. 5, 14 [*Des pactes convenus*], 5 ; Novelle XIX de Léon. Celle-ci est différente des lois de Justinien, voir lesdistes lois de C. 2, 3, 15 et C. 5, 14, 5, qui, à l'égard de cela, sont encore conservées en Frise ; voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 2, defin. 7, et dans le diocèse d'Utrecht, voir Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 93.

Novelle XIX de Léon adressée à Stylianus, Maître des offices : *« Ne méprisant pas le zèle des autres (comme cela a été dit par nous antérieurement) ni pour ne pas céder à une gloire pour nous, nous avons procédé à la correction des lois, mais pour supprimer ce qui n'est pas utile jusqu'à ce qu'on puisse le faire de l'union des sujets ; sachant que, pour modérer la République, une juste constitution est la plus remarquable de toutes les lois. Car, celui qui a dit que les lois sont les yeux de la République, assurément, avec ma sentence, appelant celles-ci ainsi, n'a rien prononcé d'inconvenant. En effet, de même que la chose, principalement, est nécessaire pour un animal, ne titubant pas des yeux, de même, pour la République, un état juste et droit des lois. En conséquence, nous, administrant le soin de cela, après que nous avons connu, dans un Code choisi, la loi (qui, à raison d'une claire absurdité, dans les âmes des hommes, ne trouve pas du tout de place pour être reçue ; elle n'a pas, à plus forte raison, quelque force et effet. En effet, contraire à l'équité naturelle, elle a statué, [équité] qui, par les parents, aux enfants, est due et, contre le fils, au père, a ouvert une fenêtre à l'injustice ; mieux, le père a été contraint d'administrer pour lui l'usage, à un mensonge et à un dol, cela le rend exposé après que, dis-je, nous avons rappelé qu'il y avait une certaine loi de cette sorte, même si, aussi [c'est] avant notre constitution, la volonté commune des hommes a exclu qu'elle ne soit pas reçue ; cependant, nous, , nous n'avons pas moins supprimé à celle-ci toute fonction et tout usage avec ce décret. Pourtant, que dit-il ? Même si, dit-il, le père, alors qu' en mariage, il a uni son fils, il a promis dans un pacte que celui-ci, après son décès, serait, pour des parts égales, avec ses autres frères, héritier des biens paternels, cependant, au pouvoir de celui-ci, il y aura que, s'il l'a voulu, qu'il néglige un pacte de cette sorte et qu'aux autres enfants, il attribue plus, à celui auquel l'acte accordait une part égale dans la succession, il en assignera une moindre. C'est pourquoi, bien que cela n'ait aucun lieu ailleurs (comme nous l'avons dit) dans la République, avec notre décret aussi, comme envoyé en exil, par tous moyens, dans la République, nous en interdisons l'entrée. Mais nous avons statué que personnes des parents ne tente d'innover les droits des fils auxquels ils aurons promis dans les contrats de mariage qu'avec les autres enfants, une part égale serait observée. En revanche, si quelqu'un a promis de rejeter ses pactes et que les autres frères de celui-ci auront autant qu'il lui a été donné, à la part, a été trouvé retirer [quelque chose], que celui-ci sache, qu'avec un regret, la volonté modifiée doit être tenue pour invalide et vaine. En effet, à égalité avec ses autres frères, selon la pacte passé, le fils succédera aux biens. Aucune raison ne souffre que le mensonge, à la vérité, soit préféré et qu'à un animal raisonnable, il ne convient pas que les pactes convenus soient, par une interprétation, falsifiés. Pourtant, si [c'est] quelque chose d'autre, il est, de façon certaine, convenable qu'un homme [fasse cela], pour prêter sa foi avec ses mots, à moins qu'un autre de ceux-ci ayant corrompu la vérité avec des mensonges, étant privé de raison, il n'ait voulu retrancher ce qui, avec raison, a été procuré. Mieux, il n'est pas raisonnable que les parents, à ceux qui, également, d'eux, sont nés, ne montrent pas un soin égal et ne pourvoient pas également à leur vie, mais qu'ils veuillent que les autres aient des richesses plus grandes, mais aux autres, n'épargner rien ni n'avoir pitié de ceux-ci, même si, sans ressources, ils vont être vaincus dans la misère. Du reste, il est juste que, de même qu'à tous, étant bien nourris, à égalité, ils se voient partager une vie, de même aussi, pour celles-ci, les richesses sont partagées ; mais, en aucune manière, comme une balance à deux plateaux, aux uns, de façon plus légère, mais aux autres, de façon plus lourde, à la faveur de l'injustice de leur âme, ils ne l'attribueront ».*

Constitution de Valentinien, Gallien et Valérien, donnée en 267 : *« Le pacte qui a été embrassé dans un document dotal, "de sorte que, si le père a achevé sa vie, soit héritière à parts égales de son père celle qui a épousé le frère", ne pouvait contracter aucune obligation ni ôter au père de l'épouse la libre possibilité de faire un testament ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudius et donnée en 290 : *« Une succession, à des étrangers, dans un testament, est donnée. En conséquence, quand tu affirmes que, dans l'instrument dotal, un pacte a été placé à la place du testament, afin qu'après la mort de la femme, ses biens te parviennent, [biens] qui, au titre de la dot, envers toi, ne sont pas obligés, tu*

dans **[186]** ces cas, est entendue aller non comme par un fidéicommis, mais comme d'après le droit du pays [742] ; pour cette raison, aux enfants le pouvoir ici n'était aussi pas refusé de vendre quelques-uns des biens laissés, autrement, de les aliéner ou de le commander par une dernière volonté [743].

[**Note de Willem Schorer sur la note 741 de Groenewegen van der Made**
On peut voir ce qui [dit] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 23, tit. 4, nb 66.]

§ 4. En second lieu, les parents ou les arrière-grands-parents peuvent non seulement faire un tel choix par le contrat de mariage, mais aussi par leur dernière volonté à l'égard des biens qu'ils laissent à leurs enfants ou petits-enfants et un tel choix a la même force que le choix faite par un contrat de mariage, à moins que, dans la dernière volonté, il ne fût mis une interdiction d'aliénation ; car alors, à travers toute la Hollande (excepté à Amsterdam) les biens seraient liés d'une façon telle que les enfants, ni durant par une donation entre vifs ni par une dernière volonté, ne pourraient les aliéner, sauf pour les enfants, dans un tel cas, la libre déduction des parts comme d'après les lois [744].

§ 5. En troisième lieu, un tel choix du droit de succession peut être fait par un partage de biens ou une assignation [aux enfants] qui est fait à la Chambre des pupilles [745], laquelle chose a été introduite avec une très bonne raison, puisque le survivant est enclin à les assigner de façon beaucoup plus juste à ses enfants sachant que, par le prédécès de ces enfants, lesdits biens **[187]** lui reviendront à lui ou à elle, raison pour laquelle le choix de la loi aussi fait avec l'approbation des maîtres des pupilles, les tuteurs et les parents ayant été entendus, a la même force que si cela était fait par le contrat de mariage [746].

[**Note de Willem Schorer**
Puisque le survivant. Ce que l'auteur dit est vrai, [à savoir] qu'il est permis au père à partir de l'ordonnance de police des Hollandais que la succession maternelle soit rachetée avec un montant certain et d'établir quel degré de succession ab intestat le pupille va avoir, et est valide de la même façon que si celui-ci l'avait établi dans les pactes prénuptiaux. La raison dont use cependant Grotius et rejetée par Rodenburg, *De jure, quod oritur e statutorum diversitate*,, lib. IV,cap. 2, nb 1 et 2.
En outre, il faut relever que, si le fils justement déshérité estr admis par se »s frères à une partie de la succession, sou la condition ajoutée dans le partage qu'il laisse celle-ci intacte et la transette à ses enfants ou aux autres héritiers, il faut s'en tenir à un tel pacte, ainsi pour que chacun s'enlève dans ce cas la possibilité de tester quant à ces biens, voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 22.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 4 et 5**

---

entends qu'avec aucune action en justice, tu ne peux citer à comparaître ses héritiers ou successeurs pour qu'ils te rendent ce qui, en aucune manière, n'était dû ».

[741] (Note de Groenewegen) Voir ladite observation 121 [de Gail], dans le nb 2 et nb 3 ; avec l'argument de ce que rapporte Cooren, *Observationes*, obs. 20, nb 24. À moins que les héritiers, par le contrat de mariage choisi, ne fussent en outre chargés par celui-ci de délivrer les biens à un autre, dans ce cas ils peuvent retirer les ci-devant dites parts légale et Trébellianique comme selon les lois. Cela a été jugé par la Cour suprême de Hollande le 30 mars 1613, confirmant la sentence de la Cour de Hollande dans l'affaire d'Adriaen Adriaenszoon van Naerden, demandeur, contre Arent Meyners, défendeur.

[742] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 1 dans la note, et obs. 2.

[743] (Note de Groenewegen) Voir lesdites obs. 1 et 2 [de Nieuwstadt] dans les notes ; Cooren, *Observationes*, obs. 20, nb 16 avec les suivants et avis 9, nb 50 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis*, C. 5, 14 *(Des pactes convenus)*, 5 ; coutumes d'Anvers, tit. 41 *(Des droits concernant les personnes tenues)*, art. 4, 5, 6 et 7, dans lesquels il est traité [de savoir] comment et quand ils ne peuvent pas modifier leur contrat de mariage par une dernière volonté.

[744] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le chap. XX, § 5.

[745] (Note de Groenewegen) Voir ordonnance de police, art. 29 à la fin.

[746] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance, art. 29.

CCCLXI. Ce choix est fréquent dans l'usage non seulement dans les pactes prénuptiaux (voir la thèse CCXLI), mais aussi dans le testament des parents (non étrangers) et enfin, dans un pacte de partage qui a été fait entre le parent survivant et les parents consanguins des pupilles avec l'autorité du magistrat des pupilles. Dans les testaments chez les Zélandais, il a été seulement reçu dans la loi du 16 décembre 1735 et n'a cependant pas été permis à Zirickzee au préjudice du tiers dont [il a été parlé] ci-dessus dans la thèse CCCIII.

CCCLXII. Le choix de succession qui a été fait dans les pactes prénuptiaux ou aussi dans un pacte de partage regarde tous les biens des enfants d'où qu'ils aient été obtenus ; mais celui qui a été fait dans un testament étend sa force seulement à ces biens qui sont arrivés du parent testateur aux enfants, Arent Lybrechts étant ici en vain en désaccord, voir *Redeneerende vertoog over't notaris-ambt*, part. II, p. 481 et suivante.]

§ 6. Bien que maintenant, par le ci-devant dit droit du pays de 1580 et les éclaircissements qui ont suivi, la loi de l'Azing et de l'Échevin semblent suffisamment être tombées dans l'oubli, ainsi, cependant, le droit de choix demeure comme encore libre ; pour cette raison, les États, par le ci-devant dit droit du pays, disent qu'une telle chose aura lieu quand, par une dernière volonté, un contrat de mariage ou une assignation faite par la Chambre des pupilles, ce n'est pas autrement prévu [747].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXIII. On peut choisir n'importe quel droit de succession légale non seulement l'un ou l'autre maintenant reçu en Hollande, mais aussi, l'ancienne loi de l'Azing ou des Échevins, ou un autre d'une autre région. Il ne faut pas douter qu'en Hollande septentrionale, ce choix soit à bon droit fait.]

§ 7. Concernant l'acceptation d'une succession ab intestat, il est inutile d'en parler, puisque, sur cela, la même chose qui est dite de l'acceptation à partir d'une dernière volonté est conservée [748].

§ 8. Avec cela, nous espérons avoir pleinement exposé le droit de succession ab intestat des personnes qui ont des parents.

*

Chapitre XXX
De la succession de ceux qui ne laissent pas de parents

§ 1. Étaient anciennement tenues pour des PERSONNES SANS PARENTS toutes celles qui ne laissaient aucun parent au quatrième degré ; cette succession tombait au comté, comme on le voit de la loi de Frise occidentale de 1289, du droit de retrait, de l'ancien droit de composition et de transaction des parents et de beaucoup d'autres preuves ; mais, par la suite, par la coutume et en outre, par la volonté expresse des États (comme cela a pu être entendu ci-dessus), il est introduit qu' **[188]** aussi, les parents du cinquième degré et des degrés plus éloignés peuvent venir à la succession, d'une façon telle que le comté n'a aucun droit à la succession qu'à défaut du dixième degré, tel que selon les lois écrites, pour autant que cela concerne les degrés de parenté [749].

---

[747] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance, art. 29.

[748] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus le chap. XXI, §§ 6 et 7.

[749] (Note de Groenewegen) Voir la glose sur C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4 ; *Institutes de Justinien*, III, v *(De la successions des parents consanguins)*, § 5 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce passage. Mais en France, aussi des parents plus éloignés se voient permettre [de venir] aux successions ; voir Groenewegen en cedit endroit, ce que quelques juristes aussi prouvent avec les lois romaines ; voir Vinnen, Wesembeck, Eguinaire Baron sur ledit § 5 ; Pierre Goudelin, *De jure novissimo*, liv. II, cap. 15 dans le passage *sciendum*.

[**Note de Willem Schorer sur la note 749 de Groenewegen van der Made**
Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 22, rejette cette restriction au dixième degré qu'admet l'auteur.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCLXIV. Le droit civil approuve, et le droit hollandais l'indique tacitement, voir l'ordonnance de police, art. 24, que la succession ab intestat ne doit pas être restreinte au dixième degré de la parenté consanguine ; et la Cour Suprême, après l'écrit de Grotius, l'a décidé le 14 mars 1622, voir chez Bort, *Van't Hollands leenrecht*, part. V, tit. 3, chap. 10, nb 8 et 9, p. 174.]

§ 2. Car, bien que selon les lois écrites, les époux [750] et quelques autres qui ne sont pas des parents [751] sont admis à la succession des personnes décédées pour empêcher l'échéance ; de tels droits de succession n'ont cependant jamais été reconnus dans ces pays [752].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCLXV. Après tous les parents consanguins, il est probable que l'époux peut succéder à l'époux à partir de l'édit *d'où le mari et l'épouse* (*unde vir et uxor*) en Hollande septentrionale à partir de l'art. 14 de la loi de 1599 ; et il est clair que le fisc n'était pas ici certain de son droit chez Loenius, *Decisiones*, cas. 108 ; en Hollande méridionale, il semble qu'une autre chose a été reçue, voir Nieuwstadt, *Decisiones Supremæ Curiæ*, decis. 7, comme en Zélande, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12.]

§ 3. Le comté a un droit non seulement dans le cas où quelqu'un meurt tout à fait sans parents, mais aussi dans le cas où, à l'un des deux côtés, des parents pouvaient manquer, à savoir quand la succession, suivant ce qui est dit dans la chapitre XXVIII, § 18, et dans le chapitre XXXI, § 4, doit être amenée aux deux côtés ; car alors, par un défaut d'héritiers égaux, cette part est tenue pour échue et aussi, cela peut être suffisamment pris du ci-devant

---

« § 5. A cet endroit, nous devons nécessairement nous rappeler qu'avec le droit d'assignation, certes, est reçu quelqu'un à une succession s'il est au dixième degré, que, quant à la Loi des XII Tables, nous le demandions, ou quant à l'Édit dans lequel le préteur a offert aux héritiers légaux, de leur donner la possession des biens. Au vrai, au titre d'une proximité, à ceux-ci seuls, le préteur a promis la possession des biens, qui sont au sixième degré de parenté consanguine et à partir septième, à celui ou celle qui, du cousin ou d'une cousine, est né ».

[750] (Note de Groenewegen) Voir tout les titres de D. 38, 11 et C. 6, 18 *(D'où le mari [obtient pas possession des biens)*].

Les deux titres en questions sont exactement les mêmes. Celui du Digeste comprend un seul extrait et celui du Code une seule constitution. Nous pouvons donc les proposer ci-dessous.

Extrait du livre XLVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Pour que la possession des biens puisse être demandée "[au rang] d'où le mari et l'épouse [sont appelés à la possession des biens]"* (unde vir et uxor)*, il faut qu'il y ait un juste mariage. Du reste, si le mariage était injuste, en aucune manière, la possession des biens ne pourra pas être demandée, de même qu'à partir d'un testament, la succession ne peut être acceptée ou que, selon les tablettes [du testament], la possession des biens ne peut être réclamée ; en effet, rien ne peut être pris à raison d'un injuste mariage. 1 - Mais, pour que cette possession des biens ait lieu, il faut que l'épouse existe au moment de la mort. Mais, si un divorce, certes, s'est ensuivi, que, cependant, légalement, le mariage dure, cette succession n'a pas lieu. Mais cela, dans les espèces de cette sorte, fonctionne. Une affranchie, de son patron, contre son gré, divorce ; la Loi Julia quant à l'organisation des mariages conserve celle-ci dans le mariage, le temps suffisant pour qu'elle ait empêché celle-ci d'en épouser un autre contre le gré du patron. De même, la Loi Julia sur les adultères, à moins qu'avec un certain moyen, le divorce n'ait été fait, pour non fait, le tient ».*

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Hierus et donnée en 428 : *« Le mari et l'épouse, ab intestat, réciproquement, se succèdent en totalité à la faveur de l'ancien droit, chaque fois que fait défaut toute succession légale ou naturelle des parents, des enfants ou des proches, le fisc étant exclu ».*

[751] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 6, 62 *(De la succession des décurions, des naviculaires, des soldats de la cohorte prétorienne et des artisans).*

Ce titre comprend cinq constitutions.

[752] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 6,18 *(D'où le mari et l'épouse [obtiennent la pôssessiondes biens])*, 1 et sur C. 6, 62 *(Des successions des décurions, des naviculaires, des soldats des cohortes et des artisans).*

dit droit du pays de 1580 que, étant empêchée dans un tel cas la fente qui est introduite par la loi, la part d'un côté ne peut pas accroître [celle] du parent de l'autre côté [753].

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 2 et 3**

L'auteur abroge ici simplement sans aucune limitation les titres 11 du livre 38 du Digeste et 18 du livre 6 du Code (*D'où le mari et l'épouse [obtiennent la possession des biens]*) et, les parents consanguins faisant défaut, il préfère le fisc au parent survivant ; mais Boel sur Loenius, *Decisiones*, cas. 108, p. 685, aux mots *dat wy alsdan* - "que nous, alors", et sur le même cas, p. 683, aux mots *maar waneer de erfnisse* - "mais, quand la succession" soupçonne que l'auteur a trop favorisé le fisc à la faveur de la charge autrefois acquittée, de nouveau dans le cas. 121, p. 746, et ainsi aussi [le dit] Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 10, 10 *(Des biens vacants)*, 4. Je doute cependant beaucoup [de savoir] si cette accusation nuira à l'entière foi de l'auteur ; car, alors qu'il a écrit cela en 1620, il avait déjà été condamné à la prison perpétuelle, voir Brand, *Het leven van Hugo de Groot (La vie de Hugo de Groot)*, p. 236 et les biens de celui-ci avaient déjà été adjugés au fisc, et cela à l'encontre du privilège exprès d'Albert de Bavière accordé aux gens de Delft à La Haye le 6 juillet 1394, voir Brand, p. 222. À partir de là, il s'ensuit que le reproche de l'avisé Boel s'appuie en tout cas sur un fondement faux et delà, ces larmes ; car, dans ledit cas 108, p. 685 et suivante, au mot *want* "car", il rassemble à partir de conjectures que l'auteur avait compilé cette introduction en 1609 ou vers cette époque, assurément avant 1613, lorsqu'il fut créé syndic à Rotterdam, cependant, sous de mauvais présages. Quoi qu'il en soit, Stokmans, *Decisiones Curiæ Brabantiæ*, decis. 64, signale que ce droit triomphe dans le duché de Brabant, comme [le dit] indistinctement aussi du droit hollandais van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. III, cap. 15, nb 12, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. III, chap. 15, nb 7, et Bijnkershoek embrasse cette doctrine de l'auteur dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12, bien qu'il dise que cette succession, contre le gré de l'équité, était tombée en désuétude ou plutôt, n'avait pas été reçue, di fait qu'elle avait été introduite à raison de l'amour réciproque entre les époux qui, jusqu'à ce jour, comme chez les Romains, triomphe ordinairement. De là, dans la dernière phrase, il ou' principalement Lambert Goris qui a soulevé toute la pierre pour montrer que cet édit n'a jamais été abrogé en Gueldre ou si, anciennement, il a été révoqué dans l'usage. Mais nous avons vu ci-dessus, liv. II, chap. XII, § 4, note 294, que dans le duché de Gueldre, toute libéralité faire d'une quelconque façon était ici illicite entre époux, à l'exception du seul usufruit. En outre, Boel, sur ledit cas. 108, p. 687, signale avec toute la troupe des jurisconsultes que, dans ces endroits, cette succession des époux triomphera et que la succession conjugale n'est pas du tout contraire aux statuts de Zélande. En effet, il est disposé là [dans la *Keure* de Zélande], chap. 2, art. 22, que, si les enfants refusent d'apporter les biens reçus des parents, le père ou la mère survivant sera admis à tout le patrimoine commun ; à cela, sont ajoutés les art. 12 et 13 de la coutume de Flessingue, chap. 16, p. 102. En outre, à partir de Rittershuis et d'autres, il enseigne p. 687, que l'époux survivant succède tout à fait ab intestat au prédécédé, si, à côté du lien du mariage, ils étaient réciproquement joints par le sang à des degrés qui n'interdisent pas les noces, pourvu qu'ils soient proches. Et, dans le droit saxon, selon le droit civil, si la veuve était démunie et le défunt riche, elle est admise au quart de toute la succession, si trois ou moins d'enfants sont survivants ; mais, s'il y en a un plus grand nombre, à une part individuelle, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 163, nb 11. Someren, *De jure novercæ*, cap. 10, § 1, admet cette soustraction du quart en totalité, bien que le statut interdise toute gratification entre les époux. Mais, dans les usages d'Utrecht, il signale qu'elle a disparu, à raison de la communauté de tous les biens introduite ici ; et Groenewegen pense que, pour la même raison, que toute succession conjugale a été abrogée en Hollande, que cependant, rejette Bijnkershoek à juste titre, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12, aux mots *inepta igitur* "hors de propos donc", et il signale qu'il n'y a aucune raison à l'abrogation de la loi ou plutôt, à ce qu'elle n'ait pas été reçue. De façon certaine, l'argument de la communauté est pour moi peu valide, du fait qu'elle peut être exclue dans le pacte prénuptial. Et il

[753] (Note de Groenewegen) Mais voyez contre cela C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4 et là Groenewegen, *De legibus abrogatis* ; coutumes d'Anvers, cap. 45 *(Des bâtards)*, art. 6 ; Evraerts, *Consilia*, cons. 22, nb 4-10.

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Palladius, Préfet du prétoire, et donnée en 421 : *« Nous ordonnons que les biens vacants des morts, au fisc, soient transférés, si un intestat n'a laissé aucun héritier de n'importe quelle ligne de sang ou légal au titre du droit ».*

a été jugé dans le tribunal saxon en 1599, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 18, defin. 31, que les agnats et les parents consanguins faisant défaut, les époux se succédaient réciproquement et étaient préférés au fisc. Dans la Flandre autrichienne, Boel [sur Loenius, *Decisiones*, cas. 108], p. 687, signale que cette succession des époux triomphe aussi, mais non partout de la même façon, car il énumère de nombreux endroits, parmi lesquels il y a Bruges où le mari est héritier nécessaire de son épouse ; mais ici, l'épouse peut à son plaisir repousser ou accepter le a succession du défunt. Dans la loi municipale de Gand, il a été expressément disposé qu'ils étaient entre eux réciproquement des héritiers nécessaires, *mits dat zy elkanders sterfhuis niet vlieden mogen* "avec le fait qu'ils ne peuvent réciproquement pas s'enfuir de la maison mortuaire", voir coutumes de Gand, rubr. 26, art. 20, ce qui a été ainsi reçu ici dans de nombreux endroits.

La sentence des jurisconsultes semble aussi plus vraie, qui limitent cette doctrine de l'auteur quant au droit hollandais et ceux qui distinguent entre la loi de l'Azing et celle de l'Échevin ; en effet, là où la loi de l'Échevin est en vigueur, selon l'auteur, ils écartent totalement l'époux survivant de la succession de l'époux prédécédé, parce que, dans l'ordonnance de police de 1580, art. 19, le droit romain a été abrogé, comme [le dit] l'auteur lui-même sur le chap. XXV, § 12, dans la note 471. Mais, dans cette partie de la Hollande où la loi de l'Azing a été reçue, la sentence l'auteur peut à peine être admise, parce que, dans cette loi, rien n'a été affermi sur la succession du mari et de l'épouse, mais, dans l'ordonnance expresse des États, il a été disposé que, comme l'a enseigné l'auteur lui-même sur le chap. XXVIII, § 41, dans la note 741, que toutes les successions non déterminées selon cette loi, seraient déterminées selon le droit romain. Déjà, à partir de ce droit, il n'y a aucun doute que, les parents consanguins faisant défaut, les époux pourront se succéder réciproquement ab intestat, voir D. 38, 11 *(D'où le mari et l'épouse [obtiennent la possession des biens])* et C. 6, 18 *(même titre)*, ainsi aussi quant au droit hollandais, voir Someren, dans ledit chap. 10, § 2, p. 170 dans la note. Tobias Boel sur Johan Loenius, *Decisiones*, cas. 108 et cas. 121, p. 750, aux mots *en vervolgens* "et ensuite", et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 26, ont repoussé aussi cette sentence illimitée de l'auteur. Si cela procède, ni les sentences de la Cour, ni celles de la Cour Suprême qu'à partir de Nieuwstadt, indique Bijnkershoek, [*Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12, aux mots *inepta igitur*], n'anéantissent les procès. Car ici, le procès né entre les héritiers légitimes d'une matrone de Delft et son mari survivant a été décidé en faveur des héritiers. Déjà, cette ville est régie par la loi de l'Échevin, voir Voet, lib. 38, tit. 17, nb 26, et cette raison, si je ne me trompe, [est celle] pour laquelle le mari a succombé dans la cause. Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 46, nb 11, signale que cette succession a été reçue à Bruxelles à raison des meubles, mais, pour celle des immeubles, il perçoit ici l'usufruit tant qu'il vit et, de même, à partir de la loi municipale à Anvers, Utrecht, Berg-op-Zoom, le survivant obtient de la vaisselle et des biens meubles ce privilège qui appartenait principalement à celui-là, voir Someren, dans ledit chap. 10, § 3, dans la note, p. 173. Quoi qu'il ait été dit sur cette succession, il faut toujours le tenir quant au mairage dissous par la mort, non par un divorce, voir Bijnkershoek dans ledit chap. 12, aux mots *Si nunc quæras* - "Si maintenant, vous demandez". Ce que j'ai déjà relevé quant à la séparation de table et de lit, liv. I, chap. V, § 20, sur la note 95 est à bon droit ici appliqué, à quoi est ajouté Voet, lib. 38, tit. 11. Cependant, à partir de la loi de l'Échevin mélangée, Voet observe, nb 27, contre l'auteur que, l'une ou l'autre des lignes faisant peut-être défaut, le fisc ne succède pas, mais que la ligne survivante succède à la place de la ligne prédécédée et qu'elle jouit du droit d'accroissement. Cependant, l'illustre homme semble hésiter un petit moment, et non à mauvais titre ; car la raison de douter subsiste totalement, du fait que cet ordre de succession est diamétralement contraire à cette loi, alors que, celui-ci ayant été admis, le fondement de la loi de l'Échevin s'écroule ; là, en effet, les biens doivent revenir au côté d'où ils sont venus.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXVI. Bien que le fisc, du moins en Hollande méridionale, succède quand qu'il n'y a aucun parent consanguin, cependant, l'intention et la sentence de l'ordonnance de police l'exclut aussi dans ce cas où les parents consanguins d'une seule ligne font absolument défaut, car, l'art. 28, après les collatéraux qui usent du droit de représentation, appelle à la succession sans distinction de souche les proches quelconques et l'art. 27 qui reçoit la division en deux souches suppose qu'il y a des parents consanguins des deux souches.

CCCLXVII. En Zélande, la raison de la loi de l'Échevin qui partage en deux, quatre ou un plus grand nombre de souches, appelle le fisc à la part de la souche qui fait défaut, voir Grotius,

Hollandsche consilien, part. III, 2e st. cons. 197. Mais cette loi a d'abord dominé en équité en justice, voir *Nieuw Jaarboek* de 1775, p. 1127 et suivante, puis, dans la nouvelle loi des États du 1er décembre 1786, il s'est entièrement tu ; cette loi a voulu qu'à l'exception di fisc, avec le droit d'accroissement, la souche prochaine succède à la place de celle qui fait défaut.]

§ 4. Aussi, les parents qui, dans l'année et un jour, ne se déclarent pas, sont-ils considérés faire défaut au profit du comté [754].

[**Note de Willem Schorer sur la note 754 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici de l'année et du jour ne procède pas à Utrecht ; car, ici, dans la coutume, rubr. 23, art. 20, il a été consacré qu'ils peuvent se présenter dans un tiers de siècle. Ce qui semble conforme à la raison, parce que la réclamation de succession dure trente ans contre ceux qui possèdent à la faveur d'un héritier ou d'un possesseur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 29.]

*

[189] Chapitre XXXI
De la succession des enfants illégitimes

§ 1. Cela est dit [sur la succession] des enfants légitimes.

§ 2. Car, [pour celle] des ENFANTS ILLÉGITIMES, la chose a une autre réponse, excepté dans le cas où ils laissent des enfants légitimes ou des descendants plus éloignés, car, en cela, ils sont semblables à des enfants nés légitimes [755].

§ 3. Pour ce qui regarde le reste, il doit ici être dit que les ENFANTS ILLÉGITIMES NE SONT PAS LÉGITIMÉS OU LÉGITIMÉS.

§ 4. Pour les NON-LÉGITIMÉS, dans le cas où ils sont des BÂTARDS, ainsi, la moitié de la succession va au côté de la mère, parce qu'à l'égard des mères, comme nous l'avons dit, les enfants légitimes et illégitimes ne sont pas distingués [756], à savoir dans le cas où le bâtard est mort, au côté de la mère. L'autre moitié, dans un tel cas, appartient au comté [757], puisque le défunt est tenu d'un côté pour non-apparenté. Mais, si la mère survit au bâtard, ainsi, la totalité de la succession vient au comté [758], comme elle serait venue au côté du père, là où le défunt est né dans un mariage.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 757 et 758 de Groenewegen van der Made**

Groenewegen dans ses notes est en désaccord avec l'auteur ? Mieux, sur le territoire de la loi de l'Aesdom (non de même sur celui de la loi de l'Échevin), la mère survivante est appelée à toute la succession du fils prédécédé, parce que le droit écrit y appelle la mère, voir la novelle LXXXIX, cap. 13. Voyez-en la raison sur le chapitre précédent, § 2, note 750. En outre, Boel, sur Loenius,

---

[754] (Note de Groenewegen) Voir le privilège donné à la ville de Delft par le duc Willem de Bavière le soir de la Sainte Marguerite 1360 ; le privilège du comte Willem accordé au baillage de la Hollande du Sud en 1314, imprimé parmi les privilège des la Hollande du Sud, p. 14 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4, nb 1 et sur C. 6, 51 *(De la suppression des biens caducs)*, 1 § 13.

[755] (Note de Groenewegen) Voir coutume de Malines, tit. 18, art. 1, et là, Christijn, nb 7-14 ; coutumes d'Anvers, cap. 45, art. 2 ; coutume de Bourgogne, tit. 8, art. 1, et là, Chasseneuz.

[756] (Note de Groenewegen) Voir D. 38, 8, 8 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 18, art. 3, nb 3 ; privilèges et coutumes de la Hollande du Sud, art. 11, p. 404.

Extrait du livre XIV des *Réponses* de Modestinus : *« Modestinus a répondu que ne sont pas moins reçus aux biens de la grand-mère maternelle ab intestat les petits-enfants, pour la raison que communément, ils sont exposés avoir été obtenus ».*

[757] (Note de Groenewegen) Voir la coutume de Bourgogne, tit. 8, art. 2, et là, Chasseneuz. Mais voyez contre cela ledit traité *De legibus abrogatis* sur C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4.

[758] (Note de Groenewegen) Voir le précédent chapitre XXX, § 3. Mais voyez contre cela aussi la coutume d'Anvers, tit. 15, art. 5 et ledit traité *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 10, 10 *(Des biens vacants et de l'incorporation)*, 4.

Decisiones, cas. 121, p. 746, signale contre l'auteur que, si le bâtard n'a rien acquis du père et qu'il est mort intestat, en tout cas, les parents consanguins maternels doivent être admis à la succession à l'exclusion du fisc ; et cette sentence convient assez à la raison en tout cas, car le bâtard est légalement imaginé né sans père ; en conséquence, le fisc ne peut pas représenter le père dans la succession. Cependant, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 27, pense autrement avec l'auteur ainsi, toutefois, que le fisc qui succède ab intestat est tenu de procurer les legs aux légataires, du fait qu'il n'importe en rien [de savoir] s'il ne pourra pas être héritier, s'il ne le veut pas ou autrement, s'il fera défaut, voir Voet, lib. 38, tit. 17, nb 28.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCLXVIII. les biens des bâtards, dans le droit zélandais, échoient pour la moitié au fisc, voir ladite loi de 1786, pour l'autre aux parents consanguins maternels. En Hollande septentrionale, tous sont déférés aux parents consanguins de la ligne maternelle, voir la loi de 1599, art. 14, à joindre aux art. 3, 6, 7, 9 et 10. Vous ne direz pas de même sans raison de la Hollande méridionale, du fait que le bâtard est présumé avoir reçu les biens de la seule mère et que, dans cette même succession des enfants légitimes (auxquels, pour ce qui touche à la mère, les bâtards sont semblables), la part de la ligne qui fait défaut accroît celle de l'autre ligne, voir la thèse CCCLXVI.]

[190] § 5. Cependant, quelques villes [759] ont obtenu par un avantage particulier que, si le bâtard avait obtenu quelques biens du père, ceux-ci iraient de nouveau au père ou au côté du père et que le comté partagerait le bien restant avec les parents de la mère. Quelques [villes] ont obtenu en plus que la totalité du bien reste au côté de la mère.

[**Note de Willem Schorer sur la note 759 de Groenewegen van der Made**
Voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 27.]

§ 6. Mais, pour les enfants adultérins, la totalité de la succession appartient au comté sans distinction, puisque ceux-ci ne peuvent être reconnus comme parents ni du côté du père ni du côté de la mère à raison de l'union interdite [760].

[**Note de Willem Schorer sur la note 760 de Groenewegenvan der Made**
Personne ne s'étonne que les parents ne succèdent jamais et dans aucun cas aux enfants nés adultérins et incestueux, du fait que ceux-ci ne peu !vent pas succéder aux parents, voir Gabrielo Alvarez de Velasco, *Decisiones et consultationes*, t. I, cons. 29, nb 2. Mieux, à partir de l'équité canonique, les aliments doivent seulement leur être fournis, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, liv. II chap. XVI, § 6, sur les notes 346 et 347. Du reste, ils doivent être rapportés aux enfants adultérins à partir de l'ordonnance de police de Hollande de 1580, art. 14, 15, 16 et 17, de même celle de Zélande, art. 30, 31 et 32, les enfants nés d'une union liée avec une femme dissolue. Nous avons déjà relevé sur le chapitre XXVII, § 28, sur la note 681 qu'il avait été ainsi disposé à Anvers. Mais ailleurs, il a été principalement débattu [de savoir] si de tels enfants succèdent à la mère, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 240, nb 19, p. 466. Cependant, Matthæus, autrement, ce vigoureux défenseur de la justice, observe que, quant au droit civil, un adultère n'est jamais commis avec une femme non mariée ; ce mari, dit-il, viole certes la foi conjugale ; mais, répond-il, toute violation de la foi n'est pas un adultère ; car celui qui a malicieusement quitté son épouse, n'acquitte pas la dette

[759] (Note de Groenewegen) Et pour Medemblik, par le privilège du duc Albregt de Bavière [accordé aux deux villes] en 1389 ; Gooiland et Amsterdam, par le privilège de 1378, voir privilèges de la Hollande du Sud, p. 190. Par la suite, à savoir le 3 novembre 1411, le duc Willem de Bavière a accordé à la ville de Delft un privilège qui dit comme suit : Ainsi, le fait que les bâtards morts dans la ville de Delft y aient été bourgeois quatre ans et un jour, ceux-ci hériteront leurs biens qui, après nous, viennent à leurs justes héritiers du côté paternel, semblablement, s'ils avaient été des enfants mariés, sans que je ou quelqu'un d'autre les entreprenne de cela. Semblablement, le privilège accordé par le comte Johan de Hainaut accordé à la ville de Gouda en 1304.

[760] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle LXXXIX, cap. 12, telle que placée sous C. 5, 5, 6 ; coutumes d'Anvers, chap. 45 *(Des bâtards)*, art. 7. Voyez en outre ci-dessus liv. II, chap. XVI, § 6, notes 346 et 347.

Novelle LXXXIX, chap. 12 : *« À partir d'une union criminelle, incestueuse ou condamnée, les enfants ne doivent pas être appelés naturels, étant indignes de l'avantage de toute la richesses paternelle, de sorte qu'il ne sont pas nourris par le père ».*

conjugale ou l'affaiblit de fouets serviles viole certes la foi conjugale, cependant, il ne sera pas un adultère et, bien que puisse à peine être appelé juste celui qui exige la chasteté de son épouse que lui-même refuse d'employer, cependant, il ne pourra pas nier qu'une plus grande protection de la chasteté tantôt à raison du respect du sexe, tantôt principalement à raison de confondre le sang féminin, est demandée à l'épouse qu'au mari, voir Matthæus, *De crimine adulterii*, lib. 49, tit. 3, nb 12 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 17, nb 9 et 15 ; Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 30, nb 47 ; Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 20, defin. 13, nb 7, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 10, defin. 188, nb 7. Et, à juste titre, il n'y a pas de nation qui ait condamné surtout l'incontinence des femmes ; de là, la nature les a protégées avec la pudeur et le frein de la chasteté, voir [Montesquieu], *L'esprit des loix*, t. I, liv. VI, chap. 12. Cependant, le très avisé Noordkerk est en désaccord et enseigne que cette doctrine n'a nulle part été reçue et il observe qu'elle est très éloignée du moins de nos tribunaux, *De matrimonio ob crimen nefarium solvendo*, cap. 2, § 6. Mais en Frise, la femme non mariée n'est pas tenue pour adultère, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 11, art. 5 ; au passage, cela a été aussi ainsi répondu, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 100, nb 21. Ainsi le pense Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 5, nb 24 et 25, quand le mari a eu une affaire avec une courtisane publique. Velasco, *Decisiones et consultationes*, t. I, cons. 29, nb 6, signale de même que, dans le droit romain, dans aucune loi, l'homme marié qui couche avec une femme dissolue n'est puni.]

§ 7. Les enfants LÉGITIMÉS par un mariage qui suit ne se distinguent pas des enfants nés légitimes. Mais ceux qui sont légitimés par une FAVEUR DU MAGISTRAT SUPRÊME sont tenus comme nés légitimes à l'égard du comté, aussi à l'égard de tous ceux qui ont consenti à la légitimation, comme aussi leurs descendants. Mais, à la succession de ceux qui n'y ont pas consenti, comme aussi de leurs descendants, l'enfant légitimé n'a pas de droit ; semblablement, pour cette raison, ils ne peuvent pas venir à sa succession [761].

§ 8. Et avec cela, nous tenons pour accompli le traitement des successions de toutes sortes pour autant que cela concerne les biens **[194]** non féodaux, qui était la dernière manière d'acquérir la pleine propriété.

*

Chapitre XXXII
Comment est perdue une pleine propriété

§ 1. Comment la PLEINE PROPRIÉTÉ EST PERDUE (ce que nous avons promis de traiter) est suffisamment à entendre à partir de ce qui est ci-dessus dit.

§ 2. Car, en premier, une pleine propriété de chaque bien comme de la totalité est perdue par la mort [762], d'une telle façon que la propriété qui va à l'héritier ou aux légataires est tenue pour être une nouvelle propriété.

---

[761] (Note de Groenewegen) Voyez liv. I, chap. XII, § 9 à la fin, et liv. II, chap. XLI, § 29.

[762] (Note de Groenewegen) Voir en argument, la Novelle XXII, cap. 20.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet des prétoires de l'Orient, et donnée en 535 : *« Chapitre XX : Ensuite, la mort qui dissout semblablement tout mariage, attend la fin des mariages. D'où, que, par la mort du mari, soit dissout de mariage, ou par la fin de la femme, le profit sera certes pour l'homme sur la dot selon ce qui est contenu dans le pacte des instruments de secondes noces, mais à la femme à partir de la donation nuptiale, comme cela est convenu ici depuis le début par les contractants, des offres inégales ne se voyant pas interdire selon la quantité, mais les pactes inégaux étant interdits ; ce que le très courageux Léon, certes, a inscrit dans ses lois, nous l'assumant, nous l'avons réglé plus clairement. En effet, si l'un, certes, a conclu plus, mais l'autre moins en profit, il était incertain [de savoir] quelle part il faudrait qu'il tienne, plus ou moins, un doute surgissant semblablement sur les deux. D'où, il nous a agréé d'étendre les immodérations pour ceux qui s'opposent vers le moins qui dans le pacte est plus et de ne pas permettre à l'un, certes, de conclure un tiers, à l'autre, peut-être, un quart du profit et, ensuite, semblablement pour les parts, cependant, le montant n'étant pas établi pour les deux. 1 - En conséquence, le mariage ayant été dissout, selon toutes les disjonctions ci-devant dites, il est certes heureux et bienheureux que les deux contractants durent dans la première union et peut-être, qu'ils n'attristent pas la descendance procréée avec des mariages suivants. Et, s'ils ont fait cela et sont restés dans les premières [noces], ils auront en propre, c'est-à-dire, la femme, la dot, mais le mari, le don des fiançailles, nous ne l'examinant en rien (ce qui pour les*

§ 3. Si aussi, elle est perdue par un abandon, à savoir quand quelqu'un ne veut pas que quelque chose soit plus longtemps dans ses biens [763] ; cependant, on ne peut pas quitter les pays qui sont redevables de la taxe des digues sans aussi quitter tout ce que l'on a dans ces polders et et les terres creusées, en aucune façon [764].

§ 4. Ni par la fuite des bêtes sauvages, aussi, celles-ci ne recouvrent pas par cela, leur liberté première [765].

§ 5. Ni par une tradition ou un transport légalement fait, comme cela est dit ci-dessus [766] ; ce à quoi peut être rapportée la perte par *Spa[a]steeking* et *Boezeming* [767].

§ 6. Ni par un crime, quand sur cela, un jugement suit déclarant les biens confisqués dans leur totalité ou en partie [768].

[192] § 7. Ni par une plus haute main, quand le bien commun a la nécessité d'un bien et en fait l'évaluation pour les sujets [769], lequel droit ont aussi les intendants des digues et les

---

secondes noces), ils recevront les profits, le mari certes, à partir de la dot, la femme, à partir de la donation anténuptiale ; et cela leur sera propre, leur possession n'étant en rien différente. D'où, tant qu'ils auront vécu, ils auront toute possibilité sur ces aliénations comme sur les autres choses que, de leur bien, dès le commencement, ils auront eues. Mais, s'ils aussi, ils meurent, il leur est permis, dans des legs et des fidéicommis, de transporter ces biens à d'autres ; mieux, nous avons permis une telle aliénation, nous écrivant la constitution en faveur de cela. 2 - Mais, si, pour quelque part, ils ont inscrits les fils comme héritiers, des étrangers pour une autre, de tels biens resteront ou aussi certains de ceux-ci non aliénés, à raison de cela, ils ne seront pas considérés avoir été aliénés, parce que quelqu'un d'autre a été inscrit comme héritier, mais ceux-ci resteront aux fils. En effet, s'il a inscrit tous les fils comme héritiers pour des parts inégales, ils les recevront selon les parts héréditaires, mais, à égalité, les partageront selon leur nombre, comme aussi, s'il n'avait inscrit aucun de ceux-ci comme héritier, mais tous les étrangers, satisfaction leur ayant été faite par d'autres moyens, ils les recevront, du fait qu'en tout cas, ils ne sont pas héritiers des parents. En effet, cela nous agréé par une présomption, parce que le père, tandis qu'il n'aura pas aliéné de son vivant ou obligé l'un de ces biens ou, mourant, ne les aura pas transférés sur un autre et aura voulu plus les conserver pour ses fils en tant qu'acquis pour lui à raison de ceux-ci et non, à des étrangers, les amener. Et ceux-ci seront donnés aux fils avec un honneur particulier à partir de notre loi, bien qu'ils ne soient pas héritiers du père, de la mère ou des deux ou si certains de ceux-ci est, certes, héritier, mais les autres les refusent : en effet, cela nous a agréé comme plus juste que dans les premières lois. D'où, s'il y a une récompense qui vient de la loi pour ceux-ci, avec aucun ajout, elle ne sera troublée ni amoindrie, à moins peut-être que les fils eux-mêmes ne donnent la cause de sa diminution ».

[763] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(Des successions qui sont déférées ab intestat)*, § 47 ; D. 41, 7, 1.

« § 47. Avec cette raison, cela est considéré plus vrai et, si quelqu'un a pris possession d'un bien tenu pour abandonné par son propriétaire, immédiatement celui-ci en est fait le propriétaire. Pour abandonné, est tenu ce qu'un propriétaire a jeté avec cette intention qu'il ne veut pas que cela appartienne à ses biens et c'est pourquoi, immédiatement, il cesse d'en être le propriétaire ».

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un bien, pour abandonné, a été tenu, immédiatement, il cesse d'être nôtre et devient immédiatement celui de qui en prend possession, parce que les biens cessent d'être nôtres avec les mêmes moyens par lesquels ils sont acquis ».*

[764] (Note de Groenewegen) Voir les *keuren* du pays de Voorn de 1519, art. 70.

[765] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(Des successions qui sont déférées ab intestat)*, § 12.

« § 12. En conséquence, les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui, sur terre, dans la mer et dans le ciel, naissent, dès que, par quelqu'un, ils ont été capturés, selon le droit des gens, commencent immédiatement à appartenir à quelqu'un ; en effet, ce qui, auparavant, n'appartient à personne est accordé selon la raison naturelle à celui qui en prend possession. Et il n'importe pas [de savoir] si quelqu'un prendra les bêtes sauvages et les oiseaux sur son bien-fonds ou sur celui d'autrui ; clairement, celui qui est entré sur le bien-fonds d'autrui pour y chasser ou pour y être à l'affût peut se voir interdire par le propriétaire, si celui-là l'a envisagé, d'y pénétrer. Mais tout ce que tu prendras de cela est entendu être tien jusqu'à ce que, sous ta garde, ce soit ramené ; au vrai, lorsqu'il a échappé à ta garde et qu'il a repris sa liberté naturelle, il cesse d'être tien et, de nouveau, devient [la chose] de celui qui en prend possession. Il est entendu recevoir sa liberté naturelle, lorsqu'il a fui ton regard ou reste dans ta vue d'une façon telle que sa poursuite est difficile ».

[766] (Note de Groenewegen) Dans le chap. V ci-dessus.

[767] (Note du traducteur) Voir sur ces deux notions les notes 171 et 172 ci-dessus, chap. V.

[768] Voir tout le titre de D. 48, 20 *(Des biens des condamnés)* et de C. 9, 49 *(Des biens des proscrits ou des condamnés)*. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ces titres.

Le titre en question du Digeste comporte 11 extraits et celui du Code, 11 constitutions.

[769] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 11 ; D. 6, 1, 15 § 2 et les docteurs sur D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 11 ; *willekeur* d'Amsterdam de 1624 imprimée, p. 236.

Extrait du livre VI des *Réponses* de Paul : *« Lucius Titius a acheté des biens-fonds en Germanie transrhénane et a apporté une partie du prix ; alors que, sur le montant restant, l'héritier de l'acheteur est cité à comparaître, il a renvoyé la question en disant que ces possessions avaient, pour partie, à partir d'un ordre de l'empereur, été vendues, pour l'autre partie, assignées en récompense à*

inspecteurs des digues dans leur garde, pour aller chercher de la terre pour la construction et la réparation des digues et la rechercher à l'endroit plus près et au moindre dommage sous une compensation convenable, c'est-à-dire une évaluation, comme un tel droit est aussi accordé aux villes pour l'avancement de leurs travaux qui servent à un agrandissement ou une amélioration.

§ 8. Ni par prescription [770].

*

Chapitre XXXIII
De la propriété incomplète en général

§ 1. Nous avons divisé ci-dessus [771] la PROPRIÉTÉ en COMPLÈTE et INCOMPLÈTE et dit que qu'une propriété incomplète est une propriété qui appartient à une chose dont quelque chose manque à celui auquel cela appartient, pour ne pas faire tout ce qu'il lui plaît et qui est interdit par les lois générales ; pour bien entendre cela, il y a à considérer que là où il y a une propriété incomplète, communément, est ce qui manque à l'un, par quelqu'un d'autre qui a une propriété incomplète sur une telle chose, comme par exemple, celui qui, sur une terre, a la propriété d'un droit de passage, n'a pas de propriété complète, car il ne peut pas vendre la terre ni les fruits tirés de celle-ci, ce qui appartient à une propriété complète, et l'autre qui doit permettre le droit de passage n'a avec cela pas de propriété complète, puisqu'il **[193]** ne peut pas empêcher l'autre de venir sur sa terre, lequel pouvoir est une partie de la propriété ; mais pour parler différemment, on appelle propriété le droit de celui qui a la plus grande partie de la propriété, comme celui qui peut vendre ou mettre en location la terre ; et la plus petite partie, on l'appelle un droit, comme le droit de passage. Cependant, pour trouver la plus grande et la plus petite partie, on regarde souvent plus la valeur que le profit. Et, pour cela, on appelle propriétaire d'un héritage emphytéotique celui qui reçoit la rente [772] et celui qui a le droit de

---

des vétérans ; je demande si le risque de ce bien regarde le vendeur. Paul a répondu que les cas futurs d'éviction ne regardaient pas le vendeur et c'est pourquoi, selon ce qui est exposé, on peut réclamer le prix des biens-fonds. 1 - Sur le fondement des termes d'une stipulation du double ou du simple [qui dit que] "cet esclave dont il s'agit a été libéré de son crime", le vendeur ne peut pas être cité à comparaître à raison de ces crimes qui, de façon publique, sont ordinairement châtiés ».

Extrait du livre XVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - De même, si, peut-être, il y avait une terre qui a été réclamée et, à des soldats, affectée pour un honneur, en faisant un petit don au possesseur, devra-t-il la rendre ? Et je pense qu'il la fournira ».*

[770] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 20 et tout le titre de D. 44, 1 [*Des exceptions, des moyens déclinatoires et des questions préjudicielles).* Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Martialis et donnée en 293 : *« Avec des traditions et des usucapions, les propriétés des biens sont transférées, non avec des pactes nus ».*

D. 44, 1 *(Des exceptions, des moyens déclinatoires et des questions préjudicielles)* comporte 24 extraits.

[771] (Note de l'éditeur) Voir liv. II, chap. III, §§ 10-11.

[772] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 3.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Alors que l'on doutait [de savoir] si c'est avec la volonté du propriétaire que l'emphytéote doit aliéner ses améliorations, que l'on appelle par le mot grec* emponêmata (*i. e.* « ce qui a coûté du travail »)*, ou transférer à autrui le droit de l'emphytéose ou s'il attend son consentement, nous consacrons que, si l'instrument d'emphytéose comporte certes des accords, ils soient observés. Mais, si au contraire un accord n'est pas intervenu par un moyen de ce type, ou peut-être que l'instrument de l'emphytéose a été perdu, il ne sera pas permis à l'emphytéote de vendre à d'autres ses améliorations ou de transférer les droits d'emphytéose sans le consentement du propriétaire. Mais, afin que les propriétaires, cette occasion ayant été reçue, n'accordent point que leurs emphytéoses reçoivent le prix des améliorations qu'ils ont découvertes, mais les combattent, et que l'avantage n'en meure pas pour l'emphytéote, nous disposons que l'attestation sera remise au propriétaire et qu'elle dise à l'avance quel prix l'on peut recevoir d'autrui. Et, si le propriétaire a certes préféré le donner et garantir un aussi grand montant que l'emphytéote lui-même en vérité peut recevoir d'autrui, [nous disposons] que ce même propriétaire les achète absolument. Mais, si au contraire, un délai de deux mois s'est écoulé et que le propriétaire n'a pas voulu le faire, licence en sera donnée à l'emphytéote, quand il a voulu vendre ses améliorations sans le consentement du propriétaire, cependant à des personnes qui ne se voient pas interdire ordinairement de venir dans des contrats d'emphytéose à un achat de ce type. Aussi les propriétaires ont-ils la*

réversion à raison de sa propriété supérieure et non l'emphytéote qui a cependant le plus grand profit de la terre ; pour cette raison, pour entendre la propriété incomplète, nous décrirons principalement la moindre partie ; aussi, étant entendu en quoi elle consiste, en outre, en elle-même, elle montre que ce qui est en dehors de cela, appartient à celui qui a la plus grande partie ou c'est pourquoi il est habituellement appelé propriétaire.

§ 2. Le DROIT, alors, là où il est amoindri par la propriété est ou *prédial* ou *non-prédial* [773].

§ 3. Sont appelés droits prédiaux, *c'est-à-dire ceux qui sont attachés à un certain bien-fonds dominant*, sont appelés en considération de la sujétion des *servitudes prédiales.*

§ 4. Une SERVITUDE PRÉDIALE est alors *un droit pour avoir quelque chose en dehors du droit commun ou pour faire quelque chose sur le terrain d'autrui au service du sien* [774].

§ 5. Nous disons celles-ci être *sur le terrain d'autrui* [775], parce que l'autre y a tous les autres [droits] de propriété, à l'exception de la servitude.

§ 6. De ces servitudes, on doit entendre leur NATURE et les MANIÈRES de les ACQUÉRIR et de les PERDRE.

*

[194] Chapitre XXXIV
Des servitudes urbaines [776]

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur traite dans ce chaptitre des servitudes des biens-fonds urbains. Bartole, Cepolla et (en langue française) La Laure, *Traité des sertvitudes réelles* [édité] à Paris en 1761, ont expliqué *ex professo* la mtière des servitudes urbaines et rurales.

De façon générale, il faut observer que la concessin d'une sevvitude est désagréable et que, pour cette raison, elle reçoit une interprétation stricte d'une façon telle que, dans le doute, on prononce en faveur de la liberté, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 2, nb 2.]

---

nécessité, si une amélioration a été vendue à d'autres selon la manière ci-devant dite, de recevoir l'emphytéote ; ou bien, si l'emphytéote a préféré transmettre le droit de l'emphytéose à des personnes non interdites, mais accordées et appropriées pour payer le loyer de l'emphytéose, il ne parlera pas contre, mais mettra en possession le nouvel emphytéote, non par le biais du preneur ou d'un procurateur, mais par l'intermédiaire des propriétaires eux-mêmes, de leurs lettres ou (s'ils ne l'on pas pu ou voulu), par une consignation dans cette cité auprès du très illustre magistrat des cens, ou bien par le biais d'une attestation avec les présentes tablettes, mais qui doit se faire dans les provinces par l'intermédiaire des gouverneurs ou des défenseurs. Et, afin que les propriétaires ne sollicitent point avec une si grande avarice, une grande masse d'argent pour cela, (ce que nous avons appris que l'on donnait jusqu'à présent), il ne leur sera pas permis de recevoir plus à la faveur de leur souscription ou de leur dépôt, si ce n'est le cinquantième du prix ou de l'évaluation de l'endroit qui est transféré à une autre personne. Mais, si au contraire, le propriétaire n'a pas préféré recevoir un nouvel emphytéote ou l'acheteur de l'amélioration et qu'il s'est abstenu de le faire par une attestation faite dans les deux mois, il sera permis à l'emphytéote, même sans le consentement des propriétaires, de transférer à d'autres son droit ou ses améliorations. Mais, s'il a fait autrement que notre constitution l'a disposé, il s'exposera au droit de l'emphytéose ».

[773] (Note du traducteur) Le mot "prédial" renvoie au mot latin *prædium* qui signifie "bien-fonds, terre".

[774] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla* sur D. 8,1 *(Des servitudes).*

[775] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 26 ; D. 8, 3, 33 § 1.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« Sur un bien commun, personne des propriétaires, légalement, ne peut rien faire d'une servitude contre le gré de l'autre, ni empêcher que l'autre le fasse ; envers personne, en effet, son propre bien n'est grevé d'une servitude. C'est pourquoi, à raison des disputes démesurées, en général, le bien en arrive à un partage. Mais, par le biais de l'action de partage de bien commun* (communi dividundo)*, un associé obtient d'empêcher qu'un ouvrage soit fait ou d'enlever cet ouvrage que [l'autre] a fait, si seulement, pour toute la société, il est utile que l'ouvrage soit enlevé ».*

Extrait du livre IX des *Questions* d'Africanus : *« 1 - À travers plusieurs biens-fonds, tu conduis l'eau de quelque façon que ce soit en imposant une servitude ; à moins que le pacte ou la stipulation aussi, quant à cela, ne se soit ensuivi à n'importe lequel d'entre eux et à un autre voisin, tu le pourras céder un droit de puisage à partir d'un cours d'eau ; en effet, un pacte ou une stipulation étant intervenus ; cela est ordinairement accordé, bien que nul bien-fonds lui-même, envers lui, ne puisse être grevé d'une servitude et que le fruit de la servitude ne puisse être établi ».*

[776] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 8, 2 *(Des servitudes des biens-fonds urbains)*. De cela, il y a dans les villes des *keuren* particulières qui doivent y être suivies.

§ 1. Pour entendre la NATURE de celles-ci, on doit savoir que certaines sont des SERVITUDES DE BIENS-FONDS URBAINS, certaines des SERVITUDES DE BIENS-FONDS RURAUX.

§ 2. Pour un éclaircissement plus précis, nous indiquerons les *servitudes urbaines* les plus utilisées ; sont telles

§ 3. le DROIT DE PLACER UNE CHARGE, c'est-à-dire *le droit de construire quelque chose sur le mur d'autrui* [777].

§ 4. Car, selon le droit commun, personne ne peut construire sur un mur d'autrui et sur un mur commun, mais sur la ligne mitoyenne [778].

[**Note de Willem Schorer sur la note 778 de Groenewegen van der Made**

Sur un mur commun, selon l'auteur, il est permis au voisin de construire jusqu'à la moitié et cela est en tout cas vrai pour un mur commun à la faveur d'un partage, ce qui est présumé dans le doute ; mais cela tombe, si le mur intermédiaire a été construit pour séparer les biens-fonds des voisins l'un de l'autre réciproquement, du fait que l'un des associés, contre le gré de l'autre, ne peut rien faire sur le bien commun de contraire à l'intention claire des associés, surtout si un danger menace de là l'autre voisin. Supposez que ce mur intermédiaire ne puisse pas supporter une charge, du fait que, dans ce cas, à raison du péril qui menace, une garantie devra être fournie, de laquelle nous avons déjà parlé ci-dessus, liv. II, chap. II, § 12, note 83.

Qu'en est-il si le voisin a construit au-delà de la moitié du mur commun ; si, certes, cela a été fait le voisin se taisant et le sachant il ne faudra pas le détruire, mais devra être procuré à celui qui s'est tu ce qui est de son intérêt ; mais, si, celui-ci l'ignorant ou peut-être s'y opposant, ce qui n'a pas été placé légalement doit être déposé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 2, nb 17, à moins qu'il n'ait été introduit dans la coutume ou le statut du lieu qu'après un an et un jour, personne n'est tenu de le détruire, mais est seulement condamné à ce qui est d'intérêt, voit Voet, dans ledit endroit, nb 17.]

§ 5. Un mur placé sur la ligne mitoyenne du terrain par l'un ou l'autre des voisins est signifié par cela [779] et chacun peut, à la place d'une clôture ou d'une haie communes, faire un mur [780], mais non à la place du mur, une haie autrement que pour une courte période pour reconstruire le mur. Dans un mur commun, personne ne peut faire des fenêtres ni faire d'autres ouvertures [781] qu'avec un consentement commun ; personne ne peut aussi y accoler un four, des latrines ou quelque chose qui pourrait endommager le mur commun [782].

---

[777] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 33. Voyez en outre Bartolomeo Cipolla, *De servitutibus urbanorum prædiorum*, cap. 37 et 58.

Extrait du livre V des *Digestes d'Alfenus résumés par* Paul : *« Doit restituer la colonne qui supportait la charge de la maison voisine celui auquel appartient la maison qui est grevée d'une servitude, et non celui qui voudra l'imposer. Car, du fait que, dans la loi, il a été ainsi écrit : "comme le mur, pour supporter la charge, est maintenant, qu'ainsi, il soit", il est assez ouvertement signifié qu'à perpétuité, le mur doit exister ; en effet, avec ces termes, il n'est pas dit qu'à perpétuité, de même, le mur sera éternel, ce qui, certes, ne pourra être fait, mais qu'un mur de la même mesure, à perpétuité, existe qui supportera la charge ; de même, si celui qui, envers quelqu'un, a garanti qu'il procurera une servitude, si le bien qui est grevé de la servitude et qui supporte ta charge a péri, une autre, à la place de celle-ci, devra être donnée ».*

[778] (Note de Groenewegen) Voyez Menochio, *De præsumptionibus*, liv. VI, præs. 73, nb 23 jusqu'à la fin.

[779] (Note de Groenewegen) Voir en argument *Institutes de Justinien*, II, i, § 31 à la fin.

« § 31. (…) Et c'est pourquoi, près de la limite [des terrains], l'arbre placé, si aussi, sur le bien-fonds du voisin, a fait des racines, devient commun ».

[780] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 14, art. 12.

[781] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 40 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, dans ledit titre 14, art. 14 ; coutumes d'Anvers, cap. 62 *(Des partages de succession, des servitudes et de leurs dépendances)*, art. 32.

Extrait du livre III des *Réponses* de Paul : *« J'ai répondu que ceux qui n'ont pas le droit d'introduire une lumière, en ouvrant un mur commun, sans aucun droit, y ont placé des fenêtres ».*

[782] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 1, 13 et 19 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 14, art. 15.

[**Note de Willem Schorer sur la note 780 de Groenewegen van der Made**

Il est plus que clair que le mur intermédiaire entre deux maison est présumé commun ; de là, il n'est douteux pour personne que le propriétaire qui a les deux maisons, s'il en a vendu une partie, est présumé avoir aussi vendu le mur intermédiaire, à moins qu'une autre chose n'ait été faite. À partir de ces indices en faveur de la communauté du mur ou seulement de la nue-propriété d'un voisin, il faut adjuger, voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 2, nb 15.]

[**Sur la note 782 de Groenewegen van der Made**

Il n'est pas permis de construire un four sur un mur commun, ce qui est est vrai aujourd'hui de la latrine, ainsi, pour que, pour tous ceux-ci, la condition soit meilleure, si de là, à partir du jugement d'hommes expérimentés, aucun danger ne menace le voisin, ce qui doit être affirmé quant à une cheminée. Du reste, le voisin peut faire et agir à son plaisir, pourvu qu'il ne nuise pas au bien commun, voir Voet, lib. 28, tit. 2, nb 16.]

§ 6. Un mur commun, comme aussi un lieu privé commun, doit être entretenu à frais communs, et **[195]** nettoyé [783] ; mais celui qui veut sortir de la communauté et laisser le mur commun ou l'endroit privé à son voisin, le peut [784].

§ 7. Le DROIT D'INTRODUIRE ou D'ANCRER UNE SOLIVE, c'est-à-dire *le droit d'avoir une poutre ou un ancrage dans la construction d'autrui* [785].

[**Note de Willem Schorer sur la note 785 de Groenewegen van der Made**

Le droit d'insérer une poutre est celui avec lequel il est permis à un voisin d'insérer une poutre dans le mur du voisin, de sorte qu'elle repose ainsi sur le mur du bien-fonds dominant et du bien-fonds servant. Ce que l'auteur rapporte sur le nombre et la qualité des ancrages et des poutres dans

---

Extrait du livre II des *Lettres* de Proculus : *« "Un certain Hiberus de son nom qui possède derrière mes greniers un immeuble de rapport a fait des bains le long d'un mur commun ; mais il n'est pas permis d'avoir les tuyaux appuyés sur le mur commun, de même, certes, que son mur au-dessus du mur commun ; quant aux tuyaux, en cela, appartient plus à la règle le fait que, par leur biais, par les flammes, le mur soit brûlé ; quant à cette affaire, je veux qu'avec Hiberus, tu parles, afin qu'il ne fasse pas une chose illégale". Proculus a répondu : je pense qu'Hiberus, pour cette affaire, ne doute pas qu'il fait une chose non permise en construisant les tuyaux le long du mur commun. 1 - Il est permis de couvrir d'une couche d'enduit un mur commun, suivant l'opinion de Capito, de même qu'il m'est permis d'avoir de très précieuses peintures sur un mur commun ; du reste, si le voisin l'a démoli et que, sur le fondement d'une stipulation* (ex stipulatu)*, avec l'action de dommage non encore survenu* (damni infecti)*, on agit en justice, pas plus cher que des enduits communs, elles ne doivent être évaluées ; ce qu'il faut que l'on observe pour une couche d'enduit ».*

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« Proculus dit que le tuyau joint à un mur commun qui, d'un château d'eau ou du ciel, prend de l'eau n'est pas légalement tenu ; mais que le voisin ne peut être empêché d'avoir un bain le long du mur commun, bien que le mur prenne l'humidité, pas plus que si, dans sa salle à manger* (triclinium) *ou dans sa chambre, il répandait l'eau. Mais Neratius dit que, si l'usage d'un bain d'eau tiède est tel qu'il a une humidité continuelle et que cela porte préjudice au voisin, celui-ci peut en être empêché. 1 - Le long d'un mur commun, il est légalement permis que soit tenue une voûte faite en argile de potier, si elle est retenue d'une façon telle qu'aussi, le mur ayant été enlevé, elle demeure, si seulement elle n'empêche pas la réparation du mur commun. 2 - Sabinus, à bon droit, écrit que je peux avoir un escalier contre un mur commun, parce que celui-ci peut être enlevé ».*

[783] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 12 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 14, rat. 12.

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si une maison est commune ou le mur [est] commun et qu'il y a nécessité de les réparer, de les démolir ou d'y insérer quelque chose, avec l'action en partage de bien commun, il faudra agir en justice ou, avec l'interdit "comme [maintenant] tu possèdes"* (uti possidetis)*, nous ferons valoir en justice notre droit ».*

[784] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 5, 6 § 2.

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Aussi, quant à la servitude qui, à raison du support de la charge, aura été imposée, l'action, à nous, se présente, afin qu'il supporte les charges et qu'il répare les bâtiments selon cette mesure qui, la servitude ayant été imposée, a été incluse. Et Gallus pense que la servitude ne peut être imposée, d'une façon telle que quelqu'un soit contraint de faire quelque chose, mais de ne pas m'empêcher de le faire ; car, dans toutes les servitudes, la réparation concerne celui qui s'est attribué la servitude, dont celui, dont le bien est grevé de la servitude. Mais a prévalu l'opinion de Servius [qui dit] que, dans l'espèce exposée, quelqu'un peut défendre qu'il y a pour lui le droit de contraindre son adversaire à réparer un mur pour soutenir ses charges. Mais Labéon écrit qu'un homme ne doit pas cette servitude, mais le bien, enfin, qu'il est permis au propriétaire d'abandonner le bien ».*

[785] (Note de Groenewegen) Voir Bartolomeo Cipolla, *De servitutibus urbanorum prædiorum*, cap. 37, nb 7. Voyez les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, partie I, avis 233.

la note 787 est vrai selon cela, mais non simplement, ; car cette sentence procède si, dès le commencement, il a été teraité du nombre des poutres et de la façon de les insérer ou si le droit d'insérer la poutre a été obtenu avec la seule prescription ; mais elle tombe si, le nombre des poutres et des ancrages n'ayant pas été exprimé, il a été stipulé de façon générale qu' *à tout moment, à son plaisir, il pourrait ancrer et mettre une poutre sur le mur de son voisin*, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 28, tit. 2, nb 2.]

§ 8. Car, selon le droit commun, personne ne peut bâtir en dehors de sa ligne verticale et ce qui avance au-delà doit être enlevé [786].

§ 9. Celui qui a un droit d'introduire une solive ou d'ancrage peut bien faire à la place d'anciennes poutres ou de points d'ancrage, en faire de nouveau, mais non autrement que les anciens ont été [787].

§ 10. Le DROIT DE DÉTOURNER LES EAUX DE GOUTTIÈRE, c'est-à-dire *le droit de laisser tomber sur le terrain d'autrui son eau de pluie reçue* [788].

[**Note de Willem Schorer sur la note 788 de Groenewegen van der Made**

Qu'en est-il si la servitude a été ainsi stipulée : *que le voisin serait tenu de rester avec sa construction au-dessous du toit de son voisin* ? Il est demandé si un servitude de gouttière sera crue avoir été changée en une autre sorte de servitude, à savoir celle de ne pas élever plus haut. Cela doit être refusé, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 233, pourvu que la gouttière soit à cet endroit.

Cette servitude de gouttière est double est pour nous, est distinguée par *l'écoulement et l'égout*, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 14, nb 20.]

§ 11. Car, selon le droit commun, chacun doit mener son eau sur son propre terrain [789].

§ 12. Le propriétaire du bien-fonds qui porte cette servitude ne peut pas construire trop près du bien-fonds dominant, mais doit, pour l'écoulement des eaux, laisser cinq pouces, pour autant qu'en plus ou en moins, la coutume de la place ou la *keur* le porte [790].

§ 13. Le DROIT DE PRENDRE L'EAU DE PLUIE, c'est-à-dire *le droit de prendre l'eau de pluie qui vient du terrain d'autrui* [791].

---

[786] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 25.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qui a été dit quant aux choses introduites a lieu d'un bâtiment dans un autre ; autrement, en effet, au-dessus de celui d'autrui, personne ne peut avoir un bâtiment plus haut. 1 - Si, à partir de trois maisons placées dans un endroit inégal, les maisons du milieu, envers la maison [placée] au-dessus, sont grevées d'une servitude et que le mur commun qu'il y a entre la maison inférieure et la maison du milieu, a été élevé plus haut par le propriétaire de la maison inférieure, Sabinus dit que, légalement, celui-ci aura [le droit de l'élever] plus haut ».*

[787] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 20 § 2 et la glose sur D. 8, 5 [*Si une servitude est demandée ou, à un autre, est refusée appartenir*], 14.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« 2 - Si un bâtiment a été enlevé, duquel l'écoulement de l'eau tombe, pour, avec une même sorte et une même qualité, être remplacé, l'utilité réclame que, de même, on l'entende ; car autrement, si cela, de façon plus stricte, est interprété, c'est un autre [bâtiment] qui, en second lieu, est placé ; c'est pourquoi, le bâtiment ayant été enlevé, l'usufruit disparaît, bien que la surface soit une partie du bâtiment ».*

[788] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 2.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Les droits des biens-fonds urbains sont les suivants : élever plus haut, faire obstacle aux lumières du voisin ou ne pas élever en hauteur une construction ; de même, détourner une gouttière sur un toit, sur la terre d'un voisin ou ne pas la détourner ; de même, insérer une solive dans le mur d'un voisin et enfin, projeter ou couvrir [quelque chose] et les autres choses semblables à cela ».*

[789] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 24, 22 § 4.

Extrait du livre II des *Interdits* de Venuleius : *« 4 - Si quelqu'un a jeté une projection ou de l'eau de pluie sur une sépulture, même s'il n'a pas touché le monument lui-même, à bon droit contre ce qui, sur la sépulture, avec une violence ou clandestinement, a été fait, on agit en justice, parce que non seulement cet endroit qui reçoit une inhumation est celui d'une sépulture, mais aussi tout le ciel au-dessus de cela ; et, à ce titre aussi, avec l'action de violation de sépulture* (sepulchri violati)*, on peut agir en justice ».*

[790] (Note de l'éditeur) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 10 *(Des constructions privées)*, 9.

[791] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 2.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Les droits des biens-fonds urbains sont les suivants : élever plus haut, faire obstacle aux lumières du voisin ou ne pas élever en hauteur une construction ; de même, détourner une gouttière sur un toit, sur*

§ 14. Car, selon le droit commun, chacun peut faire avec son eau de pluie ce qui lui plaît [792].

§ 15. Le DROIT DE RIVIÈRE, c'est-à-dire *le droit de laisser courir son eau sur le terrain d'autrui* [793].

§ 16. Car, selon le droit commun, chacun doit conduire son eau **[196]** sur son terrain ou, à travers son terrain, en sortant sur les rues [794].

[**Note de Willem Schorer sur la note 794 de Groenewegen van der Made**
À cela, peut être ajouté ce que dit van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 14, nb 22. De là, si quelqu'un a une servitude de jet et d'écoulement sur le terrain du voisin, il ne peut pas jeter des choses crasseuses et de mauvaise odeur, mais doit prendre soin des fers en treillis sur le trou lui-même, afin que le voisin ne prenne pas quelque détriment avec cet acte ou n'en souffre pas un dommage.]

§ 17. Le droit de cours d'eau (à moins qu'on ne le voie autrement) est entendu d'une eau claire et, pour cette raison, celui qui a ce droit doit empêcher que, par ce cours, aucune saleté ne soit conduite [795].

§ 18. L'EMPÊCHEMENT DE CONSTRUIRE PLUS HAUT, c'est-à-dire *le droit d'interdire que votre voisin ne construise plus haut sa maison* [796].

§ 19. Car, selon le droit commun, chacun peut élever sa maison aussi haut qu'il veut, bien que son voisin en fût mécontenté [797].

[**Note de Willem Schorer sur la note 797 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessus liv. II, chap. II, § 12, note 83.]

---

la terre d'un voisin ou ne pas la détourner ; de même, insérer une solive dans le mur d'un voisin et enfin, projeter ou couvrir [quelque chose] et les autres choses semblables à cela ».

[792] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 6.

Constitution de Claude adressée à Aulus Priscus et donnée en 270 : *« Le gouverneur de la province, pour l'usage de l'eau que tu allègues couler à partir d'une fontaine t'appartenant, ne permettra pas que tu en sois privé contre la forme de la coutume établie, du fait qu'il est rigoureux et proche de la cruauté que le cours de l'eau né à partir de tes terres pour tes champs qui ont soif soit étendu avec une injustice à l'usage d'autrui ».*

[793] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iii *(Du sénatus-consulte Tertullien)*, § 1.

« § 1. Les servitudes des biens-fonds urbains sont celles qui, à des édifices, sont attachées, elles ont été appelées [servitudes] de biens-fonds urbains, parce que tous les édifices sont appelés des biens-fonds urbains, quoique, dans une villa, ils soient construits. De même, sont des servitudes de biens-fonds urbains le suivantes : que le voisin supporte les charges du voisin, qu'il soit permis au voisin, dans le mur de celui-ci, d'insérer une solive, que quelqu'un reçoive l'eau de gouttière ou une rivière dans sa maison ou sur son terrain ou ne les reçoive pas et que personne n'élève plus haut sa maison, afin de ne pas faire obstacle aux lumières du voisin ».

[794] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 2 et 11.

Constitution d'Antonin adressée à Martialis et donnée en 216 : *« Si tu as mené de l'eau à travers la possession de Martial volontairement, tu as demandé une servitude à l'exemple des biens [im]mobiliers en fonction du temps. Si, avant ce délai, son usage t'en a été interdit, c'est en vain que tu réclameras que te soient fournies les dépenses faites en cette affaire, du fait que la propriété d'un ouvrage réalisé sur la possession d'autrui, tant qu'elle reste sur une même cause, appartient à celui auquel appartient la possession ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius et donnée en 294 : *« Il n'est certes pas permis à un voisin, qui ne doit pas une servitude de passage pour les hommes ou avec des animaux à travers la terre d'autrui, mais nul ne doit se voir interdire d'user de la voie publique ».*

[795] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 14, art. 24 et 49 ; *keur* de séparation des terres de la ville de Delft, art. 12.

[796] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iii *(Du sénatus-consulte Tertullien)*, § 1.

« § 1. Les servitudes des biens-fonds urbains sont celles qui, à des édifices, sont attachées, elles ont été appelées [servitudes] de biens-fonds urbains, parce que tous les édifices sont appelés des biens-fonds urbains, quoique, dans une villa, ils soient construits. De même, sont des servitudes de biens-fonds urbains les suivantes : que le voisin supporte les charges du voisin, qu'il soit permis au voisin, dans le mur de celui-ci, d'insérer une solive, que quelqu'un reçoive l'eau de gouttière ou une rivière dans sa maison ou sur son terrain ou ne les reçoive pas et que personne n'élève plus haut sa maison, afin de ne pas faire obstacle aux lumières du voisin ».

[797] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 8.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Anicetus et donnée en 293 : *« Il n'est pas interdit, certes, d'élever plus haut des édifices, si la maison ne doit pas de servitude. Au vrai, si, sur ton mur, Julianus est convaincu d'avoir fait une fenêtre avec une violence ou clandestinement, il est contraint, à ses frais, d'enlever l'ouvrage et de remettre le mur dans son état initial ».*

§ 20. Le DROIT DE NE PAS FAIRE OBSTACLE AUX LUMIÈRES ou À LA VUE, c'est-à-dire *le droit d'interdire que votre voisin, avec sa maison ou avec ses arbres, ne vous empêche pas de prendre la lumière ou aussi une vue ouverte* [798].

[**Note de Willem Schorer sur la note 798 de Groenewegen van der Made**

Lorsque la chose est du ressort de la pure possibilité de construire plus haut et de planter des arbres sur son bien-fonds, il s'ensuit que, si le voisin n'a pas planté les arbres sur son bien-fonds ou construit plus haut, d'une façon telle que les lumières du voisin restent empêchées, à partir de là, l'autre ne ferait pas en sorte qu'il s'acquiert la servitude de ne pas élever plus haut et de ne pas faire obstacle à la vue et aux lumières ; cela est vrai, même si le voisin, sur les prières de son voisin, n'a pas usé de son droit, du fait qu'une possession à titre précaire ne suffit à personne pour l'acquisition ferme d'une servitude, comme l'enseignera l'auteur lui-même sur le chap. XXXVI, § 4, note 830. Mais, si le voisin a tenté de construire plus haut et que l'autre voisin a empêché cela et que, depuis cet empêchement, s'est écoulé autant de temps qu'il est requis pour la prescription, personne ne doute que, dans ce cas, la servitude soit acquise avec la prescription, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 48, tit. 4, nb 5. La Laure, *Des servitudes réelles*, liv. II, chap. 6 en entier, a débrouillé plus abondamment selon son usage cette matière et rapporte que cela a été jugé en France à différentes périodes.]

§ 21. Selon le droit commun, chacun peut mettre sur son terrain une construction ou des arbres, même si ainsi, la lumière du voisin ou la vue en est amoindrie [799] ; mais personne ne peut, selon ce droit, tenir ses arbres en suspens sur le terrain d'autrui, mais le propriétaire du

---

[798] (Note de Groenewegen) Voir Institutes de Justinien, II, iii *(Du sénatus-consulte Tertullien)*, § 1 ; D. 8, 2, 2 à 4, 12 et 17 et là les docteurs ; Wesembeck, *Paratitla* sur ce même titre des servitudes des biens-fonds urbains, nb 4 à la fin ; Bartolomeo Cipolla, *De servitutibus urbanorum prædiorum*, cap. 36 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 199.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Les droits des biens-fonds urbains sont les suivants : élever plus haut, faire obstacle aux lumières du voisin ou ne pas élever en hauteur une construction ; de même, détourner une gouttière sur un toit, sur la terre d'un voisin ou ne pas la détourner ; de même, insérer une solive dans le mur d'un voisin et enfin, projeter ou couvrir [quelque chose] et les autres choses semblables à cela ».*

Extrait du livre XXIX d'Ulpien : *« La servitude suivante est de ne pas, à une vue, faire obstacle ».*

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« Dans la servitude établie pour [laisser pénétrer] les lumières, on considère qu'il a été acquis que le voisin reçoit nos lumières ; mais, quand la servitude est imposée de ne pas, aux lumières, faire obstacle, nous sommes surtout considérés avoir obtenu qu'il n'y a pas de droit pour le voisin, contre notre gré, de construire et ainsi, de diminuer les lumières de nos maisons ».*

Extrait du livre X *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Les constructions qui souffrent la servitude que rien ne sera élevé plus haut peuvent, au-dessus de cette hauteur, avoir des arbres ; en revanche, si, quant à la vue, celles-ci ont été bouchées, elles ne le peuvent pas ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si [quelqu'un] place un arbre pour, à la lumière, faire obstacle, également, il devra être dit qu'à l'encontre de la servitude imposée, celui-ci le fait ; car l'arbre fait en sorte d'empêcher que moins de ciel puisse être vu. Si, cependant, ce qui est disposé n'empêche, certes, en rien la lumière, mais qu'il ôte le soleil, si, certes, [c'est] à cet endroit où il était agréable que celui-ci ne soit pas, il peut être dit qu'en rien, à l'encontre de la servitude, il ne le fait ; mais, si au contraire, [c'est] pour une chambre exposée au soleil ou une terrasse, il faudra dire que, parce qu'il fait de l'ombre dans un endroit auquel le soleil était nécessaire, à l'encontre de la servitude imposée, cela est fait. 1 - En sens contraire, s'il place un bâtiment ou les branches d'un arbre et que, ceci étant fait, un endroit autrefois sombre commence à être empli de soleil, il n'agit pas à l'encontre de la servitude ; en effet, il devait celle-ci pour ne pas, aux lumières, faire obstacle, maintenant, aux lumières, il ne fait plus obstacle, mais, plus qu'il est juste, il fait de la lumière. 2 - Parfois, il peut être dit que celui aussi qui élève un bâtiment ou le démolit, aux lumières, fait obstacle, si, peut-être, par répercussion ou par une certaine pression, la lumière, dans ces maisons, est entraînée. 3 - Cette règle [qui dit] que "comme les gouttières sont maintenant, ainsi, elles seront" signifie que la nécessité a été imposée aux voisins de recevoir les gouttières, non qu'aussi, l'acheteur reçoive les gouttières des constructions voisines ; en conséquence, le vendeur offre, certes, que la servitude de gouttières lui soit due, mais qu'à aucun, il ne la doit. 4 - Ce qui, quant à une gouttière, a été écrit, aussi, pour les autres servitudes, doit être reçu, si, en sens contraire, rien n'a été nommément fait ».*

[799] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 8.

Ce texte a déjà été donnée plus haut dans la note 797.

sol peut faire élaguer ce qui pend sur son terrain et, s'il ne le fait pas, ainsi, les fruits qui pendent lui appartiennent [800].

§ 22. Le DROIT DE FENÊTRE, c'est-à-dire *le droit d'avoir une fenêtre surplombant ou ouvrant sur le terrain d'autrui* ; il comporte en lui un droit de lumière.

§ 23. Car, selon le droit commun, personne n'est obligé de permettre une telle chose [801] comme dit ci-dessus. Cependant, l'autorisation de laisser aller une fenêtre sur son terrain ne fait seulement **[197]** et sans une autre aide, aucune preuve de servitude [802].

[**Note de Willem Schorer sur la note 802 de Groenewegen van der Made**
Cependant, la concession est à titre précaire, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 14, nb 26.]

§ 24. Le DROIT D'ÉGOUT, c'est-à-dire *le droit d'avoir une canalisation située ou sortant sur le terrain d'autrui* [803].

§ 25. Car il est connu que, selon le droit commun aussi, personne n'est obligé de supporter une telle chose. Mais, sur un mur commun, chacun peut poser une canalisation [804] et celles-ci sortent sur la rue ; et alors, la canalisation est aussi commune [805].

§ 27. Celui qui a le droit d'égout ne peut pas élever ou abaisser l'égout en une plus grande charge, il est aussi seulement tenu d'entretenir l'égout [806].

---

[800] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(Des sucecessions qui sont déférées ab intestat)*, § 31 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 43, 27 *(De l'abattage des arbres)*, 1 et D. 43, 28 *(Du ramassage des glands)*, 1.

« § 31. Si Titius a disposé la plante d'autrui sur son sol, elle lui appartiendra ; en sens inverse, si Titius a disposé sa plante sur le sol de Mævius, la plante appartiendra à Mævius, pourvu que, dans les deux cas, elle ait fait des racines. Mais, avant qu'elle ait fait des racines, elle restera à celui auquel elle appartenait. À plus forte raison, à partir du fait que la plante a fait des racines, sa propriété est modifiée, de sorte que, si [quelqu'un] a planté l'arbre d'un voisin sur la terre de Titius d'une façon telle que, sur le bien-fonds de ce dernier, il a fait des racines, nous disons l'arbre est fait celui de Titius, ; le fait est que la raison ne permet pas que l'arbre soit entendu appartenir à un autre que sur le bien-fonds duquel il avait fait des racines. Et c'est pourquoi, près de la limite [des terrains], l'arbre placé, si aussi, sur le bien-fonds du voisin, a fait des racines, devient commun ».

[801] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 8, 2, 41 § 1 ; Bartolomeo Cipolla, *De servitutibus urbanorum prædiorum*, cap. 62, nb 7.

Extrait du livre premier des *Réponses* de Scævola : *« 1 - Lucius Titius, en ouvrant le mur de sa maison, dans la mesure où la rapidité de l'écoulement de la gouttière et la partie en saillie des poutres se rencontraient, a ouvert une porte sur un terrain public ; je demande, lorsque, ni aux lumières de Publius Mævius, le voisin, ni au droit de passage du voisin, il n'est fait obstacle et que l'écoulement de la gouttière, dans la maison du voisin, ne tombe pas, si Publius Mævius aura une action pour l'en empêcher. J'ai répondu que, selon ce qui est exposé, il n'en avait aucune ».*

[802] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 98 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, partie I, avis 199 à la fin ; Bartolomeo Cipolla, *De servitutibus urbanorum prædiorum*, cap. 20, nb 7 ; la glose sur D. 8, 2, 5 et sur C. 3, 34, 1 ; en argument D. 43, 19, 7.

Extrait du livre XXV des *Digestes* de Celsus : *« Si, à travers ton bien-fonds, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, quelqu'un circule, comme si, cependant, selon son droit, il avait fait cela, mais s'il en est empêché, qu'il ne l'a pas fait, l'interdit est pour lui sans effet quant au droit de passage pour les hommes et les animaux ; car, pour que cet interdit se présente, il faut qu'il ait possédé le droit de passage ».*

[803] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 1, 7.

Extrait du livre XIII *Sur les Lois Julia et Papia* d'Ulpien : *« Le droit de mettre un égout est une servitude ».*

[804] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 8, 2, 19 pr et § 1.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - Le long d'un mur commun, il est légalement permis que soit tenue une voûte faite en argile de potier, si elle est retenue d'une façon telle qu'aussi, le mur ayant été enlevé, elle demeure, si seulement elle n'empêche pas la réparation du mur commun ».*

[805] (Note de Groenewegen) Voir an argument *Institutes de Justinien*, II, i *(Des successions qui sont déférées ab intestat)*, § 31 à la fin.

« § 31. (…) Et c'est pourquoi, près de la limite [des terrains], l'arbre placé, si aussi, sur le bien-fonds du voisin, a fait des racines, devient commun ».

[806] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 43, 23, 1.

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Pour empêcher qu'il soit permis à quelqu'un de nettoyer et de réparer l'égout qui, à partir de ses constructions, dans les tiennes, aboutit, [égout] dont il est question, j'interdis que violence soit faite. Du dommage non encore survenu* (damnum infectum) *qui, par un défaut de l'ouvrage, a été fait, j'ordonnerai*

§ 27. Le DROIT D'INTERDIRE LA VUE, c'est-à-dire *le droit par lequel quelqu'un se voit interdire de voir depuis son terrain sur le terrain d'autrui*, ce qu'autrement, selon le droit commun, chacun est libre [de faire] [807].

*

Chapitre XXXV
Des servitudes rurales [808]

---

que garantie soit donnée". 1 - Sous ce titre, le préteur a soumis deux interdits, l'un, prohibitoire, l'autre, restitutoire ; le premier [est] prohibitoire. 2 - Mais le préteur a veillé avec ces interdits à ce que les égouts soient nettoyés et réparés, dont l'un et l'autre regardent la salubrité et la protection des cités ; car les saletés des égouts promettent une pestilence et une ruine de l'atmosphère, s'ils ne sont pas réparés. 3 - Mais cet interdit a été proposé quant aux égouts privés ; en effet, les égouts publics méritent un soin public. 4 - Mais un égout est un emplacement creux, par lequel une certaine eau grasse coule. 5 - Cet interdit qui, le premier, est proposé est prohibitoire, avec celui-ci, le voisin se voit empêcher de faire une violence pour empêcher que l'égout soit nettoyé et réparé. 6 - Sous l'appellation d'égout, le conduit et le tuyau sont compris. 7 - Mais, parce que la réparation et le nettoyage des égouts sont considérés regarder l'utilité publique, pour cette raison, on a décidé que, dans l'interdit, ne devait pas être ajouté "ce dont, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, de cela, tu [as] usé", pour que, même si quelqu'un avait un tel usage, cependant, il ne se voie pas empêcher, le voulant, de réparer et nettoyer l'égout. 8 - Ensuite, le préteur dit : "qui, à partir de sa maison, dans la tienne, aboutissent". La maison, ici, tu dois la recevoir à la faveur de tout édifice, c'est-à-dire, à partir de la maison de celui-ci dans ta maison. Plus largement, Labéon pensait qu'à cet interdit, il y avait lieu, si le terrain de la maison, des deux côtés, se trouvait et si, peut-être, dit-il, l'égout a été conduit à partir d'un édifice urbain sur un terrain voisin. 9 - De même, Labéon [dit] aussi que celui qui veut envoyer un égout privé dans un [égout] public doit être protégé, afin qu'envers lui, nulle violence ne soit faite. Mais, si quelqu'un a voulu faire un tel égout pour qu'il ait sa sortie dans un égout public, Pomponius écrit qu'il ne doit pas en être empêché. 10 - Ce que dit le préteur "aboutit" signifie ce qui, à partir de la maison de celui-ci, dans la tienne, aboutit, c'est-à-dire qu'il "est dirigé, s'étend, arrive". 11 - Et cet interdit regarde tant le voisin proche que les plus éloignés, à travers les maisons desquels l'égout court. 12 - D'où, Fabius Mela écrit que cet interdit se présente pour que, dans la maison du voisin, il arrive et détruise les dalles pour nettoyer l'égout. Cependant, Pomponius écrit qu'il doit être craint que, dans ce cas, une stipulation de dommage non encore survenu (damnum infectum) *ne soit exécutoire, s'il s'est préparé à réparer ce qu'à partir de la nécessité de réparer l'égout, il avait détruit. 13 - Si quelqu'un, envers moi qui nettoie l'égout ou le répare, a dénoncé un nouvel œuvre, de façon très juste, il sera dit que, méprisant la dénonciation, je peux réparer ce que j'ai institué [de réparer]. 14 - Mais aussi, il offrira une garantie de dommage non encore survenu* (damnum infectum)*, si quelque chose, avec un défaut d'ouvrage, a été fait ; car, de même que réparer et nettoyer les égouts doit être permis, de même, il doit être dit qu'un dommage, aux bâtiments d'autrui, ne sera pas causé. 15 - Ensuite, le préteur dit : "Ce qui, dans un égout public, a été fait ou que tu y as envoyé, avec quoi son usage sera rendu plus mauvais, tu le remettras dans son état initial. De même, pour que rien ne soit fait ou ne soit envoyé, je poserai l'interdit". 16 - Cet interdit regarde les égouts publics, afin que tu n'y envoies ou ne fasses rien, avec quoi son usage sera ou sera rendu plus mauvais ».*

[807] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 3, 34, 8 et là, les docteurs, et en argument D. 39, 2, 24 § 12, D. 39, 2, 25 et 26 ; Bartolomeo Cipolla, *De servitutibus urbanorum prædiorum*, cap. 62, nb 1 et 2.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Anicetus et donnée en 293 : *« Il n'est pas interdit, certes, d'élever plus haut des édifices, si la maison ne doit pas de servitude. Au vrai, si, sur ton mur, Julianus est convaincu d'avoir fait une fenêtre avec une violence ou clandestinement, il est contraint, à ses frais, d'enlever l'ouvrage et de remettre le mur dans son état initial ».*

Extrait du livre LXXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 12 - De même, voyons quand un dommage sera considéré être causé ; en effet, cette stipulation comprend le fait qu'avec un vice de la maison, de l'emplacement et de l'ouvrage, le dommage est fait. Comme par exemple, dans ma maison, j'ouvre un puits, celui-ci une fois ouvert, les veines [approvisionnant l'eau] de ton puits ont été coupées ; en serai-je tenu ? Trebatius dit que je ne suis pas tenu du dommage non encore survenu ; en effet, on ne pense pas qu'avec le vice de mon ouvrage, le dommage t'est causé sur ce bien sur lequel, de mon propre droit, j'use. Si, cependant, je creuse si profond que ton mur ne puisse plus tenir debout, du dommage non encore survenu, la stipulation sera exécutoire ».*

Extrait du livre LXXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Trebatius dit qu'aussi, reçoit un dommage celui aux lumières de la maison duquel il est fait obstacle ».*

Extrait du livre LXXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Proculus dit que, lorsque quelqu'un, légalement, a fait quelque chose sur son propre bien, bien qu'il ait promis [de garantir] le dommage non encore survenu à son voisin, cependant, celui-ci n'est pas tenu avec cette stipulation ; comme si, le long de mes bâtiments, tu as des bâtiments et que, légalement, tu les élèves plus haut, ou si, sur ton champ voisin, avec une conduite souterraine ou un fossé, tu détournes mon eau ; en effet, bien qu'ici, tu détournes envers moi l'eau et que là, à mes lumières, tu fasses obstacle, cependant, à partir de cette stipulation, une action ne se présente pas à moi, à savoir parce que celui-ci ne devra pas être considéré faire un dommage qui s'est vu interdire d'user d'un profit dont encore, il usait et il importe beaucoup [de savoir] si quelqu'un fait le dommage ou s'il s'est vu empêcher d'user du profit qu'encore, il faisait. L'opinion de Proculus me semble être vraie ».*

[808] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre de D. 8, 3 *(Des servitudes des biens-fonds ruraux).*

Ce titre renferme 38 extraits.

§ 1. Nous expliquerons semblablement les SERVITUDES RURALES par des exemples ; à celles-ci, appartiennent :

§ 2. UN DROIT DE PASSAGE, c'est-à-dire *le droit de pouvoir aller à pied sur le terrain d'autrui* [809].

[198] § 3. UN DROIT DE CHEVAUCHER, *le droit d'aller à cheval sur le terrain d'autrui* ; le droit de chevaucher comporte en lui semblablement un droit de passage, qu'il soit plus important ou moindre.

§ 4. UN DROIT DE CONDUIRE DES ANIMAUX, c'est-à-dire *le droit de mener les animaux sur la terre de quelqu'un* et celui-ci comprend un droit de passage comme un droit de chevaucher [810].

§ 5. UN DROIT DE CIRCULATION, c'est-à-dire *le droit de circuler avec des chevaux ou des voitures sur le terrain d'autrui* et il comprend un droit de passage, de chevaucher et de conduire les animaux [811].

§ 6. Celui qui possède un de ces droits doit l'utiliser de façon modérée au moindre inconvénient de son voisin [812].

[**Note de Willem Schorer sur la note 812 de Groenewegen van der Made**
Voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 3, nb 4.]

§ 7. UN DROIT DE PASSAGE NÉCESSAIRE est un droit de passage *à utiliser seulement pour la moisson, pour un cadavre ou une autre nécessité.*

§ 8. Toutes les terres qui, chez nous ne sortent pas sur une route publique ou un chemin doivent avoir un droit de passage nécessaire [813].

---

[809] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 3, 1 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 270.

Extrait du livre II des *Institutes* d'Ulpien : *« Les servitudes des biens-fonds ruraux sont les suivantes : le droit de passage pour les hommes et pour les animaux* (iter actus)*, le droit de circulation* (via) *et le droit de conduire l'eau* (aquæ ductus). *Le droit de passage [pour les hommes]* (iter) *est le droit d'aller et venir pour un homme, non aussi pour conduire un animal de trait. Le droit de passage [pour les animaux]* (actus) *est le droit de mener un animal de trait ou un chariot ; c'est pourquoi celui qui a un droit de passage [pour les hommes] n'a pas un droit de passage [pour les animaux] et celui qui a le droit de passage [pour les animaux] a aussi le droit de passage [pour les hommes] sans animal de trait. Le droit de circulation est le droit d'aller et venir et de circuler ; car le droit de circulation contient en lui le droit de passage [pour les hommes] et le droit de passage [pour les animaux]. La conduite de l'eau est le droit de mener de l'eau à travers le bien-fonds d'autrui. 1 - Dans les [servitudes] rurales, doivent être comptés les puisages de l'eau, le droit de faire aborder un troupeau à l'eau, le droit de paître, le droit de cuire la chaux et d'extraire du sable en creusant. 2 - La remise et la tolérance des servitudes induisent l'office du préteur ».*

[810] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 8, 3, 1.

[811] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 8, 3, 1.

[812] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 1, 9.

Extrait du livre V des *Digestes* de Celsus : *« Si, à quelqu'un, plus simplement, un droit de passage, à travers le bien-fonds de quelqu'un, est accordé ou laissé, à l'infini, à savoir, à travers n'importe quelle partie de celui-ci, il sera permis d'aller et de faire aller ses animaux, avec modération seulement ; car certaines choses, dans le propos, tacitement exceptées. En effet, non à travers la ferme elle-même, ni au milieu des vignes, il ne doit se voir permettre de passer et de laisser passer ses animaux, du fait qu'également, avantageusement, à travers une autre partie, il peut le faire avec un préjudice moindre pour le bien-fonds servant. Mais il est établi que, par quelque moyen que, d'abord, il avait réglé le droit de passage, dans celui-ci, il doit seulement aller et faire aller ses animaux et n'aura pas plus le pouvoir de le modifier ; comme cela, à Sabinus, a aussi semblé, [lui] qui, de l'argument du cours d'eau, usait, [cours d'eau] qu'il était permis d'abord de conduire n'importe où et qu'après qu'il y a été conduit, il n'était plus permis de déplacer ; il est vrai que cela, pour le droit de passage, doit être observé ».*

[813] (Note de Groenewegen) Voir D. 11, 7, 12 et là, Automne dans sa *Conférence du droict françois* ; *keuren* du Conseil du pays de Delft du 20 avril 1591, art. 65 et des 3 et 4 juillet 1591, art. 153, et du Conseil du Rijnland du 1er et 2 décembre 1609, art. 145 ; coutumes d'Anvers, chap. 62 *(Des oartages de succession, des servitudes et de leurs dépendances)* , art. 81, coutume de Malines, tit. 14, art. 51 et là, Paul van Christijnen. Voir en argument D. 39, 3, 1 § 23 ; Papon, *Arrests*, liv. XIV, tit. 1, art. 3.

Extrait du livre XXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un possède une tombe, mais n'a pas le droit de circulation vers sa tombe et par le voisin, se voit empêché de passer, l'empereur Antonin a dit dans un rescrit avec son père que l'on réclamait et accordait ordinairement un droit de passage à titre précaire, de sorte que, chaque fois qu'il n'est pas dû, il soit obtenu de celui qui possède le bien-fonds adjacent. Cependant, ce rescrit qui accorde une possibilité de l'obtenir n'introduit point aussi une action civile, mais, par la voie extraordinaire, le gouverneur s'interposera et, maintenant, doit contraindre à lui procurer le droit de passage à un*

[**Note de Willem Schorer sur la note 813 de Groenewegen van der Made**

Au voisin qui est privé de sortie et d'accès, est accordé un plein droit de passage, un juste prix ayant été reçu, ou du moins à titre précaire, d'user d'un passage, lorsque la nécessité l'a demandé et de le pratiquer avec le plus petit préjudice du voisin qui le souffre, comme nous venons de le voir ; ma-is ce passage diffère des autres en ce que qu'il peut nonseulement être freùmé par le propriétaire du bien-fpnds srervant, mais en outre être détruit en creusant, cependant, d'une façon telle que, se voyant demander, la nécessité pressant, de l'ouvrir, il est tenu de le procurer approprié à l'usage, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 3, nb 4.

Du reste, si rien n'est convenu entre les parties quant à la largeur du passage, on obtient dans nos usages que, si le passage a été accordé à plusieurs à travers le mêmeendroit, douze pieds sont assignés au jugement du juge, d'une façàn telle que deux véhicules puissent se céder répiproquement le passage, voir Voet, lib. 38, tit.3, nb 3. Mais, s'il est accordé à une seule personne, huit pieds suffisent, voir Cepolla, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum prædiorum*, cap ; 3, nb 4 ; *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 118, p. 315, aux mots *die breedte* - "cette largeur".]

§ 9. Les ROUTES PUBLIQUES sont *des routes communes à tout le peuple qui peuvent être utilisées par chacun* [814] ; les fruits de celle-ci appartiennent au comté.

§ 10. Sont des CHEMINS VICINAUX *les chemins qui appartiennent à différents voisins ensemble* [815] et ils ne peuvent être fermés qu'avec un consentement commun ; et les fruits appartiennent auxdits voisins.

---

juste prix, cependant, d'une façon telle que le juge, quant à l'opportunité de l'endroit, veille à ce que le voisin n'en souffre pas un grand préjudice. 1 - Dans un sénatus-consulte, il est disposé que l'usage des tombes, avec des échanges, ne sera pas profané, c'est-à-dire, à ce qu'une tombe reçoive l'usage d'une autre fréquentation. 2 - Le préteur dit : "Ce qui, pour des funérailles, aura été fait comme dépense, au titre de son recouvrement, contre celui que l'affaire regarde, j'accorderai une action en justice". 3 - Cet Édit, pour une juste cause, a été proposé, afin que celui qui a fait les funérailles poursuive ce qu'il a dépensé ; en effet, il est ainsi fait en sorte que les corps ne gisent pas sans sépulture ou que nul, quant à une autre [personne], n'en fasse les funérailles. 4 - Mais il faut que fasse les funérailles celui que celui qui est décédé a choisi ; mais, si ce dernier ne les a pas faites, il n'y a pas de pénalité pour cette affaire, à moins que quelque chose, à la faveur de cet intérêt, ne lui ait été laissé ; alors, en effet, s'il n'a pas obéi à la volonté du défunt, il en sera repoussé. Mais, si au contraire, le défunt, quant à cette affaire, n'a pas disposé et qu'à personne, cette charge n'a été déléguée, cette affaire échoit aux héritiers inscrits ; si personne n'a été inscrit, [elle échoit] aux héritiers légaux ou aux cognats et à ceux auxquels ils succèdent selon leur ordre. 5 - Les frais des funérailles sont jugés à la faveur des richesses ou de la dignité du défunt. 6 - Le préteur ou le magistrat municipal doit trancher pour les frais des funérailles, s'il y a certes de l'argent dans la succession et à partir de cet argent ; s'il n'y en a pas, il doit vendre ce qui, avec le temps, va périr, dont la rétention charge la succession ; s'il [y a] moins, s'il y avait quelque chose en or et en argent, il ordonnera que cela soit vendu ou mis en gage, pour que l'argent soit dégagé ».

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 23 - Enfin, il dit qu'aux conditions des terres, certaines lois ont été données, de sorte qu'à ces terres pour lesquelles les eaux qui coulent sont importantes, il me soit permis, à savoir, sur ta terre, d'avoir des digues ou des fossés ; si, cependant, la loi, à la terre, n'a pas été donnée, la nature de la terre doit être observée et toujours, celle du dessous, envers celle du dessus, a une servitude et la terre du dessous, naturellement, souffre cet inconvénient de celle placée au-dessus et elle doit le compenser avec un autre avantage ; en effet, de même que toute la fertilité de la terre aboutit à cette dernière, de même aussi, l'inconvénient de l'eau, vers elle, coule. Si, cependant, la loi de la terre n'est pas trouvée, l'ancienneté tient la place de la loi. Assurément, en effet, pour les servitudes, nous suivons cela, de même, de sorte que, là où une servitude n'est pas trouvée avoir été imposée, celui qui a longtemps usé de la servitude, ni avec une violence, ni à titre précaire, ni clandestinement, a eu, avec une longue coutume, légalement, la servitude comme imposée. En conséquence, nous ne contraindrons pas le voisin à renforcer les digues, mais nous, sur le terrain de celui-ci, nous les renforcerons ; cette dernière sera comme une servitude, pour laquelle, sur le bien* (in rem)*, nous avons une action utile ou un interdit ».*

[814] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 43, 11, 2.

Extrait du livre X *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Le peuple ne peut pas perdre une route publique en ne l'utilisant pas ».*

[815] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 7, 3. Voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 5, defin. 1.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Les routes vicinales qui, à partir de la réunion des terrains des personnes privées, ont été faites et dont on n'a plus la mémoire, sont au nombre des voies publiques. 1 - Mais, entre celles-ci et les autres routes militaires, il y a cette différence, [à savoir] que les routes militaires ont une issue vers la mer, dans les villes, sur des rivières publiques ou vers une autre route, mais la condition des routes vicinales est différente ; car une partie de celles-ci a, sur les routes militaires, une sortie, une partie [d'entre elles], sans aucune issue, disparaît dans l'intervalle ».*

§ 11. Quand maintenant, la terre de quelqu'un n'arrive pas à la route publique ni au chemin vicinal, ainsi, par le tribunal, lui est assigné un droit de passage nécessaire par lequel il peut arriver au plus près et au moindre dommage à la route publique [816].

[199] § 12. Celui qui doit supporter un droit de passage de nécessité ne se voit pas interdire de bêcher et d'enclore sa terre ; mais, se le voyant demander par nécessité, il doit faire une ouverture [817].

§ 13. Un DROIT DE PUISER L'EAU, c'est-à-dire *le droit de puiser l'eau du puits ou du réservoir d'autrui* [818] ; dans cette servitude est aussi compris le droit de passage ; car celui qui a une servitude a aussi tout ce sans quoi il ne pourrait pas jouir de la servitude [819] ; et l'usage est que ceux qui ont un tel droit ont ou aident à entretenir le puits ou le réservoir [820].

[**Note de Willem Schorer sur la note 818 de Groenewegen van der Made**

Il est permis au propriétaire d'entourer cette eau avec un mur, pourvu que le voisin qui jouit de la servitude ait la possibilité de l'ouvrir, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 14, nb 39.]

[**Sur la note 820 de Groenewegen van der Made**

Bien qu'il soit vrai que, comme le signale l'auteur, la réparation du puits est commune, si cependant, le propriétaire du bien-fonds dominant préfère renoncer à la servitude d'eau et de puits, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse le faire et qu'il soit aussi ainsi libéré de la réparation ; car la servitude a été établie pour se seule utilité. Mais il est demandé ce qu'il faudra statuer quant à la réparation d'un puits commun. Cette question doit être déterminée avec une distinction : en effet, ou bien le puits aura besoin d'une réparation à raison du temps passé, ou bien à raison du temps futur. Dans le premier cas, indistinctement, à raison de l'utilité déjà reçue, il est tenu de réparer le puits ; dans l'autre, par l'abandon de la réparation du puits, il est libéré, pourvu qu'il laisse tout le voisinage [la faire], voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 14, art. 47, nb 4 et 5.

Celui qui a le droit de mener à l'eau son bétail, doit veiller, autant que faire se peut, comme il a déjà été dit sur la note 813, à ne pas porter un dommage aux fruits du bien-fonds servant, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 14, nb 38.]

§ 14. Le DROIT DE CONDUITE D'EAU, c'est-à-dire *le droit de conduire l'eau à partir de l'eau de quelqu'un* [821].

§ 15. À partir des rivières publiques (*Heere-wateringen*) ou des rivières de voisinage (*Ban-wateringen*) [822], chacun peut conduire de l'eau sur sa terre, pour autant que les *keuren* n'interdisent pas une telle chose.

---

[816] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus note 812.

[817] (Note de Groenewegen) Voir Zypeus, *Notitia juris Belgici*, *De via publica*, au début.

[818] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 3, 2 § 1.

Extrait du livre IV des *Règles* de Neratius : *« 1 - Le droit de conduire l'eau et de puisage de l'eau, pour être menée à travers ce même endroit, peut aussi être à plusieurs accordé ; il le peut aussi pour que, durant des jours et des heures différents, elle soit menée ».*

[819] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 4, 11 § 1.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Si, près de ton bien-fonds, il y a pour moi un droit de conduire l'eau avec une canalisation, ces droits tacites s'ensuivent, de sorte qu'il me sera permis de réparer la canalisation, de l'approcher du plus près que je le pourrai pour la réparer, à moi et à mon ouvrier, de même, pour que le propriétaire du bien-fonds me laisse un espace par où, sur la droite et sur la gauche, j'accéderai à la canalisation et où je pourrai déposer la terre, la vase, la pierre, la sable et la chaux ».*

[820] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 5, 6 § 2 au milieu du §.

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - (…) car, dans toutes les servitudes, la réparation concerne celui qui s'est attribué la servitude, dont celui, dont le bien est grevé de la servitude. (…) ».*

[821] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 3, 2 § 2.

Extrait du livre IV des *Règles* de Neratius : *« 2 - si le droit de conduire l'eau et de puisage de l'eau est en suffisance, il peut, à plusieurs à travers ce même endroit, être accordé, afin que, les mêmes jours et aux mêmes heures, elle soit menée ».*

[822] (Note du traducteur) Dans une note de sa traduction, Robert Warden Lee observe que les *Ban-wateringen* sont des rivières soumises aux corvées à la charge de ceux qui relèvent du ban, donc à une contrainte.

§ 16. Le DROIT D'ÉCOULEMENT DE L'EAU VERS UN CHAMP est *le droit d'écouler son eau sur la terre d'autrui.*

§ 17. Selon le droit commun, chacun peut laisser l'eau courir comme elle veut courir [823]. De cela, vient l'ancien proverbe : *celui auquel nuit l'eau détourne l'eau.* Mais il y a plus de cent ans, puisque le lit de l'Ijssel était devenu plus haut après la digue que les terres coulant dedans, ainsi, les moulins pour pomper l'eau furent trouvés au moyen desquels l'eau était non seulement rapidement retirée, mais aussi rejetée du bas vers le haut et pour que l'eau ne pourrait pas revenir du haut vers le bas, on a fait des écluses que l'on ferme comme l'on veut et que l'on réouvre ; par ce moyen, toutes les terres de Hollande ont leur drainage, puisque l'eau de la terre s'enfonce dans les rigoles, des rigoles dans les fossés, des fossés dans les moulins de pompage d'eau, des **[200]** moulins de pompage d'eau dans les rivières communes ou les fleuves et des fleuves, dans la mer.

§ 18. Ce droit de faire courir l'eau en dehors de sa propre terre est le droit d'écoulement de l'eau.

§ 19. Le droit de conduire ses bêtes à travers l'eau d'autrui ou de les abreuver dans l'eau d'autrui appartient aux servitudes rurales [824].

*

Chapitre XXXVI
Comment les servitudes prédiales sont acquises

§ 1. Voyons maintenant de quelle façon les servitudes prédiales sont ACQUISES.

§ 2. En premier lieu, celle-ci sont alors acquises par l'accord qui suit la permission [donnée] là-dessus [825] ; alors, une maison qui appartient à plus d'une seule personne ne peut être grevée d'une servitude que par le consentement de tous [826].

---

[823] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 3, 1 §§ 10, 14 et 15.

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - De même, ils disent que, si l'eau court naturellement, l'action du détournement de l'eau de pluie cesse ; si, un ouvrage ayant été fait, l'eau est chassée sur la partie supérieure ou, sur la partie inférieure, est dérivée, l'action du détournement de l'eau de pluie se présente. (…) 14 - Envers celui-ci, il doit aussi être appliqué que jamais, ne se présente cette action, lorsque la nature de l'endroit lui-même porte préjudice ; car (pour le dire plus vraiment) non l'eau, mais la nature de l'endroit porte préjudice. 15 - En somme, je pense que l'action du détournement de l'eau de pluie a lieu seulement si l'eau pluviale ou celle qui, avec la pluie, s'accroît porte préjudice de façon non naturelle, mais avec la fonction d'un ouvrage, si ce n'est si, pour cultiver la terre, il a été fait ».*

[824] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 3, 1 § 1.

Extrait du livre II des *Institutes* d'Ulpien : *« 1 - Dans les [servitudes] rurales, doivent être comptés les puisages de l'eau, le droit de faire aborder un troupeau à l'eau, le droit de paître, le droit de cuire la chaux et d'extraire du sable en creusant ».*

[825] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iii *(Du séntaus-consulte Tertullien)*, § 4 ; D. 8, 1, 20 ; D. 8, 3, 1 § 2 ; D. 6, 2, 11 § 1. Cette permission est tenue pour un transport, voir D. 8, 1, 20, car l'accord et la concession de servitudes prédiales sont compris, selon les lois, sous l'aliénation des biens immeubles, voir C. 4, 51, 7, laquelle, puisqu'aujourd'hui, elle ne peut pas se faire au préjudice d'un tiers, comme des droits plus amples qui y sont posés. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, III, xxii *(De l'obligation consensuelle)* et sur *Institutes*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, § 3. Il s'ensuit aussi qu'aujourd'hui, un accord de servitudes étant fait directement ou par la main d'un notaire et des témoins ne peut pas être au préjudice des créanciers de celui qui accorde, comme cela est jugé par la Cour de Hollande de 8 février 1627 dans l'affaire de Jan Franszoon Bak, demandeur de l'exécution, contre Jan le Cocq, défendeur.

« § 4. Si quelqu'un veut, pour un voisin, établir quelque droit, avec des accords et des stipulations, il doit le faire. On peut aussi, dans un testament, obliger son héritier à ne pas élever plus haut, afin de ne pas faire obstacle aux lumières de la maison du voisin, de souffrir qu'il insère une solive dans un mur ou qu'il ait un écoulement des eaux de gouttière, ou de souffrir qu'à travers son bien-fonds, il passe ou mène l'eau à partir de lui ».

Extrait du livre V des *Œuvres posthumes de Labéon* [résumées par] Javolenus : *« Chaque fois qu'un droit de passage ou quelque droit d'un bien-fonds est acheté, Labéon pense qu'il doit être garanti que, par toi, il ne soit pas fait en sorte d'empêcher que, de ce droit, on puisse user, parce que la tradition d'un droit de cette sorte n'est pas accessible. Moi, je pense que l'usage de ce droit, pour une tradition de la possession, doit être reçu et que, pour cette raison, les interdits, comme les [interdits] possessoires, ont été établis ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXIX. La raison de notre droit souffre à peine que les servitudes prédiales promises dans une convention puissent être établies par l'usage et la patience et sans cession solennelle en justice, bien qu'ici, Grotius ne soit pas d'accord, voyez dans les *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st., cons. 316.]

§ 3. En second lieu, par une dernière volonté, ainsi, quand quelqu'un **[201]** charge son héritier d'autoriser quelque chose ou de le souffrir [827].

§ 4. En troisième lieu, par une prescription, ainsi, quand la servitude est utilisée durant un tiers de siècle [828] sans avoir égard aux distinctions subtiles qui sont faites par les jurisconsultes [829] sur ce point, excepté cependant dans le cas où la servitude était utilisée à titre précaire [830].

Extrait du livre II des *Institutes* d'Ulpien : *« 2 - La remise et la tolérance des servitudes induisent l'office du préteur ».*

Extrait du livre XVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si, quant à la livraison d'un usufruit, on agit en justice, l'action Publicienne est accordée ; de même, pour les servitudes des biens-fonds urbains établies par le biais de la tradition ou par une longanimité (peut-être, si, à travers sa maison, quelqu'un a souffert qu'une conduite d'eau soit passée) ; de même, [les servitudes] des biens campagnards, car, ici, il est établi que la tradition et la longanimité doivent être protégées ».*

Constitution de Justinien adressée à Johannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Nous consacrons que, que la loi ait empêché l'aliénation, que le testateur ait fait cela ou que le pacte de ceux qui contractent l'ait permis, non seulement la seule aliénation de la propriété ou l'affranchissement des esclaves doive être interdit, mais aussi, la remise d'un usufruit, une hypothèque, le lien d'un gage sont tout à fait interdits ; de la même façon, des servitudes et un contrat d'emphytéose ne sont imposés, si ce n'est seulement dans ces cas, dans lesquels l'autorité des constitutions, la volonté du testateur ou la teneur des accords qui a interdit l'aliénation a permis que quelque chose de tel soit fait ».*

826 (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 28 ; D. 8, 1, 2. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 8, 4 [*Des choses communes relatives au biens-fonds tant urbains que ruraux*], 18.

Extrait du livre VII des *Questions* de Papinien : *« Sabinus dit que, sur un bien commun, personne, avec le droit d'un propriétaire, ne peut faire quelque chose à l'insu de l'autre. D'où, il est évident qu'il existe un droit de l'interdire ; il est, en effet, établi que, sur un bien à égalité, la cause de celui qui interdit est plus forte. Mais, quoiqu'un associé, par son associé, puisse être empêché de faire quelque chose, cependant, il ne peut être contraint d'enlever l'ouvrage réalisé, si, alors qu'il aurait pu l'en empêcher, il l'avait laissé passer ; et c'est pourquoi, par le biais de l'action en partage d'un bien commun, le dommage pourra être réparé. Mais, si au contraire, à celui qui le fait, il n'a pas donné son accord, pour le dommage, il n'a pas l'action. Si, l'associé étant absent, au préjudice de ce dernier, il a fait quelque chose, alors, aussi, il est contraint de l'enlever ».*

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Un seul des propriétaires de maisons communes ne peut pas imposer une servitude ».*

827 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iii *(Du sénatus-consulte Tertullien)*, § 4.

« § 4. Si quelqu'un veut, pour un voisin, établir quelque droit, avec des accords et des stipulations, il doit le faire. On peut aussi, dans un testament, obliger son héritier à ne pas élever plus haut, afin de ne pas faire obstacle aux lumières de la maison du voisin, de souffrir qu'il insère une solive dans un mur ou qu'il ait un écoulement des eaux de gouttière, ou de souffrir qu'à travers son bien-fonds, il passe ou mène l'eau à partir de lui ».

828 (Note de Groenewegen) Mais voyez Groenewegen, dans son traité *De legibus abrogatis* sur C. 3, 34, 1 et sur le titre de C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans)*, nb 5.

829 (Note de Groenewegen) Voir sur D. 8, 1, 14 et sur D. 8, 5, 10, Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. XIII, cap. 83, Bronckhorst, cent. 1, assert. 92 et 93, et cent. 2, assert. 7.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« Même si les servitudes des biens-fonds campagnards, aux choses matérielles, s'ajoutent, elles sont cependant incorporelles et c'est pourquoi, avec un droit d'usage, elles ne sont pas prises ; ou, parce que les servitudes sont telles qu'elles ne comportent pas une possession certaine et continue ; personne, en effet, de façon si perpétuelle, si continue, ne peut avoir un droit de passage, de sorte qu'à aucun moment, sa possession ne soit considérée être interrompue. De même, pour les servitudes des biens-fonds urbains, cela est observé. 1 - La servitude de passage vers une tombe est du ressort du droit privé et c'est pourquoi, au propriétaire du bien-fonds servant, elle peut être remise ; et cette servitude, après la vénération de la tombe, peut aussi être acquise. 2 - Un emplacement public ou une route publique se trouvant entre [deux biens-fonds], une servitude de puisage de l'eau peut être imposée, celle de conduite de l'eau, ne le peut pas ; mais, de l'empereur, on demande ordinairement que, le long d'une route publique, il soit permis de conduire l'eau sans inconvénient public. [L'endroit] d'un emplacement sacré et religieux placé entre [deux biens-fonds] empêche aussi la servitude de passage, du fait qu'une servitude, à travers ces emplacements, envers personne, ne peut être due ».*

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, par un usage quotidien et comme une longue possession, a obtenu le droit de conduire l'eau, il ne lui est pas nécessaire de montrer, quant au droit, là où l'eau a été établie, comme à partir d'un legs ou d'un autre moyen, mais il a une action utile pour montrer que, pendant un aussi grand nombre d'années, peut-être, il n'en a possédé l'usage ni avec une violence, ni clandestinement, ni à titre précaire. 1 - Mais, avec cette action, il pourra agir en justice*

[**Note de Willem Schorer sur la note 830 de Groenewegen van der Made**

Quant à la possession à titre précaire, nous avons déjà vu ci-dessus, chap. XXXIV, § 20, sur la note 798, et van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap.14, nb 5, n'est pas en désaccord. Mais il ajoute : à moins peut-être que, par l'écoulement du temps, elle ne passe en servitude. Voyez ladite note 798 [pour voir] comment cela sera fait et si cela pourra être simplement fait.]

§ 5. Mais une construction qui a tenu debout sans plainte pendant un an et un jour est suffisamment prescrite avec cela, sauf compensation raisonnable à celui qui a subi le préjudice [831].

§ 6. Ainsi, quand un plein propriétaire de deux maisons a utilisé une maison avec un droit sur l'autre maison et que, par la suite, par le biais d'un transfert, les maisons sont divisées en propriété sans en déclarer ou dire quelque chose, ainsi, chaque maison conserve sa part et les droits préjudiciables comme auparavant [832].

---

non seulement contre celui sur le terrain duquel l'eau naît ou à travers le terrain duquel elle est conduite, mais aussi, contre tous, il pourra agir en justice, [à savoir] toute personne qui [nous] empêche de mener l'eau, à l'exemple des autres servitudes. Et, de façon générale, [pour] quiconque empêchera de mener l'eau, avec cette action, contre lui, je pourrai faire valoir mon droit en justice ».

[830] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 43, 26 *(Du précaire)*.

Ce titre comporte 21 extraits.

[831] (Note de Groenewegen) Suivant les *keuren* de Delft et des autres villes, voyez Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 14, art. 45. Avec en argument D. 43, 17 *([L'interdit] "comme tu possèdes [maintenant]" [uti possidetis])*, 1 et tout le titre.

Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Comme, ces bâtiments, dont il est traité, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire que, l'un, d'un autre, tu les possèdes, pour empêcher que tu les possèdes, j'interdis qu'une violence soit faite. Quant aux égouts, je n'accorderai pas cet interdit. Ni pour plus que ne vaudra la chose ; dans l'année où, d'abord, il y a la possibilité de faire valoir en justice son droit, je permettrai que l'on agisse en justice". 1 - Cet interdit, au sujet du possesseur du sol, a été écrit, [possesseur] que le préteur tiendra pour plus puissant dans la possession du sol, et il est prohibitoire pour garder la possession. 2 - Mais, la raison de proposer cet interdit est la suivante, [à savoir] que doit être séparée la possession de la propriété ; le fait est qu'il se fait que l'un est le possesseur, il n'est pas le propriétaire, l'autre est certes le propriétaire, mais n'est pas le possesseur ; il peut se faire que le possesseur soit de même le propriétaire. 3 - Entre les parties au procès, en conséquence, chaque fois qu'il y a une dispute de propriété ou qu'il est convenu entre les parties au procès que l'un sera le possesseur, l'autre, le demandeur ou que l'on n'en a pas convenu. Si l'on en a convenu, cela a été achevé ; l'un, de l'avantage du possesseur, dont on convient qu'il possède, s'acquitte, l'autre, [dont on ne convient pas qu'il possède], s'acquitte de la charge du demandeur. Mais, si, entre ceux-ci mêmes, il est disputé que l'un possédera, parce que l'un des deux affirme qu'il possède plus, alors, si le bien appartient au sol, sur la possession duquel on se dispute, à cet interdit, cela sera renvoyé. 4 - En conséquence, cet interdit est celui qui est communément appelé "comme tu possèdes"* (uti possidetis)*, pour conserver la possession (car la raison de cette chose est rendue, [à savoir] pour qu'une violence ne soit pas faite à celui qui possède) et, conséquemment, il est proposé après l'interdit "d'où, avec une violence"* (unde vi). *Celui-ci, en effet, rétablit une possession perdue avec une violence, cet interdit-là veille à ce que ne soit pas perdue la possession, enfin, le préteur interdit qu'au possesseur, une violence soit faite ; cet interdit, certes, attaque le possesseur, celui-là le protège. Et, comme Pedius le dit, toute la dispute quant à la possession vise à ce que ce que nous ne possédons pas nous soit restitué ou, pour celui-là, à ce qu'il nous soit permis de garder ce que nous possédons. L'arrangement de la restitution de la possession est réglé avec l'interdit ou par le biais d'une action en justice ; c'est pourquoi la méthode pour garder la possession est double l'exception ou l'interdit. L'exception est accordée à partir de nombreuses causes à celui qui possède. 5 - Mais, dans cet interdit, se trouve ceci : "ce que, ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, de lui, tu possèdes". 6 - Mais, de façon perpétuelle, l'interdit protège le possesseur d'un bien-fonds, qui est "comme tu possèdes"* (uti possidetis). *En effet, une action n'est jamais, en outre, au possesseur, accordée, mieux, il suffit à celui-ci qu'il possède. 7 - Cet interdit a lieu, que quelqu'un dise qu'il possède tout le bien-fonds ou à la faveur d'une certaine partie, ou qu'à la faveur d'un indivis, il possède. 8 - Cet interdit, sur toutes les possessions aussi qui appartiennent au sol, sans aucun doute, aura lieu, pourvu qu'on puisse les posséder. 9 - Ce que dit le préteur dans l'interdit : "ni avec une violence, ni clandestinement, ni en précaire, l'un de l'autre, tu possèdes", cela vise à ce que, si quelqu'un possède avec une violence, clandestinement ou en précaire, si, certes, [c'est] d'un autre, la possession lui profitera, mais, si [c'est] de son adversaire, il ne devra pas le vaincre à raison de ce que, de lui, il possède ; il est en effet évident que ces possessions ne doivent pas être effectives ».*

Ce titre renferme par ailleurs en tout 4 extraits.

[832] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 4, 9 ; D. 8, 1, 18 ; D. 18, 4, 2 § 19 ; coutumes d'Anvers, chap. 62 *(Du partage de succession, des servitudes et de leurs dépendances)*, art. 14 ; *Keur* du partage des biens-fonds à Rotterdam, art. 16 ; Bouvot, *Arrests*, t. 2, au mot *servitude*, quæst. 6. Mais voyez avec cela D. 8, 2, 30 et les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. II, cons. 145.

[**Note de Willem Schorer sur la note 832 de Groenewegen van der Made**

Lorsque son bien n'a de servitude envers personne, comme [le dit] l'auteur dans le chap. suivant, § 2, dans la note 836, il s'ensuit en outre que la servitude est éteinte avec la confusion du bien-fonds dominant et du bien-fonds servant, à savoir si la confusion est intervenue avec cette ontention qu'elle dure perpétuellement. Mais supposons que quelqu'un ait acquis la propriété révocable seulement du bien-fpnds dominant ou du bien-fonds servant ; dans ce cas, personne ne doute que la servitude revive. Mais imaginons que la confusion a été faite d'une fraçon telle qu'une séparation ne soit pas de nouveau faite, cependant, une nouvelle cause étant intervenue, si la séparation est intervenue par la suite, les servitudes supprimées avant la confusiuon restent éteintes, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, tit. 6, nb 3. La Laure, *Des servitudes* réelles, liv. III, chap. 8, p. 244, ne défend pas gratuitement contre Bellordeau cette sentence, mais à partir de l'autorité du droit.]

§ 7. Une servitude peut être accordée et acquise aussi sous une condition, sous une certaine mesure ou sous une mesure établie comme un chemin pour deux chevaux seulement ou sur une certaine partie de la terre pour l'utiliser à certaines périodes [833].

*

[202] Chapitre XXXVII
Comment sont perdues les servitudes [834]

§ 1. Les servitudes mêmes sont PERDUES.

§ 2. D'abord, par une confusion des propriétés du bien-fonds dominant et du bien-fonds servant, c'est-à-dire quand les deux viennent dans une seule main [835] ; car la propriété de chacun ne peut pas être tenu envers lui d'une servitude [836].

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, pour celui dont le bien-fonds, envers moi, est grevé d'une servitude, je suis un héritier et que je t'ai vendu cette succession, la servitude doit être rétablie dans son état originel, parce qu'il s'agit que, comme un héritier, toi, tu sois considéré être ».*

Paul, sur le livre XXXI des *Questions* de Papinien, relève : *« Pour toutes les servitudes qui, avec une addition, ont été mêlées, il a été répondu que l'exception de dol portera préjudice au légataire, s'il ne souffre pas que celles-ci soient de nouveau imposées ».*

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 19 - Si l'héritier institué a perdu les servitudes en acceptant la succession, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, il pourra faire valoir son droit contre l'acheteur, afin que les servitudes lui soient rendues*

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« Si quelqu'un a reçu une maison qui, envers ses bâtiments, est grevée d'une servitude, lorsqu'il l'a achetée comme livrée à lui, la servitude en a été confondue et supprimée et, si, de nouveau, il veut la vendre, nommément, la servitude doit être imposée ; autrement, elle est vendue libre. 1 - Si j'ai obtenu une partie d'un bien-fonds qui, envers moi, [est grevé d'une servitude] ou envers lequel, moi, je suis grevé d'une servitude, on décide que la servitude n'est pas confondue, parce qu'à la faveur de la partie, la servitude est conservée. C'est pourquoi, si mes biens-fonds, envers les tiens, sont grevés d'une servitude, que [tu] m'[as livré] une partie des tiens et que moi, je t'ai livré une partie des miens, la servitude demeurera. De même, l'usufruit, sur les biens de l'un ou de l'autre, acquis n'interrompt pas la servitude ».*

[833] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 1, 4 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 8.

Extrait du livre VII des *Questions* de Papinien : *« Les servitudes, selon, certes, le droit lui-même, à partir d'une période, pour un temps, sous condition ou pour une certaine condition (par exemple "aussi longtemps que je le voudrai"), ne peuvent pas être établies ; mais, cependant, si cela est ajouté, par le biais de l'exception de pacte ou de dol, on se verra présenter, à l'encontre des préceptes, une servitude à celui qui la réclame ; et cela, Cassius a rapporté que Sabinus l'avait répondu et qu'à lui, cela agréait. 1 - Il est établi qu'une mesure peut être ajoutée aux servitudes ; comme, avec quel genre de véhicule on passera ou on ne passera pas (de même, comme avec quel cheval seulement) ou qu'un certain poids sera transporté, ce troupeau sera conduit ou que du charbon sera transporté. 2 - Les intervalles des jours et des heures ne regardent pas la cause du temps, mais la mesure, selon la règle de l'établissement de la servitude ».*

[834] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre de D. 8, 6 *(Comment sont perdues les servitudes).*

Ce titre renferme 25 extraits.

[835] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 6, 1.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Les servitudes des biens-fonds sont confondues, si, de même, le propriétaire a commencé à l'être de deux biens-fonds ».*

[836] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 26 ; D. 8, 4, 10.

[**Note de Willem Schoier sur la note 836 de Groenewegen van der Made**
Comme nous venons de le voir dans le chapitre précédent, § 6, sur la note 832.]

§ 3. En second lieu, par un abandon du propriétaire du bien-fonds dominant [837].

§ 4. En troisième lieu, par une permission de quelque chose qui est contraire avec la servitude, comme par exemple dans le cas où quelqu'un permet que le terrain soit construit là où il avait un droit de passage sur lui [838].

§ 5. En quatrième lieu, par une disparition du bien-fonds dominant ou du bien-fonds servant [839], car ces servitudes ne peuvent exister qu'en deux héritages ; il est vrai que l'on peut aussi accorder à un certain homme un droit de passage ou de puisage de l'eau ; mais cela n'est pas une servitude du bien-fonds [840].

§ 6. En cinquième lieu, par la cessation du droit du concédant [841] ; car, dans le cas où quelqu'un a alourdi avec une servitude un bien-fonds dont il n'avait pas une ferme propriété,

---

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« Sur un bien commun, personne des propriétaires, légalement, ne peut rien faire d'une servitude contre le gré de l'autre, ni empêcher que l'autre le fasse ; envers personne, en effet, son propre bien n'est grevé d'une servitude. C'est pourquoi, à raison des disputes démesurées, en général, le bien en arrive à un partage. Mais, par le biais de l'action de partage de bien commun* (communi dividundo)*, un associé obtient d'empêcher qu'un ouvrage soit fait ou d'enlever cet ouvrage que [l'autre] a fait, si seulement, pour toute la société, il est utile que l'ouvrage soit enlevé ».*

Extrait du livre X *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Quoi que le vendeur, au titre d'une servitude, veuille recevoir pour lui, nommément, il faut que cela soit reçu ; car cette réception générale "ceux envers lesquels il y a en tout cas une servitude" concerne les étrangers, au vendeur lui-même, elle ne profite en rien pour conserver ses droits ; en effet, il n'en avait aucun, parce que personne ne lui doit lui-même une servitude ; mieux, si une servitude était due, qu'ensuite la propriété du bien qui doit la servitude me parvient, de façon conséquente, il est dit que la servitude est éteinte ».*

[837] (Note de Groenewegen) En argument, voir D. 8, 1, 6 et D. 50, 17, 35.

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Pour une certaine partie d'un bien-fonds, une servitude peut tant être remise qu'être établie ».*

Extrait du livre XLVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il n'y a rien d'aussi naturel que de dissoudre quelque chose comme cela a été assemblé. C'est pourquoi une obligation conclue par des paroles* (verbis) *se supprime par des paroles ; une obligation par un consentement nu se dissout par un consentement contraire ».*

[838] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 6, 8 pr.

Extrait du livre XV *Sur Plautius* de Paul : *« Si j'ai le droit d'introduire un écoulement d'eau sur ta surface et que je t'ai permis le droit de construire sur cette surface, je perds le droit d'y introduire un écoulement d'eau. Et, semblablement, si, à travers ton bien-fonds, un droit de passage m'est dû et que je t'ai permis, sur cet endroit à travers lequel le droit de passage m'était dû, de faire quelque chose, je perds le droit au passage ».*

[839] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 6, 14 § 1 et *Institutes de Justinien*, II, iii *(Du sénatsus-consulte Tertullien)*, § 3.

Extrait du livre X *Repris de Cassius* de Javolenus : *« 1 - Quand une voie publique, avec le brusque mouvement d'une rivière ou sa ruine, a été perdue, le voisin le plus proche doit fournir le passage ».*

« § 3. Mais celles-ci sont appelées servitudes de biens-fonds pour la raison que, sans biens-fonds, elles ne peut pas être établies. En effet, personne ,e peut acquérir une servitude d'un bien-fonds urbain ou rural, à moins qu'il n'ait un bien-fonds, et ne doit rien, à moins qu'il n'ait un bien-fonds ».

[840] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 2, 4 et 37 ; D. 8, 5, 2 § 2.

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« Dans la servitude établie pour [laisser pénétrer]* [840] *les lumières, on considère qu'il a été acquis que le voisin reçoit nos lumières ; mais, quand la servitude est imposée de ne pas, aux lumières, faire obstacle, nous sommes surtout considérés avoir obtenu qu'il n'y a pas de droit pour le voisin, contre notre gré, de construire et ainsi, de diminuer les lumières de nos maisons ».*

Extrait du livre VII des *Digestes* de Julianus : *« De même, il en est, si, à deux [personnes], il a cédé les maisons ».*

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - À bon droit, Neratius écrit que, si l'usufruit d'un endroit situé au milieu est légué, le droit de passage aussi le suit (à savoir à travers ces endroits du bien-fonds, à travers lesquels celui qui a cédé l'usufruit l'aura établi), dans la mesure où le droit de jouissance en est nécessaire ; car il faut savoir que le droit de passage qui, pour en jouir, à l'usufruitier, est procuré, n'est pas une servitude ; en effet, une servitude ne peut, envers l'usufruitier d'un terrain, être due ; mais, si, envers le bien-fonds, elle est due, l'usufruitier lui-même, de celle-ci, usera ».*

[841] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 20, 1, 31.

Extrait du livre I[er] des *Réponses* de Scævola : *« La loi de la rente dite pour un bien-fonds était que, si, après un certain délai, la rente n'avait pas été payée, ce bien-fonds reviendrait au propriétaire ; par la suite, ce bien-fonds, par le possesseur, a été donné en gage ; il a été demandé si, à bon droit, en gage, il a été donné. [Scævola] a répondu que, si de l'argent intervenait, il y avait un gage. 1 - De même, il est demandé, si, alors que, pour le paiement de la rente, tant le débiteur que le créancier ont cessé [de la payer], en*

comme par exemple quelqu'un qui a légué une maison avec la charge qu'il ne doit pas la transférer à un autre dans le cas où une certaine paix est conclue, le droit de celui qui alourdit se terminant, ainsi, la servitude prend aussi une fin [842].

§ 7. En sixième lieu, par non-usage pendant un tiers de **[203]** siècle [843], à savoir dans le cas où le propriétaire du bien-fonds dominant, en ayant eu l'occasion [844], pendant autant de temps, n'a pas mis en œuvre la servitude [845] par lui-même ou ceux qui ont de son droit, comme ceux qui ont un droit d'usage ou un usufruit [846].

---

outre, il a été prononcé que le bien-fonds se trouvait conformément à la loi du propriétaire, dont la cause est plus forte. [Scævola] a répondu que, si, comme il est exposé, la rente n'ayant pas été payée, le propriétaire a usé de son droit, le droit du gage aussi avait disparu ».

[842] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 6, 11 § 1.

Extrait du livre IV des *Digestes* de Marcellus : *« 1 - Un héritier, lorsqu'un bien-fonds a été légué sous condition, lui a imposé des servitudes ; elles seront éteintes, quand la condition du legs se réalise, voyons si celles qui ont été acquises suivront le légataire. Il doit plus être dit qu'elles le suivent ».*

[843] (Note de Groenewegen) Mais voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 34 *(Des servitudes et de l'eau)*, 1 et 23, et sur le titre de C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

[844] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 14.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Tandis qu'un telle question était abordée dans les livres de Sabinus : en effet, une certaine personne, avec son voisin, s'est accordée afin qu'il lui soit permis, par lui ou par ses esclaves, à travers la terre du voisin, de faire un passage et d'avoir un droit de passage un jour seulement pendant cinq ans, dans la mesure où, pour lui, il y a la possibilité de passer de là dans son bois et d'y couper des arbres ou de faire tout ce qui, pour lui, avait été envisagé, il était demandé quand une servitude de cette sorte, par un non-usage, était perdue ; certains ont pensé que, si, dans la première période ou la seconde des cinq ans, par cette route, on n'était pas allé, cette même servitude était ôtée comme ayant été perdue par un non-usage pendant deux ans, chaque jour des cinq ans étant compté pour une année, d'autres ayant choisi une autre opinion, il nous a plu d'ajourner la cause d'une façon telle que, parce que déjà, par la loi portée par nous* (cf. C. 3, 34, 13)*, il a été prévu que les servitudes, par un non-usage pendant deux ans, périssaient, mais que, pendant le cours de dix ou vingt ans et, dans l'espèce exposée, si, pendant quatre ou cinq ans, un jour, lui-même ou ses esclaves, de cette même servitude, n'ont pas usé, alors, ils perdront totalement celle-ci avec un repos de vingt ans. En effet, celui qui, durant une période si longue et si étendue, n'a pas suivi son droit, avec un regret tardif, avait souhaité revenir à la servitude originelle. 1 - Mais, comme il est d'un droit très clair que les fruits arides, avec le foulage des pieds qui, sur le terrain, est fait, montrent leur nature et leur utilité, que quelqu'un interdisait que son voisin élève ainsi une construction le long de son terrain, afin que le vent soit exclu et que les pailles, par un obstacle de cette sorte, ne puissent pas être séparées des fruits, comme interdisant que le vent apporte sa force à travers tout l'endroit à partir d'une construction de cette sorte, quand, selon la situation de la région et l'aide du vent, il arrive. C'est pourquoi nous consacrons qu'à personne, il n'est permis d'édifier ainsi ou, d'une autre façon, de s'appliquer à ce qu'il brise le vent approprié et suffisant à l'ouvrage ci-devant dit et rende inutile à son propriétaire l'aire et sans profits les fruits ».*

[845] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 7 ; C. 3, 34, 13 et 14.

Constitution de Justin adressée à Archelaus, Préfet du prétoire, et donnée en 525 : *« Comme il est d'un droit très connu que l'action hypothécaire, pour les étrangers détenteurs d'un bien certes supposé pendant une période de trente ans, si le silence n'a pas été interrompu comme il a été disposé dans la loi, c'est-à-dire aussi, par la seule convention, ou si l'exception d'un âge impubère est montrée, mais contre les débiteurs eux-mêmes, leurs premiers héritiers ou ultérieurs, elle n'expire avec aucun cours des lustres, nous avons pensé qu'il appartenait à notre prévoyance de corriger aussi cela, afin que les possesseurs ne soient pas tenus par une crainte presque immortelle. 1 - Pour cette raison, nous ordonnons que la poursuite des hypothèques qui est soulevée pour les biens se trouvant chez les débiteurs ou chez les héritiers des débiteurs, non au-delà de quarante ans, à partir de quoi elle commence à se présenter, est prolongée, à moins qu'une convention ou l'âge, comme il a été dit, ne soit intervenue, afin que la différence de la poursuite du bien des deux qui, contre le débiteur ou ses héritiers et celle qui est soulevée contre des étrangers, soit dans ce seul nombre d'années, mais, pour toutes les autres, les deux sont semblables ; à savoir dans une action personnelle pour ceux qui gardent ce que la justice originelle des constitutions a consacré. 2 - Mais, du fait qu'était agitée aussi dans les controverses judiciaires [la question de savoir] si un créancier qui soutient des droits antérieurs peut troubler un créancier postérieur qui tient une hypothèque au-delà de trente ans, vu que nous avons amené comme nécessaire que cela rompt la représentation du débiteur qui l'obtient et qui possède. 2a - Et nous consacrons que, tant que le débiteur commun vit, ne peut pas, au créancier antérieur, être opposée l'exception de trente ans, mais qu'il y a lieu à une prescription de quarante ans, parce que, tant que celui-ci vit, à juste titre, le créancier antérieur a confiance, vu que, chez son débiteur, la possession, par le créancier postérieur, a été établie. 2b - À partir de ce que , dans ses destins, le débiteur est mort, comme en son nom, le créancier postérieur qui possède, à juste titre, peut opposer la prescription de trente ans et selon cette distinction, le compte du temps doit être employé, afin qu'à partir de sa personne, le créancier postérieur oppose les trente années que lui-même, après la mort du débiteur, possédait ; mais, si au contraire, il a voulu joindre à sa possession qu'après la mort du débiteur, il avait, aussi, le temps dans lequel, le débiteur étant vivant, le créancier lui-même ou le débiteur commun a détenu, alors, les droits de l'exception sont étendus à quarante ans et, pour autant qu'il manque pour la possession de quarante ans par laquelle le débiteur le débiteur lui-même avait pu repousser le créancier, cela montre qu'il avait possédé. 3 - Le même droit étant observé en faveur du compte*

[**Note de Willem Schorer**

Ce que l'auteur enseigne ici est vrai avec la limitation que nous avons employée, chap. XXXIV, § 20, sur la note 798.]

*

Chapitre XXXVIII
Du domaine utile [847] en général

§ 1. Ayant parlé des droits qui sont ATTACHÉS AU BIEN-FONDS, venons-en aux DROITS QUI N'Y SONT PAS ATTACHÉS.

§ 2. Ceux-ci sont ceux qui servent à un UTILITÉ et à une SÛRETÉ.

§ 3. Une UTILITÉ est pour le PRÉSENT ou pour l'AVENIR.

---

du temps, si le créancier postérieur s'est préparé à offrir au créancier antérieur la dette et que ce créancier s'est résolu à lui opposer la prescription de longue durée de la possession. 4 - Mais il est plus que clair que, dans tous les contrats, dans lesquels, sous quelque condition, sous un termes certain ou incertain, des stipulations et des promesses ou des pactes sont posés, après la réalisation de la condition ou après l'échéance du terme certain ou incertain, les prescriptions de trente ou quarante ans qui, aux actions personnelles ou hypothécaires, sont opposées, reçoivent leur début. 4a - D'où, il arrive que, dans les mariages dans lesquels la reprise de la dot ou de la donation [faite] avant les noces, à la date incertaine de la mort ou du divorce, est ordinairement différée, après la dissolution du mariage, les cours de ces mêmes prescriptions à opposer, de même, aux actions personnelles ou hypothécaires commenceront. 5 - Mieux, sans aucun doute, il y a que, si l'un de ceux auxquels quelque chose est dû, il a tenu les biens à lui supposés sans violence, par cette détention, l'interruption du temps écoulé est faite, s'il s'est écoulé moins de trente ou quarante ans, et beaucoup plus que si l'interruption avait été introduite par une convention, du fait que cette détention imite le début du débat judiciaire [devant le juge]. 5a - Mais, si l'un des débiteurs, pour la reconnaissance de sa dette, selon la caution, au créancier, l'a exposée, les périodes des prescriptions rappelées seront considérés avoir été interrompues, pour autant que cela regarde la première caution, à savoir celle qui, ayant été renouvelée, est restée tant pour les actions personnelles qu'hypothécaires. Car, il est malhonnête que le débiteur contredise, lui qui, pour que, sous l'accusation du créancier, ce ne soit pas fait, a exposé une seconde caution pour celui-ci sur cette dette. 6 - Dans ces promesses aussi, dans les legs ou les autres obligations qui contiennent une remise pendant chaque année ou mois, ou quelque autre période particulière, il est clair que les périodes des prescriptions rappelées ne sont pas comptées à partir du début d'une telle obligation, mais à partir du début de chaque année, mois ou autre période particulière. 7 - À savoir aucune possibilité ne devant être accordée à celui qui, avec un droit emphytéotique, a détenu quelque bien pendant quarante ans ou quelconques autres années, de dire qu'à partir du temps écoulé, la propriété sur ces mêmes biens lui a été acquise, du fait que, dans le même état, il faut que les biens remis avec un droit emphytéotique restent toujours, ou de dire au preneur ou au procurateur des biens d'autrui qu'à partir d''un cours quelconque du temps, il ne doit pas rendre la possession au propriétaire qui veut, après la période accomplie de la prise de bail, la recevoir ».

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Du fait que l'antiquité doutait, l'usufruit d'une habitation ayant été légué, pour le premier, certes, auquel il est semblable, [de savoir] si l'habitation était un droit d'usage ou un usufruit, ou aucun des deux, mais un droit propre et une nature spéciale, mais par la suite, su celui auquel l'habitation a été léguée pouvait la louer ou revendiquer pour lui la propriété, en réglant le joug des auteurs, nous retranchons avec une réponse abrégée tout doute de cette sorte. 1 - Et si, certes, il a laissé une habitation, il nous a semblé pencher vers une sentence plus humaine et donner au légataire la possibilité d'une location. En effet, que le légataire lui-même y demeure ou le cède à un autre, en quoi est-ce différent qu'il reçoive un loyer ? 2 - Et beaucoup plus, s'il a laissé l'usufruit d'une habitation, du fait qu'il sera considéré a voir satisfait à trop de subtilité aussi, en ajoutant le nom d'usufruit. 3 - Le fait est que nous voulons que l'habitation soit valide pour autant qu'il ne précède pas l'usufruit et que le légataire n'espère pas la propriété de l'habitation, à moins que, particulièrement, avec des preuves très claires, le légataire ne puisse montrer que la propriété de la maison lui avait été laissée ; alors, en effet, à la volonté du testateur, par toutes choses, il faut obéir. 4 - Nous jugeons que cette décision a lieu pour toutes les manières avec lesquelles un habitation peut être établie ».*

Le dernier texte est donnée dans la note précédente

[846] (Note de Groenewegen) Voir D. 8, 6, 20 et 21.

Extrait du livre premier des *Règles* de Scævola : *« Avec un usage, sera conservée la servitude, quand celui-là même auquel elle est due, en use, [servitude] qui, en sa possession, se trouve, comme le domestique à gages, comme l'hôte, comme le médecin ou celui qui, pour visiter le propriétaire, arrive, comme le colon ou l'usufruitier … »*

Extrait du livre V des *Sentences* de Paul : *« …, l'usufruitier, bien qu'en son propre nom ».*

[847] (Note du traducteur) Nous suivons ici l'indication que donne Grotius dans la marge, qui met pour le mot néerlandais *togt*, qui signifie "usufruit", la signification "domaine utile". Ce même mot sera cependant traduit par "usufruit" dans la suite. D'après la définition que donne Grotius de ce droit dans le § 5, il semble cependant que le mot *togt* aurait tout aussi bien pu être directement traduit par "usufruit".

§ 4. Les DROITS SERVANT À UNE UTILITÉ PRÉSENTE sont le DOMAINE UTILE ou MOINDRE QUE LE DOMAINE UTILE.

§ 5. Le DOMAINE UTILE [est] *un droit de tirer les fruits de la chose d'une autre personne sans amoindrissement de la chose* [848].

[**Note de Willem Schorer**

En Hollande, il a été jugé que pour le vêtement et tout l'appareil et également sur toute la vaisselle de reste, il n'y a pas un quasi-usufruit, mais un véritable usufruit et qu'en rendant chacun des corps des fruits, même en mauvais état, pourvu que le dol de celui-ci ne soit pas intervenu, en effet, on ne doit pas favoriser les méchancetés, il n'est pas contraint de procurer la garantie de rendre l'estimation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 7, nb 14 à la fin, et la Cour a jugé selon cela le 14 mai 1612, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 358. Il y a plus souvent un doute sur le droit [de savoir] si un usufuruit a été seulement légué ou un droit de pleine propriété ; voyez ce que j'ai relevé ci-dessus, liv. II, chap. XX, § 14, sur la note 477

§ 6. Nous disons *la chose d'une autre personne* ; car, bien que le domaine utile soit avec une certaine propriété [849], cependant, l'usage est que, comme il est dit ci-dessus, soit nommé le propriétaire qui a le droit de réversion [850].

§ 7. Sous le mot *fruits*, ne sont pas seulement entendus **[204]** ceux proviennent de la chose elle-même, comme l'herbe, ou arrivent par une nature propre avec les hommes, comme le blé [851].

§ 8. Mais aussi, ceux qui viennent seulement par l'activité des hommes, comme la location de maisons [852] et tout le profit qui provient de la chose, comme la portée des bêtes, la laine, le lait et ainsi de suite [853].

---

[848] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(Du sénatus-consulte Orfitien)*, pr, et D. 7, 1, 1.

« L'usufruit est le droit d'user et de jouir des biens d'autrui, étant sauve la substance des biens. En effet, le droit est sur le corps ; celui-ci étant enlevé, il est nécessaire que lui-même soit supprimé ».

Extrait du livre III *Sur Vitellius* de Paul : *« L'usufruit est le droit d'user et de jouir des biens d'autrui, étant sauve la substance des biens ».*

[849] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 4 et là, les docteurs.

Extrait du livre II *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« L'usufruit, dans de nombreux cas, est une partie de la propriété et c'est ce qui, actuellement ou à partir d'une date, peut être donné ».*

[850] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 1 aux mots *au propriétaire du bien*.

Constitution de Zénon, adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476/484 : *« Nous avons établi que le droit emphytéotique ne doit pas être ajouté aux titres de la location et de la vente, mais que ce droit est un troisième droit, séparé des deux autres par l'association ou la ressemblance des contrats rappelés : il a une expression et une définition propres et il est juste qu'il soit un contrat valide dans lequel toutes les choses qui sont décidées entre les deux parties cocontractantes sur tous les cas, même fortuits, dans les accords passés et mis par écrit, devront être gardées par tous moyens intégralement et fermement de façon stable et perpétuelle, de telle façon que, si, entre-temps, ces choses survenaient par cas fortuits, qui n'avaient pas été définies dans l'accord de la convention, si du moins un grand dommage apparaissait qui causerait encore la destruction de la chose même qui avait été donnée par l'emphytéose, il serait imputé, non au preneur emphytéotique, auquel il n'est rien resté, mais au propriétaire du bien qui n'avait envisagé dans aucun contrat ce qui surviendrait par fatalité. Mais, si au contraire, se produit un dommage particulier ou autre de peu d'importance, par lequel la substance même de la chose serait à peine endommagée, il ne fait aucun doute que cela doive être à la charge propre du preneur emphytéotique ».*

[851] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 9 et 45 ; D. 41, 1, 48. Il est entendu par la Haut Conseil de Hollande que les rentes viagères qui tombent chaque année sont comptées par mi les fruits, voir Cooren, *Observationes*, obs. 7 ; mais pour ce qui concerne la tourbe qui est retirée par l'usufruitier des tourbières, voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 3, defin. 2 et 3

[852] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 7 § 1 ; D. 6, 1, 62.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - D'un bien immobilier, comme par exemple une maison, l'usufruit ayant été légué, tout le revenu qui en vient appartient à l'usufruitier et chaque revenu qu'il y a provenant des bâtiments, des terrains et des autres choses, et tout ce qui appartient aux maisons. D'où, on a décidé que ce celui-ci était mis en possession des maisons voisines à raison du dommage non encore survenu* (damnum infectum) *et que, selon le droit de propriété, il posséderait ces maisons, si l'on continuait à ne pas en donner garantie et qu'il ne perdait rien, une fois terminé l'usufruit. Avec cette raison, Labéon écrit qu'il n'était pas permis au propriétaire, contre ton gré, de l'élever plus haut, de même que, l'usufruit d'une surface ayant été légué, une construction, sur la surface, ne peut être placée ; je pense cette opinion vraie ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXX. Bien que les revenus de l'armement des navires soient dans les fruits, voir D. 7, 1 *(De l'usufruit et comment on en use et en jouit)*, 12 § 1, du fait que, cependant, la faute du navigant doit être garantie sur eux, voir D. 6, 1 *(De la revendication d'un bien)*, 16 § 1, et 36 § 1 ; D. 7, 1, 65 pr, et qu'il est quotidien que cette précaution du soin des marchands contre les périls de la mer et de l'uasge d'assurer les navires a été négligée, le navire ayant disparu, l'usufruitier doit le garantir.]

§ 9. Nous disons *sans amoindrissement de la chose*, c'est-à-dire clairement, selon le dire des hommes de bien ; car un usufruitier qui utilise autrement la chose est tenu de réparer le dommage [854] ; cependant, à la place des arbres morts d'un verger, ou des bêtes d'un troupeau, l'usufruitier doit, à partir de nouveaux venus, les remplacer [855].

Extrait du livre VI des *Questions* de Papinien : *« Si un navire, d'un possesseur de mauvaise foi, est réclamé, les fruits doivent être évalués, comme dans une auberge ou sur une terre qui sont ordinairement louées. Cela n'est pas contraire au fait que, quant à l'argent mis en dépôt qu'un héritier n'a pas touché, il n'est pas contraint de payer les intérêts ; car, quoique surtout le prix d'un transport, comme l'intérêt, par nature, n'arrivent pas, mais que, légalement, [l'intérêt] soit perçu, cependant, le prix d'un transport peut être souhaité, parce que le possesseur du navire ne doit pas garantir au demandeur le risque, du fait que l'argent, au risque de celui qui le donne, est prêté à intérêt. 1 - Mais, de façon générale, quand, quant à l'évaluation des fruits, la question est posée, il est établi que l'on doit faire attention à ce que le possesseur de mauvaise foi n'ait pas les fruits, mais que le demandeur ait pu avoir les fruits, s'il lui était permis de posséder. Julianus approuve aussi cette opinion ».*

[853] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(Des successions qui sont déférées ab intestat)*, § 37 ; D. 7, 1, 68 § 1.

« § 37. Dans le fruit des troupeaux, aussi, il y a les petits, comme le lait, le poil et la laine ; c'est pourquoi les agneaux, les chevreaux, les veaux et les poulains, immédiatement, au propriétaire usufruitier, selon le droit naturel, appartiennent. Mais le petit d'une servante, dans les fruits, ne se trouve pas et pour cette raison, il appartient au propriétaire de la [nue]-propriété ; en effet, il était considéré absurde qu'un homme, dans un fruit, se trouvât, du fait que la nature des choses a procuré tous les fruits pour les hommes ».

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Cependant, Sabinus et Cassius sont d'avis que les petits des troupeaux, à l'usufruitier, appartiennent ».*

[854] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 9 et 65 ; D. 7, 9, 1.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« De même, si l'usufruit d'un bien-fonds a été légué, tout ce qui, sur le bien-fonds, naît et tout ce qui, de là, peut être reçu est un fruit de ce même bien-fonds, ainsi, cependant, de sorte que, selon le jugement d'un homme de bien, on en jouisse. Car Celsus, dans le livre XVIII de ses Digestes, écrit que celui-ci peut être contraint de le cultiver. 1 - Et, si des abeilles, sur ce bien-fonds, se trouvent, l'usufruit aussi de celles-ci lui appartient. 2 - Mais, s'il comporte des carrières de pierre et qu'il veut abattre une pierre ou qu'il comporte des crayères ou des sablières, de tout ceci, Sabinus écrit qu'il usera comme un bon père de famille ; je pense cette opinion vraie. 3 - Mais, si ces carrières, après le legs de l'usufruit, ont été trouvées, du fait que l'usufruit de toute la terre est laissé et non des parties, elles sont comprises dans le legs. 4 - Comme voisin de cela, a été traité [le point] qui est ordinairement traité pour ce qui s'est ajouté ; et l'on a décidé que l'usufruit d'une alluvion aussi, à l'usufruitier, appartenait. Mais, si une île, le long du bien-fonds, sur une rivière, est née, Pegasus dit que l'usufruit de celle-ci n'appartient pas à l'usufruitier, quoiqu'à la propriété, elle s'ajoute ; en effet, elle est comme un bien-fonds propre, dont l'usufruit ne t'appartient pas. Cette opinion n'est pas sans raison, car, là où se cache un accroissement, l'usufruit sera augmenté, mais, là où il apparaît comme séparé, envers l'usufruitier, il ne s'ajoute pas. 5 - Cassius, dans le livre VIII de droit civil, dit que le revenu des chasses aux oiseaux et des chasses appartient à l'usufruitier et donc, ceux des pêches. 6 - Mais je pense que le fruit d'une pépinière appartient à l'usufruitier, cependant, d'une façon telle qu'il lui soit permis de vendre et de semer ; il doit, cependant, pour ensemencer la terre, toujours renouveler la pépinière préparée, comme si elle était un équipement de la terre, afin qu'une fois l'usufruit terminé, au propriétaire, elle soit rendue. 7 - Mais il (*i. e.* l'usufruitier) doit avoir le fruit de l'équipement ; cependant, il n'a pas la possibilité de vendre. Car, si l'usufruit d'un bien-fonds a été légué et qu'il y a une terre, d'où le père de famille utilise ordinairement le jonc, le saule ou le roseau, sur le bien-fonds dont l'usufruit a été légué, je pense que l'usufruitier peut en user dans la mesure où il n'en vend rien, à moins que, peut-être, l'usufruit du saule, d'échalas de forêt ou de roseau ne lui ait été légué ; alors, en effet, il peut les vendre. Car Trebatius écrit que l'usufruitier peut couper une forêt ou du roseau, comme un père de famille les coupe, et les vendre, bien qu'un père de famille ne les vende ordinairement pas, mais que lui-même en use ; en effet, à la mesure, cela doit être rapporté, et non à la qualité de celui qui en use ».*

Extrait du livre V *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Mais, lorsque l'usufruitier doit réparer ce qui, avec son acte ou celui des siens, a été détérioré, il ne doit pas être absous, bien qu'il se soit préparé à abandonner l'usufruit ; en effet, il doit lui-même faire tout ce qu'un diligent père de famille, dans sa maison, fait. 1 - Un héritier ne doit pas plus réparer ce que le testateur a laissé comme ayant été, par la vétusté, déjà détérioré que si le testateur avait légué la propriété à quelqu'un ».*

Extrait du livre LXXIX *Sur l'Édit* d'Ulpien : *« Si l'usufruit d'un bien a été légué, il a semblé très juste au préteur que, quant à deux choses, le légataire donne garantie : qu'il en usera conformément au jugement d'un homme de bien et, lorsque l'usufruit a cessé de lui appartenir, qu'il en restituera ce qui en restera. 1 - Cette stipulation doit être faite, que le bien soit meuble ou immeuble. 2 - Il faut savoir que, pour les fidéicommis, elle doit être adaptée. Clairement, si, à partir d'une donation à cause de mort, l'usufruit est*

§ 10. Le DOMAINE UTILE est un *usufruit viager* [856] ou un *usufruit héritable.*

*

Chapitre XXXIX
De l'usufruit [viager] [857]

§ 1. L'USUFRUIT [VIAGER] est un *usufruit pour la vie de l'usufruitier* [858].

§ 2. Un usufruit a lieu sur un bien meuble ou immeuble, à l'exception du bien consommable, c'est-à-dire ce qui disparaît par l'usage, comme l'argent, le vin, le blé [859].

§ 3. Un usufruitier est tenu de donner garantie au propriétaire que le bien ne sera pas utilisé autrement que convenablement et que le bien, à la fin de l'usufruit, retournera de plein droit

---

établi, à l'exemple des legs, cette garantie devra être fournie ; mais, si, à partir d'une quelconque cause, l'usufruit a été établi, de même, il faut le dire. 3 - Mais [le légataire] doit garantir que, conformément au jugement et la vision d'un homme de bien, l'usufruit sera mené, c'est-à-dire qu'il ne rendra pas la cause de l'usufruit plus mauvaise et qu'il fera les autres choses que, sur son propre bien, il aurait faites. 4 - Mais, à bon droit, l'héritier et le légataire le feront, quand le légataire commence à en jouir, si, dans une attestation, ils ont rapporté quel serait le bien, de façon à ce que, de là, il puisse apparaître si et dans quelle mesure le légataire a détérioré le bien. 5 - Il a été considéré plus utile, avec une stipulation quant à cela, de garantir que, si quelqu'un n'en use pas conformément au jugement d'un homme de bien, la stipulation sera exécutoire immédiatement et que nous n'attendrons pas que soit perdu l'usufruit. 6 - La stipulation comporte ces deux causes, l'une, si quelqu'un en use autrement qu'un homme de bien l'aurait jugé, l'autre, quant à la restitution de l'usufruit. La première de celles-ci est exécutoire, dès qu'autrement [qu'il faut], il en aurait usé, et, plus souvent, elle sera exécutoire ; la seconde est exécutoire, une fois l'usufruit terminé. 7 - Mais, [quant à] ce que nous avons dit qu'on restituerait ce qu'il en resterait, le propriétaire stipule non le bien lui-même (inutilement, en effet, il sera considéré stipuler son propre bien), mais il stipule qu'on en restituera ce qu'il en restera. Mais, parfois, une évaluation de la propriété sera faite, si, peut-être, l'usufruitier, alors qu'il peut interrompre une usucapion, a négligé [de le faire] ; en effet, il reçoit tout le soin du bien ».

[855] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(Des successionsqui sont déférées ab intestat)*, § 38 ; D. 7, 1, 68 § 2.

« § 38. Mais, si quelqu'un a l'usufruit d'un troupeau, à la place des têtes mortes, à partir des petits, l'usufruitier doit les remplacer, comme, à Julianus, cela a semblé, et à la place des vignes ou des arbres morts, il doit en substituer d'autres. En effet, à bon droit, il doit cultiver comme un bon père de famille le doit ».

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Clairement, si l'usufruit d'un troupeau ou d'un troupeau d'animaux de labour a été légué, il devra, à partir des petits, compléter le troupeau, c'est-à-dire, à la place des têtes défuntes ».*

[856] (Note du traducteur) Nous avons ainsi traduit le mot néerlandais *lyf-togt*, qui peut être également rendu par "viage", signifiant ainsi un usufruit viager. Mais il peut être simplement rendu aussi par le mot français "usufruit". L'ajout de l'adjectif "viager" se justifie par la définition que va en donner Grotius dans le § 1.

[857] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre des *Institutes*, II, iv, *(De l'usufruit)*, de D. 7, 1 *(De l'usufruit et comment quelqu'un a l'usufruit)* et de C. 3, 33 *(De l'usufruit, du droit d'habitation et du service des esclaves).*

Le titre du Digeste renferme en tout 74 extraits et celui du Code, 17 constitutions.

[858] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(Du sénatus-consulte Orfitien)*, § 3.

« § 3. Mais l'usufruit est terminé avec la mort de l'usufruitier, avec deux amoindrissements du statut civil (capitis deminutio)*, le plus grand et le moyen et avec un non-usage pendant une limite et une période convenables. Notre constitution* (cf. C. 3, 33, 16) *a statué tout cela. De même, est fini l'usufruit, si, au propriétaire de la [nue]-propriété, par l'usufruitier, il est cédé (car, un étranger le cédant, il n'est rien fait) ; ou en sens contraire, si l'usufruitier a acquis la propriété du bien, chose qui est appelée une consolidation. En plus de cela, il est établi que, si des bâtiments, par un incendie, ont été consumé ou aussi des terres, par un tremblement de terre ou par leur défaut, sont écroulées, l'usufruit est éteint et pas même l'usufruit du terrain n'est dû ».*

[859] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(Du sénatus-consulte Orfitien)*, § 2.

« § 2. Mais l'usufruit est établi non seulement sur un bien-fonds et des maisons, mais aussi sur des esclaves, des animaux de trait et d'autres biens, étant exceptés ceux qui, par l'usage lui-même, sont consommés ; car ceux-ci, ni selon la raison naturelle ni selon la raison civile, ne reçoivent un usufruit. Dans ce nombre, il y a le vin, l'huile, le blé, les vêtements. Proche de ceux-ci, il y a l'argent compté ; car, dans l'usage lui-même, avec un échange continuel, d'une certaine façon, il est éteint. Mais, à raison de l'utilité, le Sénat a jugé qu'aussi, l'usufruit de ces biens pouvait être établi, de sorte, cependant, qu'à ce titre, à l'héritier, il soit donné une garantie. C'est pourquoi, si un usufruit d'argent a été légué, il est donné au légataire d'une façon telle que le légataire donne garantie à l'héritier quant à la restitution de l'argent, s'il meurt ou s'il est amoindri dans son statut civil. Les autres biens sont aussi transférés au légataire d'une façon telle qu'ils deviennent les siens ; mais, ceux-ci ayant été évalués, il donne garantie que, s'il meurt ou s'il est amoindri dans son statut civil, autant d'argent sera rendu que ces biens auront été estimés. En conséquence, le Sénat n'a pas créé, certes, l'usufruit de ces biens, (en effet, il ne le pouvait pas), mais, par le biais de la garantie, il a établi un quasi-usufruit ».

au propriétaire [860] ; laquelle sûreté **[205]** ne peut elle-même être remise à l'usufruitier par une dernière volonté [861].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici que la garantie doit être procurée par l'usufruitier quant à l'usage du bien en usufruit à la façon d'un bon père de famille et de le rendre, l'usufruit une fois terminé, à un point tel que celle-ci n'est pas à bon droit remise par le testateur. La raison en est que personne ne peut renoncer en faveur d'autrui, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 13, defin. 12, et ainsi a-t-il été jugé par le Consistoire suprême le 14 juin 1630, voir *Definitiones consistoriales*, lib. I, tit. 6, defin. 91, de même à La Haye le 13 novembre 1617, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 125. Cependant, les auteurs qui ne sont pas d'accord indiquent Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 33 *(De l'usufruit, du droit d'habitation et du ministère des esclaves)*, 4 ; ceux-ci

---

[860] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 1. Voyez en outre Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 9, art. 13, nb 7 ; Peck, *De testamentorum conjuctione*, liv. V, cap. 24, nb 4 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 47 ; Pyrrhus Maurus, *De fidejussionibus*, part. I, au début, dans l'introduction, sect. 3, cap. XIX, autrement, 28, nb 31-32. Cependant, de la ci-devant dite caution, est libéré un père qui est usufruitier des biens de ses enfants, voir C. 6, 61, 8 § 4 ; en argument C. 6, 49, 6 § 1 et là, Bartole, Paolo di Castro, Godefroy ; Ayres Pinhel sur C. 6, 61, 1, part. II, nb 20 et 27 avec les suivants. Voyezci-devant le chap. XX, § 5, note 449. Mais il est toutefois tenu de faire un inventaire ou une description des ci-devant dits biens, non obstant qu'il pourrait se voir interdire cela par une dernière volonté, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 92. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 51 *(Le jugement de la tutelle)*, 13 § 1.

Extrait du livre III *Sur Vitellius* de Paul : *« L'usufruit est le droit d'user et de jouir des biens d'autrui, étant sauve la substance des biens ».*

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 4 -Mais, si au contraire, la dette, de la personne du défunt, vient, quand aussi, chez les anciens, la richesse est entendue être celle qui, après la soustraction de la dette, a subsisté, le père aura la possibilité, des biens successoraux d'abord meubles, certes, et s'ils ne suffisent pas, immeubles, de vendre une partie suffisante au nom du fils, pour qu'immédiatement, soit rendue la dette et qu'avec la charge d'intérêts, elle ne soit pas alourdie. 4a - Si le père a sursis à faire cela, il sera lui-même contraint par tout moyen de payer les intérêts à partir des revenus ou de sa propre richesse. 4b - Mais si au contraire, des legs ou des fidéicommis annuels ou une bonne fois laissés sont en suspens pour des personnes de cette sorte, si, cependant, les revenus sont tels qu'ils suffisent aux legs annuels, le père, à partir de revenus de cette sorte, est contraint de les payer. 4c - Mais, si au contraire, la fortune n'a pas un revenu suffisant pour le paiement des legs ou des fidéicommis, ou ne contient pas de revenus ou d'autres accessions, cependant, les biens meubles ou immeubles, certes, stériles, ne seront pas inutiles, comme une maison de prix en province ou placée n'importe où en banlieue, à partir desquels les legs de cette sorte peuvent être développés, possibilité sera accordée au père de vendre une partie de ceux-ci semblablement au nom du fils et de satisfaire aux legs. 4d - Cela étant sans aucun doute observé pour que l'usufruitier lui-même nourrisse les esclaves et fasse l'usufruit pour tout cela, qui, par aucun moyen, pourrait rendre la propriété plus mauvaise, le respect paternel l'excusant des évaluations, des cautions et de toutes les autres choses que les usufruitiers étrangers se voient demander par les lois, selon la teneur de notre constitution que, déjà, sur des cas de cette sorte, nous avons portée* (cf. C. 6, 61, 6 § 2). *Il est nécessaire pour le père qu'il nourrisse le fils lui-même, les fils ou les filles et ceux qui viennent ensuite non à raison des successions, mais à raison de la nature elle-même et des lois qui, aux parents, ont commandé que les enfants devaient être nourris et aux enfants eux-mêmes, les parents, si l'indigence, des deux côtés, s'était tournée ».*

Constitution de Zénon adressée à Dioscorus, Préfet du prétoire, et donnée en 489 : *« 1 - De même, pour retenir la part de la Loi Falcidia, nous commandons que cela se présente, si le père ou la mère, à son fils ou à sa fille institués héritiers (comme il a été dit ci-dessus) a demandé que ceux-ci ou celles-ci, aux petits-fils ou aux petites-filles, aux arrière-petits-fils ou aux arrière-petites-filles et ainsi de suite, restituent la succession. 1a - Dans les cas dits ci-dessus, nous ordonnons que cesse la garantie de conservation des fidéicommis, si le testateur n'a pas spécialement disposé que soit demandée cette même garantie lorsque le père ou la mère pensent ne pas devoir s'abstenir de secondes noces ; le fait est que, dans ces deux cas, c'est-à-dire lorsque le testateur a voulu que, spécialement, il soit donnée garantie et lorsqu'en seconds mariages, le père ou la mère se sont unis, il est nécessaire que cette même garantie, à la faveur de l'ordre des lois, soit procurée ».*

[861] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 33, 1 et 2 ; Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 33 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 145 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 9, art. 13, nb 3-4 ; Peck, *De testamentorum conjuctione*, liv. V, cap. 24, nb 3-4. À Anvers, une telle chose peut bien se faire, voir les coutumes là-dessus, tit. 48, art. 1. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 33 *(De l'usufruit, du droit d'habitation et du service des esclaves)*, 4.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Possidonius et donnée en 199 : *« Si un usufruit de tous les biens, dans le testament de l'épouse, au mari, a été laissé, bien qu'elle avait interdit qu'une garantie te soit demandée, cependant, tu ne pourras pas autrement, des débiteurs, recevoir le paiement de l'argent qu'une garantie étant offerte selon la forme du sénatus-consulte ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Felix et donnée en 205 : *« Dans les termes du testament qu'avec des prières, tu as insérés, nous faisons attention à ce que l'usufruit te soit légué. Cette affaire n'empêche pas le propriétaire de la nue-propriété d'obliger envers le créancier la [nue]-propriété, à savoir l'usufruit restant en entier de ton droit ».*

enseignent qu'il est en tout cas permis au testateur de remettre la garantie d'usufruit et d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 209, gl. 9, nb 3 et 4, rapporte que cela est en accord avec les usages des Français et la coutume d'Anvers, et que, pour ce qui est d'intérêt, si l'usufruitier a mal usé du bien en usufruit, on peut agir en justice ; ainsi aussi la Cour de Frise l'a-t-elle jugé, mais [en disant] que » la description des biens ne devait pas être refusée, si l'hériter l'a réclamé à ses frais, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. IV, tit. 3, defin. 4, p. 378. Mais, de cette façon, plus souvent, après une cause blessée, une médecine est préparée sérieusement. Aussi, la sentence de l'auteur a-t-elle prévalu jusqu'à ce point que, si la menace d'une peine a été ajoutée dans le testament dans le cas d'une garantie réclamée contre l'interdiction, elle est tenue pour non écrite et n'est d'aucune valeur ; cela est vrai en tout cas, que l'usufruit ait été simplement donné ou qu'une très libre possibilité d'aliéner ait été accordée. Et Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 53, atteste *ex professo* que cela triomphe aussi ainsi dans le duché de Gueldre. Sont cependant exceptés ici les pactes prénuptiaux, les parents consanguins ayant été convoqués par les deux parties, comme de même dans la note 886. Il a été répondu à Amsterdam le 21 août 1645 que cela était aussi permis au préjudice des légataires et des fidéicommissaires, mais autrement [au préjudice] des créanciers ou des héritiers qui acceptent avec un inventaire, de même au préjudice de l'héritier institué sur l »es biens légaux, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, ; resp. 78 ; van Zutphen, *Nerderlandsche practijck*, au mot *inventaris*, nb 3. Ce qui a été dit de la garantie doit aussi être dit sur l'inventaire ou le répertoire [des biens] ; car l'usufruitier est semblable à un fiduciaire universel alourdi avec cette part. Déjà, on peut à peine reconnaître sans une description préalable des biens la quantité que contient la quarte, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 9, nb 9 à la fin et 12. Cependant, Groenewegen observe à bon droit dans sa note que le père est dispensé de cette garantie sur les biens en usufruit qui appartiennent aux enfants, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 112 au début, p. 288, part. II, cons. 230, p. 629, de même *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 170, p. 289, part. V, cons. 158, p. 491, aux mots *ten vierden* - "en quatrième lieu". . Cela est aussi étendu à la mère dans les usages selon Voet, lib. 7, tit ? 9, nb 7, chaque fois que la nécessité de garantir lui a été remise dans le testament ; mais cela est vrai non seulement dans les usages, mais aussi dans le droit romain ; car, dans C. 6, 49 *(Sur le sénatus-consulte Trébellien)*, 6 § 1, le père et la mère marchent d'un même pas, cependant, s'il est demandé, ils sont tenus de faire l'inventaire ; toutefois, ce qui a été dit ici du père est limité ; en effet, s'il ne possède pas de biens immeubles et qu'il y a en dessous un soupçon de dilapidation, tant s'en faut qu'à raison de la crainte d'une mauvaise administration, il soit libéré de cette garantie et que lui-même, quant à cette raison, perde l'administration des biens, voir Carpzov, *Definitiones forenses*, part. II, const. 10, defin. 9, nb 8 et 9, ou aussi, si le survivant s'est porté vers d'autres vœux, voir C. 6, 49 *(Sur le sénatus-consulte Trébellien)*, 1 § 1, et sur cette loi, Brunemann, nb 10. Cependant, en Frise, le père, selon le droit romain, a l'usufruit légal des biens survenant de façon accidentelle du fils, même s'il est passé à de seconds vœux, à cet effet que les héritiers du père ne sont pas tenus de faire l'inventaire, et ainsi a-t-il été jugé par la Cour le 15 juillet 1607, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. II, tit. 7, defin. 2. Il a aussi été reçu dans l'usage quotidien en Hollande que, surtout entre les citoyens les plus honorables qui ont contracté des noces en sauvegardant la communauté des biens, que, s'ils n'ont pas d'enfants et que l'espoir d'en avoir a totalement disparu, ils s'instituent réciproquement héritiers avec un plein pouvoir d'aliénation, avec cette condition que, survivant au mort, ce qui subsiste des biens des deux est aussi partagé entre les héritiers des deux à la faveur d'une moitié, étant ajoutée l'interdiction que, d'abord, ceux qui succéderont au mort ne réclament pas l'inventaire ou quelque autre garantie au survivant ; et Bijnkershoek [dit] dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 10 au début, les deux Cours l'avaient ainsi plus souvent jugé, à un point tel que nous serions dans l'embarras avec l'abondance des sentences. À celui-ci, peuvent être ajoutées les *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 18, p. 18, au mot *betreffende* - "concernant", de même les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 129, nb 1. La Cour de Hollande a cependant jugé que cela était tout à fait contraire à l'encontre d'une interdiction expresse, voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 20, et ainsi aussi a-t-il semblé à la Cour Suprême, voir decis. 33. Mais elle n'indique pas si les noces avaient été contractées, ou si avait été sauvegardée ou exclue la communauté des biens. Dans le territoire de Malines, n'y ayant pas d'enfants, le survivant a la moitié de l'usufruit sur les biens féodaux, voir Fredrick van Sande dans *Consuetudines feodales*, § 11, nb 6, p. 60.

En outre, sur la totalité de l'usufruit laissé au survivant par l'époux prédécédé, il faut observer que le survivant est tenu envers les enfants aux aliments et, à son moment, à la dot appropriée, voir

Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 3, nb 14, et ce que j'ai relevé ci-dessus, liv. ? I, chap. VI, § 3, sur la note 118. Nous lisons dans le *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Tocht* - "usufruit", § 8, ce qui a été expressément dispisé au regard des aliements. Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 42 et 43, poursuit à pleine main ce qui triomphe sur les aliments et l'usufruit à partir du droit de la Gueldre.

Du reste, l'auteur, dans la note 860, qu'il faut prendre garde à l'usufruitier [en veillant à ce] qu'il restitue le bien, l'usufruit étant terminé. Qu'en est-il, si, non obstant cela, il a aliéné une partie de l'usufruit ? On doute [de savoir] s'il perdra seulement cette partie ou s'il fera un abandon de tout l'usufruit, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 44 à la fin, p. 109. Il a été à bon droit répondu que, non à raison de n'importe quelle détérioration, mais à raison d'une détérioration notable et, certes perpétuelle, l'usufruitier tombait de son droit, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 130, nb 3, 4 et 6. À partir de là, dans le jugement de révision, la sentence de la Cour Suprême a été confirmée. Le cas était le suivant : Sempronius, tant qu'il vivrait, était l'usufruitier d'une maison située à Amsterdam, dont la nue-propriété appartenait aux enfants ; celui-ci a vendu la maison à Titius. Il avait été déjà jugé que, par cette vente inopportune, l'usufruit cessait et qu'il avait été consolidé en faveur des enfants avec la nue-propriété, et Titius était condamné à livrer la maison avec toute la cause après le commencement du débat judiciaire, parce qu'il était un possesseur de mauvaise foi depuis cette période, bien qu'au regard aussi du fruit, dans cette cause, il ait été jugé autrement par la Cour, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 74 et 100.

Qu'en est-il su quelqu'un, alors qu'il devrait donner garantie, a refusé de donner garantie. Il avait été jugé que tous les fruits devaient être ramenés dans l'inventaire depuis le commencement du débat judiciaire jusqu'à la fourniture de la garantie, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 33 ; cependant, avant la demande de garantie, il fait les fruits siens, voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 9, nb 3 à la fin. Mais [pour savoir] comment la garantie pourra être remise indirectement, voyez Voet, lib. 7, tit. 9, nb 39, et Brunemann sur D. 7, 5 *(De l'usufruit de ces biens qui sont consommés ou diminués par l'usage)*, 8. Cette garantie doit être procurée aux garants donnés ; cependant, l est laissé au jugement du juge [de voir] comment, les garants ayant fait défaut, il devra donner garantie, du fait qu'il ne convient pas à l'équité qu'il soit pour cette raison repoussé de la libéralité du testateur, voir Voet, lib. 7, tit. 9, nb 3. Il a été répondu que l'étranger s'acquittait d'une garantie sous serment, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 88, p. 225.

Mais il est débattu [de savoir] ce qui devra être statué pour les revenus vitaux. Il a agréé à la Cour Suprême que ce qui provenait de ceux-ci échoyait à l'usufruitier, voir Cooren, *Observationes*, obs. 7. Van Wezel, sur la nouvelle constitution d'Utrecht, art. 9, atteste que cela triomphe ainsi à Utrecht. Mieux, l'usufruitier exercera le droit de patronage ; les cens eux-mêmes échoient en outre, les redevances annuelles ; les lods, s'il obtient l'usufruit d'un fief, d'où des arrière-fiefs dépendent, à raison d'une aliénation ou d'un renouvellement de l'investiture, doivent lui être procurés, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 1, nb 27. Cependant, il ne sera pas permis, comme l'observent l'auteur, dans les §§ 5 et 6, et Groenewegen dans la note 881 dans ce chapitre, de céder l'usufruit à une autre personne, cependant, il transfère à bon droit la perception de la commodité, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, chap. 14, nb 14. Du reste, quand n'importe quel créancier peut vendre l'action qu'il a et donner mandat à autrui, ainsi, l'exécution sera faite à bon droit contre l'usufruitier au regard de la perception de l'usufruit tant qu'il vit, voir van Leeuwen dans ledit endroit.

Enfin, il est demandé si, avant la fourniture de la garantie ou la confection de l'inventaire, l'usufruitier fera siens les fruits. La Cour a jugé en faveur de l'usufruitier, cependant, le contraire a été décidé par la Cour Suprême, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 326 à la fin.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXI. La garantie d'usufruit qui semble devoir être procurée chez nous aux garants donnés est en vain remise dans le testament, à moins que le pouvoir d'aliéner n'ait été accordé ; dans ce cas, non un usufruit, mais une nue-propriété avec la charge de restituer est jugée avoir été laissée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 1, nb 11.]

§ 4. Un usufruitier ne peut transférer l'usufruit à personne [862] ; mais il peut bien accorder à quelqu'un d'en tirer certains fruits [863].

§ 5. L'usufruitier ne peut pas aussi alourdir l'usufruit [864].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXII. L'usufruit ayant été laissé avec le pouvoir d'aliéner sous la condition de faire une restitution après la mort, un fidéicommis du reste est considéré avoir été enjoint, dans lequel l'inventaire est en vain remis,voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 91.

CCCLXXIII. Le pouvoir d'aliéner ayant été accordé à l'usufruitier dans un cas de nécessité, tant que ce cas n'existe pas, l'usufruit sera pur et simple et c'est pourquoi la garantie est en vain remise, mais ayant été procurée, l'aliénation nécessaire de certains biens ayant été faite par la suite, elle subsiste pour les autres, voir Cooren, *Consilia*, cons. 15, nb 5 et suivant ; Nieuwstadt, *Curiæ decisiones*, decis. 20 à la fin.

CCCLXXIV. L'époux survivant institué *héritier* pour l'usufruit de tous les biens, auquel, après sa mort, un autre a été substitué en termes directs, sera héritier de la totalité, mais le substitué (si les termes d'un fidéicommis n'ont pas été employés), lui succèdera sur tous les biens qu'il a reçus de défunt à bon droit après sa mort ou, si l'époux a la possibilité d'aliéner, sur ce qui subsiste de la succession, cf. la thèse CCCXI.

CCCLXXV. La règle est la même si, dans ce cas, en des termes clairs, l'usufruit de tous les biens a été *légué*, mais que le pouvoir d'aliéner a été accordé en même temps. Mieux, la possibilité d'aliéner n'ayant pas été accordée, la volonté tire encore dans notre droit son effet, du fait qu'aujourd'hui, est valide le testament dans lequel un héritier n'a pas été institué, voir la thèse CCXC, et les termes d'un legs, dans cette nécessité, peuvent être reçus avec bienveillance en faveur de l'institution d'héritier.]

§ 6. L'usufruitier est aussi tenu de tenir les maisons en usufruit en bon état à ses propres frais ; mais les nouvelles constructions et les autres coûts extraordinaires viennent à charge du propriétaire [865].

---

[862] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(De l'usufruit)*, § 3 ; D. 23, 3, 66.

« § 3. Mais l'usufruit est terminé avec la mort de l'usufruitier, avec deux amoindrissements du statut civil (capitis deminutio)*, le plus grand et le moyen et avec un non-usage pendant une limite et une période convenables. Notre constitution* (cf. C. 3, 33, 16) *a statué tout cela. De même, est fini l'usufruit, si, au propriétaire de la [nue]-propriété, par l'usufruitier, il est cédé (car, un étranger le cédant, il n'est rien fait) ; ou en sens contraire, si l'usufruitier a acquis la propriété du bien, chose qui est appelée une consolidation. En plus de cela, il est établi que, si des bâtiments, par un incendie, ont été consumé ou aussi des terres, par un tremblement de terre ou par leur défaut, sont écroulées, l'usufruit est éteint et pas même l'usufruit du terrain n'est dû ».*

Extrait du livre VIII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si l'usufruit d'un bien-fonds, dont la femme n'avait pas la [nue]-propriété, au titre de la dot, par le propriétaire de la [nue] propriété, m'a été remis, il y aura une difficulté, après le divorce, pour rendre le droit à la femme, parce que nous avons dit que l'usufruit, par l'usufruitier, ne pouvait pas être cédé si ce n'est au propriétaire de la [nue] propriété et si, à un tiers, il est cédé. C'est-à-dire qu'à celui qui n'a pas la [nue]-propriété, l'usufruit ne passe en rien à celui-ci, mais qu'il retournera au propriétaire de la [nue] propriété. Certains ont en conséquence pensé qu'à la place d'un remède, il devait être introduit que le mari loue cet usufruit à sa femme ou qu'il le vende pour une seule pièce de monnaie, pour que, certes, ce même droit reste dans les mains du mari, mais que la perception des fruits, à la femme, appartienne ».*

[863] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 38 et 39 ; Garcia, *De expensis*, cap. 10, nb 27 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 15, art. 6, nb 7, et art. 7, nb 3, et vol. I de ses *Decisiones*, decis. 129 ; coutumes d'Anvers, tit. 48 *(Des usufruitiers)*, art. 9. Voyez en outre, § 3, la note 861.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« L'usufruitier ne jouit pas, si lui-même ne jouit pas et qu'en son nom, un autre [ne jouit] pas, par exemple celui qui a acheté, qui a pris à bail, qui s'est vu donner ou qui administre l'affaire de celui-ci. Clairement, il importe que, si j'ai vendu un usufruit, même si l'acheteur n'en use pas, je sois considéré conserver l'usufruit, … »*

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« … parce que celui qui, du prix, jouit n'est pas moins entendu l'avoir que celui qui, du bien principal, use et jouit ».*

[864] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 15 § 7. Voyez en outre, § 16, la note 881 ci-après.

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 7 - Mais le propriétaire ne peut pas imposer sur le bien-fonds une servitude, ni perdre une servitude ; clairement, Julianus a écrit que celui-ci peut acquérir une servitude aussi contre le gré de l'usufruitier. Avec cela, conséquemment, l'usufruitier ne peut certes, pour le bien-fonds, acquérir une servitude, mais il peut la conserver ; et, si, peut-être, l'usufruitier n'en usant pas, [les servitudes] ont été perdues, à ce titre aussi, il en sera tenu. Le propriétaire de la [nue] propriété, pas même l'usufruitier y consentant, ne peut imposer une servitude ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 865 de Groenewegen van der Made**

Nous voyons que l'usufruitier suit de nombreux avantages ; il s'ensuit aussi de là nécessairement qu'il est nécessairement astreint de supporter les charges. En effet, il est d'un droit expédient qu'il ne demande pas de façon générale les dépenses qui ont été faites pour recevoir et conserver les fruits, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 31, defin. 9, nb 6. Il faut le dire de même quant à la petite réparation pour conserver le bien dans l'état où il l'a reçu ; de même, quant aux frais du procès pour obtenir ce qu'il y a dans le fruit ; cependant, le nu-propriétaire n'obtiendra pas les dépenses qu'il a été contraint d'entreprendre en faveur de la défense de toute la juridiction ; supposez que, sur les lods ou ce qui leur est semblable, un procès soit soulevé. Toutefois, il faut statuer le contraire sur cet acte particulier-ci ou cet acte particulier-là. En outre, si l'usufruitier a utilement réparé ce qui a été corrompu par la vétusté, on ne doute pas qu'il déduise ce qui a été demandé pour cela. Le paiement du vingtième au titre d'une succession collatérale doit aussi être procuré par l'usufruitier, cependant, il doit être recouvré du nu-propriétaire une fois l'usufruit terminé. Voet explique longuement tout cela, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 1, nb 35, 36, 37 et 38.]

§ 7. Un usufruitier ne peut couper aucun [autre] arbre que celui qui est abattable [866].

[**Note de Willem Schorer sur la note 866 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur dit ici est aussi affirmé par d'autres avec une certaine limitation, à savoir si l'usage de la région le porte, comme pour que, tous les ans, certains plus grands arbres soient coupés et vendus ; mais les interprètes requièrent en outre que l'usufruitier substitue de nouveaux arbres et, dans ce cas, il a été répondu que de tels arbres se trouvaient dans le fruit, voir *Consilia Ultrajectina*, part. II, cons. 53, nb 31, ce qui sera tout à fait permis, s'ils sont coupés pour réparer une maison de campagne, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 44, nb 12. Mais il est demandé quels arbres devront être tenus pour plus grands. Mornac, sur D. 7, 1 *(De l'usufruit et comment quelqu'un use et jouit)* , 12, témoigne que cette question a été agitée à Paris dans une plus grande assemblée et détermine à partir des usages de la France que ces arbres sont indistinctement appelés grands qui ont poussé au-dessus de 27 ou 30 ans. Il ne sera pas permis à l'usufruitier de couper des arbres frugifères au préjudice du nu-propriétaire ; ce que, cependant, il peut faire sans peine de caducité et sans toute autre peine, si cela a été fait pour un usage destiné, du fait qu'une détérioration dolosive, coupable et frauduleuse est toujours requise, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 130, nb 6 et qu'il n'y a pas pour lui la possibilité, si le bien-fonds était consacré au plaisir, de jeter des promenades à l'ombre de tilleuls peut-être, pour en prendre un revenu annuel, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 1, nb 22. Il faut observer de façon générale que la

---

[865] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 7 §§ 2-3. Voyez les coutumes d'Anvers, cap. 48, art. 3-4 ; les coutumes de Malines, tit. 15, art. 1-2 et là, Paul van Christijnen ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 133, quæst. 3.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - En conséquence, parce que tout le fruit du bien lui appartient, Celsus, dans le livre XVIII de ses Digestes, écrit qu'il est aussi contraint par l'arbitre, de réparer les maisons, cependant seulement jusqu'à ce point, de sorte qu'il l'ait en bon état d'entretien ; si, par quelque vétusté, ils s'écroulaient, qu'aucun d'entre eux n'est contraint de les réparer, mais que, si l'héritier les avait réparés, il souffrirait que l'usufruitier en use. D'où Celsus, quant au moyen de les avoir en bon état, pose la question [de savoir], quand, par quelque vétusté, elles s'écroulent, si [l'usufruitier] n'est pas contraint de les réparer ; en conséquence, la réparation lui revient, parce qu'il reconnaît d'autres charges avec le legs de l'usufruit, comme par exemple la contribution, le tribut, les gages ou les aliments laissés par ce bien. Et ainsi, Marcellus l'écrit-il dans son livre XIII. 3 - Cassius aussi écrit, dans son livre VIII du Droit civil, que l'usufruitier, par l'arbitre, est contraint de réparer, de même qu'il est contraint de planter des arbres ; et Aristo relève que cela est vrai. Mais Neratius, dans le livre IV de ses Parchemins, dit que l'usufruitier ne peut être empêché de réparer, parce qu'il ne peut être empêché de labourer ou de cultiver ; non seulement il fera les réparations nécessaires, mais aussi, faire [celles] à raison du plaisir, (comme les stucs, les dalles et choses semblables), mais ne peut pas agrandir ou enlever ce qui est utile ».*

[866] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 10 et 11 ; coutumes d'Anvers, tit. 48 *(Des usufruitiers)*, art. 10 ; les coutumes de Malines, tit. 15, art. 4 et là, Paul van Christijnen.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : *« De la forêt abattue, l'usufruitier prendra les échalas et les branches ; d'une forêt non abattue, dans une vigne, il les prendra, pourvu qu'il ne détériore pas le bien-fonds ».*

Extrait du livre II des *Digestes résumés d'Alfenus* de Paul : *« Mais, si les arbres sont grands, il ne peut les couper ».*

propriété sur les fruits renaissants n'est pas acquise à l'usufruitier ; de là, il faut le statuer autrement sur les sables, la terre argileuse, couverte de gazon, etc. du fait que l'usufruitier en reçoit seulement les intérêts tant qu'il vit à partir des espèces monétaires placées en prêt à intérêt, voir Voet, lib. 7, tit. 1, nb 24. La Cour de Flandre a jugé que l'accroissement des arbres n'échoyait pas à l'usufruitier, voir *Précis du droit Belgique*, p. 105, § 5, comme la Cour suprême de Brabant a refusé à l'acheteur l'abattage de chênes non abattus durant le délai du retrait, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 98, nb 3, car, dans la coutume, ils sont comptés comme des immeubles, voir Wamesius, *Consiliorum centuriæ*, cent. 2, cons. 41, nb dernier. Cependant, l'usufruitier gagnera l'alluvion obtenue, mais non l'île née sur la rivière le long d'un bien-fonds, voir D. 7, 1, 9 § 1, et ainsi a-t-il été jugé en 1621, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 13, defin. 17. Samuel Strick, dans son *Examen juris feudalis*, cap. 18, nb 13, signale que le vassal jouit de ce plus petit droit ; nous avons déjà vu, liv. II, chap. IX, § 24, sur la note 253, que cela, toutefois, n'a pas été ainsi reçu simplement dans notre droit.]

§ 8. [Un usufruit] EST ACQUIS par un accord, la permission suivant sur cela [867].

§ 9. En second lieu, par une dernière volonté [868], comme quand, au **[206]** propriétaire, la nue-propriété est laissée et, à quelque d'autre, l'usufruit ou quand quelqu'un se voit léguer la propriété sans usufruit ou la propriété à l'un et l'usufruit à l'autre [869].

[**Note de Willem Schorer sur la note 869 de Groenewegen van der Made**
Groenewegen, sur la loi indiquée dans sa note, D. 33, 2, 19, a rejeté la trop grande subtilité de droit et pense que, si le testateur a légué à l'un un bien-fonds, à l'autre, l'usufruit de ce même bien-fonds, l'usufruit n'est pas partagé entre les deux légataires, mais échoit en totalité à celui auquel il a été légué.]

§ 10. Le temps de l'usufruit qui est légué à quelqu'un n'est pas entendu courir avant que la succession soit acceptée [870].

§ 11. En troisième lieu, par une prescription d'un tiers de siècle [871].

§ 12. En quatrième lieu, par une adjudication du tribunal sur le partage des biens et le partage des terres [872].

---

[867] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(De l'usufruit)*, § 1.

« § 1. L'usufruit reçoit, par rapport à la propriété, une séparation et cela, d'un grand nombre de façons. Comme par exemple si quelqu'un, à une personne, a légué un usufruit ; car l'héritier a la nue-propriété et le légataire, l'usufruit ; en sens contraire, s'il a légué un bien-fonds en déduisant l'usufruit, le légataire a la nue-propriété, mais l'héritier, l'usufruit ; de même, à l'un, il peut léguer l'usufruit, à un autre, celui-ci étant déduit, le bien-fonds. Mais, sans testament, si quelqu'un veut, pour l'un, établir un usufruit, avec des pactes et des stipulations, il doit le faire. Cependant, afin qu'en totalités, les propriétés ne soient pas inutiles, l'usufruit en ayant été séparé, on a décidé que, par certains moyens, était éteint l'usufruit et qu'à la propriété, il revenait ».

[868] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 1 des *Institutes*, II, iv *(De l'usufruit)*.

[869] (Note de Groenewegen) Voyez D. 33, 2, 19 et Groenewegen dans son traité *De legibus abrogatis* là ; Grass, *Receptæ sententiæ* …, § *legatum*, quæst. 25.

Extrait du livre unique des *Découvertes* de Modestinus : *« Si, à l'un, le testateur a légué un bien-fonds, à l'autre, l'usufruit de ce même bien-fonds, s'il l'a fait avec ce dessein que l'un en ait la nue-propriété, dans une erreur, il sera tombé. Car, l'usufruit ayant été retiré, il faut que celui-ci lègue la [nue] propriété de cette façon : "à Titius, l'usufruit en ayant été retiré, je lègue le bien-fonds ; ou, à Seius, [je lègue l'usufruit de ce même bien-fonds] ou qu'à Seius, l'héritier donne l'usufruit de ce même bien-fonds". Cet usufruit, à moins qu'il ne l'ait fait, entre eux, sera partagé, parce que, parfois, l'écrit a plus de valeur que ce qui aura été accompli ».*

[870] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 3, 1 §§ 2 et 4.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Mais la date de l'usufruit, de même, l'usage n'échoient pas avant que la succession soit acceptée ; alors, en effet, est établi l'usufruit, quand quelqu'un peut déjà en jouir. Avec cette raison, si, à un esclave de la succession, un usufruit est légué, Julianus écrit que, bien que les autres legs, à la succession, soient acquis, dans l'usufruit cependant, la personne du maître est examinée qui pourra user et jouir. (…) 4 - Mais non seulement le terme de l'usufruit, avant l'acceptation de la succession, n'échoit pas, mais non plus l'action quant à l'usufruit ; et de même, si, à partir d'une date, avait été légué l'usufruit ; enfin, Scævola dit que celui qui agit en justice avant la date de l'usufruit n'agit en rien, bien qu'autrement, celui qui, avant la date, agit en justice, de mauvaise façon, agit en justice ».*

[871] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le chap. VII et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 [*De la prescription de trente ou quarante ans*].

§ 13. L'usufruit est *perdu* en premier lieu par la mort de l'usufruitier [873], d'une façon telle que les fruits qui ne sont pas encore séparés du sol, étant déjà mûrs, n'appartiennent pas à l'héritier de l'usufruitier, mais au propriétaire [du sol] [874], mais les loyers des terres et des maisons sont partagés selon la part du temps que l'usufruitier a vécue [875].

[**Note de Willem Schorer sur les note 873, 874 et 875 de Groenewegen van der Made**

La raison pour laquelle l'usufruitier ne transfère pas les fruits non encore séparés du sol aux héritiers est la suivante : parce qu'alors, à ce moment, ils sont considérés non en tant que fruits, mais en tant qu'une partie du sol. Cependant, l'héritier de l'usufruitier répète à bon droit les dépenses faites sur les fruits de la dernière année ; il n'importe en rien [de savoir] s'il aura fait la dépense pour les acquérir ou les conserver, voir Vinnen sur le § 36 des *Institutes,* II, i *(De la division des biens)*. Mais, si l'usufruitier a fait des dépenses utiles ou de plaisir, celles-ci doivent être rendues, mais avec la distinction que j'ai relevée sur le liv. II, chap. X, § 8, sur la note 269, et cela à partir de l'équité, du fait que personne ne devra s'enrichir au détriment d'autrui.

Pour les loyers à proportion du temps, selon l'auteur, dans la note 875, le droit romain agrée plus que d'autres que tantôt ceux d'un bien-fonds urbain, tantôt ceux d'un bien-fonds rural, doivent être partagés, voir Vinnen sur le § 36 des *Institutes*, II, i *(De la division des biens)*, nb 3. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7,tit. 2, a plus longuement poursuivi cette matière.]

§ 14. En second lieu, par la destruction de la chose sur laquelle il y avait l'usufruit [876], comme par une telle inondation qu'elle change la forme du terrain [877], ou par l'incendie de la

---

[872] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(De l'usufruit)*, § 1 ; D. 7, 1, 6 § 1.

« § 1. L'usufruit reçoit, par rapport à la propriété, une séparation et cela, d'un grand nombre de façons. Comme par exemple si quelqu'un, à une personne, a légué un usufruit ; car l'héritier a la nue-propriété et le légataire, l'usufruit ; en sens contraire, s'il a légué un bien-fonds en déduisant l'usufruit, le légataire a la nue-propriété, mais l'héritier, l'usufruit ; de même, à l'un, il peut léguer l'usufruit, à un autre, celui-ci étant déduit, le bien-fonds. Mais, sans testament, si quelqu'un veut, pour l'un, établir un usufruit, avec des pactes et des stipulations, il doit le faire. Cependant, afin qu'en totalités, les propriétés ne soient pas inutiles, l'usufruit en ayant été séparé, on a décidé que, par certains moyens, était éteint l'usufruit et qu'à la propriété, il revenait ».

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - Un usufruit est encore établi dans l'action de partage de patrimoine* (familiæ [h]erciscundæ) *ou de partage de bien commun* (communi dividundo)*, si le juge, à l'un, a adjugé la [nue] propriété et à un autre, l'usufruit ».*

[873] (Note de Groenewegen) Voir D. 7,4, 3 § 3.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - Avec la mort aussi, ne reçoit pas de doute que l'usufruit est perdu, du fait que le droit de jouissance, avec la mort, est éteint, de même que s'[il y a] quelque chose d'autre qui, à la personne, s'attache ».*

[874] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la divisions des choses)*, § 36.

« § 36. Celui auquel l'usufruit d'un bien-fonds appartient n'est pas autrement fait propriétaire des fruits que si lui-même les a reçus. Et c'est pourquoi, bien que, ceux-ci étant mûrs, cependant, n'ayant pas encore été reçus, il soit mort, à son héritier, ils n'appartiennent pas, mais, au propriétaire de la [nue]-propriété, ils sont acquis. La même chose, généralement, quant au colon, est dite ».

[875] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 26 ; mais voyez en outre D. 7, 1, 58 ; Juan del Castillo Sotomayor, *De usufructu*, cap. 77, nb 20-21 et nb 25.

Extrait du livre III *Sur Sabinus* de Paul : *« Si l'esclave usufruitier a loué ses travaux et que, la période de la location n'étant pas finie, l'usufruit a péri, ce qui subsiste, au [nu] propriétaire, appartiendra. Mais, si, dès le commencement, il avait stipulé une certaine somme [d'argent] à raison des travaux, ayant été amoindri dans son statut juridique [l'usufruitier, ou étant mort], de même, il faudra le dire ».*

Extrait du livre III des *Réponses* de Scævola : *« L'usufruitière étant morte au mois de décembre, déjà, pour tous les fruits qui, sur ces terres, naissent, au mois d'octobre, [ceux-ci], par le colon, ayant été enlevés, il a été demandé si le loyer devra être payé à l'héritière usufruitière, bien que l'usufruitière, avant les calendes de mars, dans lesquelles les loyers devaient être apportés, soit morte, s'il devra être partagé entre l'héritier de l'usufruitière et la République, à laquelle la propriété a été léguée. J'ai répondu que la République, certes, contre le colon, n'avait aucune action, mais que l'héritier de l'usufruitière, à sa date, selon ce qui est exposé, percevrait tout le loyer. 1 - "À Sempronius, je donne, je lègue, à partir du produit des fruits d'un légume ou d'un carré de poireaux que j'ai sur la terre des Farraticani, le sixième". Il est demandé si, avec ces termes, un usufruit est considéré avoir été légué. J'ai répondu qu'il n'y avait pas d'usufruit, mais qu'à partir de ce qui a été produit, une partie avait été léguée. 2 - De même, il a été demandé, quand il n'y a pas d'usufruit, si, chaque année, il aura légué le produit du sixième. J'ai répondu que, chaque année, cela était considéré avoir été laissé, à moins que le contraire, spécialement, par l'héritier, ne soit approuvé ».*

[876] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(de l'usufruit)*, § 3.

maison ; car, dans ce cas, l'usufruit ne demeure pas même sur le sol [878], parce qu'il n'y avait pas l'usufruit du sol, mais du bâtiment ; mais, s'il restait une certaine partie de la chose, ainsi, l'usufruit resterait [879].

[207] § 15. Un usufruit étant légué à une ville, une guilde ou une autre communauté finit dans le cas où ladite communauté était dissoute ; ou sinon, à la fin de cent années [880].

§ 16. En troisième lieu, par un abandon de l'usufruitier au bénéfice du propriétaire [881].

« § 3. Mais l'usufruit est terminé avec la mort de l'usufruitier, avec deux amoindrissements du statut civil (capitis deminutio)*, le plus grand et le moyen et avec un non-usage pendant une limite et une période convenables. Notre constitution* (cf. C. 3, 33, 16) *a statué tout cela. De même, est fini l'usufruit, si, au propriétaire de la [nue]-propriété, par l'usufruitier, il est cédé (car, un étranger le cédant, il n'est rien fait) ; ou en sens contraire, si l'usufruitier a acquis la propriété du bien, chose qui est appelée une consolidation. En plus de cela, il est établi que, si des bâtiments, par un incendie, ont été consumé ou aussi des terres, par un tremblement de terre ou par leur défaut, sont écroulées, l'usufruit est éteint et pas même l'usufruit du terrain n'est dû ».*

[877] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 4, 23 et 24.

Extrait du livre XXVI *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si une terre, dont l'usufruit est le nôtre, par une rivière ou par la mer, a été inondée, l'usufruit en est perdu, du fait qu'aussi, la [nue] propriété elle-même, dans ce cas, est perdue et, pour pêcher, nous ne pourrons certes pas en conserver l'usufruit. Mais, de même que, si, avec un même mouvement, l'eau s'est retirée d'où elle vient, la [nue] propriété est rétablie, de même, on doit dire que l'usufruit doit être rétabli*

Extrait du livre III des *Œuvres posthumes de Labéon* [résumées] par Javolenus : *« Alors que j'ai l'usufruit d'un jardin, la rivière a pris possession du jardin, ensuite, de lui, elle s'est retirée ; il a semblé à Labéon qu'aussi, le droit de l'usufruit avait été rétabli, parce que ce terrain, à perpétuité, est resté du même droit. Ainsi, je le pense vrai, si la rivière, avec une inondation, a pris possession du jardin ; car, si, son lit ayant changé, de là, elle a commencé à couler, je pense qu'est perdu l'usufruit, du fait que cet emplacement du lit a commencé à être public et que, dans son premier état, il ne peut être remis. 1 - De même, quant à la règle, Labéon dit que, pour un droit de passage pour les hommes et pour les animaux, cela doit être gardé ; quant à ces biens, moi, de même, pour l'usufruit, je le pense. 2 - Labéon : Si, la terre la plus haute a été enlevée de mon bien-fonds et que l'autre a été emportée, pour cette raison, elle ne cesse pas d'être mon terrain, pas plus que la terre une fois vidée ».*

[878] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 3 des *Institutes*, II, iv ; D. 7, 4, 5 § 2 et là, Costal ; Papon, *Arrests*, liv. XIV, tit. 2, arrêt 4. Mais voyez les coutumes d'Anvers, tit. 48, art. 2.

Le § 3 des *Institutes* a été donné plus haut dans la note 876.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Avec le changement du bien, on décide que l'usufruit disparaît ; de même que l'usufruit de maisons m'a été légué et que les maisons s'écroulent ou ont été détruites par le feu, sans aucun doute, il est éteint. Et [l'usufruit] de la surface ? Il est très certain que, les maisons étant détruites par le feu, ni l'usufruit de la surface, ni celui des pierres ne sont dus, et ainsi, Julianus [le dit-il] ».*

[879] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 53 ; voyez ci-après chap. XLI, § 22.

Extrait du livre II des *Lettres* de Javolenus : *« Si, à quelqu'un, un usufruit a été légué, aussi longtemps que n'importe quelle partie de cet immeuble de rapport reste, il conserve l'usufruit de tout le terrain ».*

[880] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 56 et C. 1, 2, 23 pr et § 1.

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Il a été demandé si, au nom d'un usufruit, une action, aux citoyens d'un municipe, devra être accordée ; on considérait, en effet, qu'il y avait un danger qu'il ne devînt perpétuel, parce que, ni avec la mort, ni facilement, avec un amoindrissement du statut juridique, il sera détruit, avec cette raison que la propriété aurait été sans effet toujours, l'usufruit ayant été enlevé. Mais, cependant, on a décidé que devait être accordée l'action. D'où, il y a un second doute, [pour savoir] jusqu'où, sur cet usufruit, doivent être protégés les citoyens du municipe ; et on a décidé que, durant cent ans, les citoyens du municipe devaient être protégés, parce que cette fin de la vie est celle d'un homme de grand âge ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Pour qu'entre le droit divin, le droit public et les avantages privés, il y ait une séparation appropriée, nous consacrons que, si quelqu'un a laissé quelque succession, legs ou fidéicommis ou, au titre d'une donation, a donné quelque chose ou qu'il l'a vendu aux sacrosaintes églises, aux vénérables hôpitaux, aux hospices des pauvres, aux monastères des hommes et des femmes, aux orphelinats, aux hospices des nouveau-nés ou aux hospices des vieillards, et aussi au droit des cités, la réclamation de ce qui leur a été laissés, donné ou vendu sera de longue durée, aucune prescription ordinaire de temps ne devant être resserrée. 1 - Mais, si, pour le rachat des captifs, un certain argent ou des biens ont été laissés ou, de façon légale, donnés, nous jugeons que leur réclamation sera de très longue durée ».*

[881] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(De l'usufruit)*, § 3. Il est dit ci-dessus § 4, dans la note 862, qu'un usufruitier ne peut pas transférer l'usufruit à un tiers, mais, si, ayant toutefois fait une telle chose, par cela, il fait abandon de son usufruit au profit du propriétaire, il est entendu différemment pas les juristes. Voyez Ayres Pinhel sur C. 6, 60 [*Des biens maternels et de la branche maternelle*], 1, part. V, nb 38-39 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. I, cap. 8, nb 7 ; Garcia, *De expensis*, cap. 10, nb 28 et le suivant ; Sande, *De actionum cessione*, cap. 5, nb 35 ; les docteurs sur D. 23, 3 [*Du droit des dots*], 66 et sur la fin du § 3 des *Institutes*, II, iv *(De l'usufruit)* ; Fabianus, *De emptione venditione*, quæst. Princip. 4, nb 54 aux mots *sed pro* ; Juan del Castoillo Sotomayor, *De usufructu*, cap. 60. Il est certain qu'il a été jugé par le Haut Conseil en Hollande qu'un père qui est le tuteur de ses enfants et l'usufruitier de certaines de leurs maisons, elles dépérissent du ci-devant dit usufruit et que cet usufruit

[**Note de Willem Schorer sur la note 881 de Groenewegen van der Made**

Nous avons vu ci-dessus qu'il n'était pas permis à l'usufruitier de céder l'usufruit à un étranger. Si, cependant, il a entrepris de le faire à l'encontre du droit, son droit n'est pas pour cela éteint et c'est pourquoi le cas exposé par Groenewegen est particulier à raison d'une remarquable fraude ; en conséquence, ils ne doivent pas être étendus aux autres usufruitiers, parce que, pour une caducité, un dol est requis, comme nous venons de le voir sur le § 7, sur la note 866.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXVI. Il semble que la Cour Suprême a jugé que l'usufruit meurt avec la cession de l'usufruit faite solennellement en justice, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland* , decis. 74 jointe à la decis. 100 ; voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.7, tit. 4, nb 3.]

§ 17. En quatrième lieu, par une consolidation des deux droits, comme par exemple quand la fille acquiert la propriété [882].

§ 18. En cinquième lieu, par un non-usage [883] qui dure un tiers de siècle.

§ 19. Nous avons dit que, pour les choses consommables, l'usufruit n'a pas lieu, ce qui suit de ce qui est dit sur la définition du droit, comme le fait que l'usage doit être fait *sans amoindrissement de la chose* [884].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXVII. La Cour a aussi décidé le 14 mais 1612, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland* , decis. 358, que l'usufruit de vêtement était un véritable [usufruit].]

[208] § 20. Cependant, la coutume a introduit un quasi-usufruit aussi sur les biens consommables comme l'argent, le blé, le vin, sous une bonne garantie, non du bien lui-même, mais, après la mort de l'usufruitier, de laisser suivre autant à celui qui en est le propriétaire [885] ;

était durant sa vie caché et confondu avec une propriété pour la raison qu'ayant lié de façon générale la maison au profit de son créancier et, par la suite, en ayant fait l'adjudication à ce créancier, il avait par cela fait que cette maison, à raison du créancier précité, était vendue par exécution et, à la suite de cela, l'acheteur est condamné et jugé faire abandon de la ci-devant dite maison et retourner les fruits tirés depuis l'accomplissement des choses, voir la sentence du Haut Conseil dans l'affaire de Timan Lucaszoon avec ses associés comme tuteurs des enfants de Ysbrand Jacobszoon Bock, demandeurs à l'appel, contre Willem Dirkszoon et Hubert Appelman, défendeurs, du 22 décembre 1605, confirmé en appel le 23 février 1608.

(Note du traducteur) Le § 3 en question des *Institutes*, II, iv *(De l'usufruit)* a déjà été présenté ci-dessus dans la note 864.

[882] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(De l'usufruit)*, § 3.

Voir de même la note 864.

[883] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 4, 20 et 25. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 7, 39 [*De la prescription de trente ou quarante ans*].

Extrait du livre XV *Sur Plautius* de Paul : *« Si celui qui a un usufruit, seulement, en use, parce qu'il pense qu'il a seulement un droit d'usage, conservera-t-il l'usufruit ? Et, si, certes, sachant qu'il a l'usufruit seulement, il a voulu en user, il n'est pas moins considéré en jouir ; mais, s'il l'ignore, je pense qu'il perd le fruit ; en effet, non à partir de ce qu'il a, il en use, mais à partir de ce qu'il pensait avoir ».*

Extrait du livre XI *Repris des différentes leçons* de Pomponius : *« On décide que l'usufruit d'une partie ou à la faveur d'un indivis, par le non-usage, est perdu ».*

[884] (Note de l'éditeur) Voir le chap. XXXVIII, § 5.

[885] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, iv *(De l'usufruit)*, § 2 et tout le titre de D. 7, 5 *(De l'usufruit de ces biens qui, par l'usage, sont consommés ou amoindris).*

« § 2. Mais l'usufruit est établi non seulement sur un bien-fonds et des maisons, mais aussi sur des esclaves, des animaux de trait et d'autres biens, étant exceptés ceux qui, par l'usage lui-même, sont consommés ; car ceux-ci, ni selon la raison naturelle ni selon la raison civile, ne reçoivent un usufruit. Dans ce nombre, il y a le vin, l'huile, le blé, les vêtements. Proche de ceux-ci, il y a l'argent compté ; car, dans l'usage lui-même, avec un échange continuel, d'une certaine façon, il est éteint. Mais, à raison de l'utilité, le Sénat a jugé qu'aussi, l'usufruit de ces biens pouvait être établi, de sorte, cependant, qu'à ce titre, à l'héritier, il soit donné une garantie. C'est pourquoi, si un usufruit d'argent a été légué, il est donné au légataire d'une façon telle que le légataire donne garantie à l'héritier quant à la restitution de l'argent, s'il meurt ou s'il est amoindri dans son statut civil. Les autres biens sont aussi transférés au

à cette fin, on a coutume de faire estimer de tels biens [886], à l'exception de l'argent qui n'est pas évaluable, mais est lui-même l'estimation de tout. Et, bien qu'un tel droit, d'après la propriété du mot, ne soit pas un usufruit, cependant, la coutume qui gouverne aussi bien sur les mots que sur le droit a mis en usage que, lorsque quelqu'un lègue à son épouse ou à quelqu'un d'autre l'usufruit ou l'usage de tous ses biens, le légataire ne jouit aussi que du droit d'utiliser et de consommer les biens consommables [887], sous une telle garantie et évaluation comme il est dit ; pour cela aussi, il est nécessaire que l'usufruitier fasse un inventaire des biens qui ne peuvent pas aussi comme il est ci-dessus [888] dit de la sécurité) lui être remis [889].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXVIII. L'usufruit de dettes placées à intérêt est un véritable [usufruit], non un quasi-usufruit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 7, tit. 5, nb 3.]

*

Chapitre XL
De l'emphytéose [890]

§ 1. L'USUFRUIT HÉRÉDITAIRE est *ce qui n'est pas limité avec la vie d'une personne* ; il y en a deux sortes principales, l'EMPHYTÉOSE et la TENURE FÉODALE.

[**Note de Willem Schorer**

Bien qu'un fief et une emphytéose s'accordent sur beaucoup de points, sur différents, ils diffèrent. I. *À raison de la fin* : le vassal est tenu de prêter sa fidélité ; l'emphytéote est seulement tenu d'une redevance annuelle. II. *À raison de la transmission* : la vassal transmet le fief seulement à certains héritiers ; l'emphytéote, à n'importe quels étrangers aussi. III. *À raison de la possibilité d'aliéner* : car le

---

légataire d'une façon telle qu'ils deviennent les siens ; mais, ceux-ci ayant été évalués, il donne garantie que, s'il meurt ou s'il est amoindri dans son statut civil, autant d'argent sera rendu que ces biens auront été estimés. En conséquence, le Sénat n'a pas créé, certes, l'usufruit de ces biens, (en effet, il ne le pouvait pas), mais, par le biais de la garantie, il a établi un quasi-usufruit ».

Le titre en question comprend en tout 12 extraits.

[886] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 2 des *Institutes*, II, iv *(De l'usufruit)* ; D. 7, 5, 2, 4 et 7.

Le § cité est donné dans la note précédente.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Mais, quant à l'argent, à bon droit, il faut que cela soit garanti à ceux la charge de qui l'usufruit de cet argent aura été légué. 1 - Avec ce sénatus-consulte, il n'a pas été fait en sorte qu'il y ait proprement l'usufruit de l'argent (en effet, la raison naturelle, avec l'autorité du sénatus-consulte, a pu être modifiée), mais, avec l'introduction du remède, il commence à être, comme un usufruit, tenu ».*

Extrait du livre I[er] *Sur Neratius* de Paul : *« En conséquence, une garantie aussi, de celui-ci, devra être réclamée ».*

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si l'usufruit d'un vin, d'huile ou de blé a été légué, la [nue] propriété doit, au légataire, en être transférée et, de lui, une garantie doit être souhaitée, afin que, puisque celui-ci est mort ou a été amoindri dans son statut juridique, un bien de la même qualité sera rendu ou, les biens ayant été évalués, au titre du montant d'argent certain, il doit être donné garantie, ce qui est plus avantageux. De même, à savoir, quant aux autres biens aussi qui, dans un usage, sont compris, nous l'entendons ».*

[887] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 2, 37 ; Mantica, *De conjecturis*, dernier vol. liv. IX, tit. 6, nb 1.

Extrait du livre XXXIII des *Digestes* de Scævola : *« "A mon épouse, je lègue l'usufruit de mes biens jusqu'à ce que ma fille accomplisse ses dix-huit ans" ; il a été demandé si l'usufruit tant des biens-fonds ruraux qu'urbains, des esclaves et des ustensiles de ménage, et de même, du livre de comptes, à l'épouse, reviendra. [Scævola] a répondu que, selon ce qui est exposé, [l'usufruit] de tout cela lui revenait ».*

[888] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus, § 3, les notes 861 et 862.

[889] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 33 et 92, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 20 ; Peck, *De testamentorum conjunctione*, liv. V, cap. 4 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 144, nb 16 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 9, art. 31, nb 4-5. Mais voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 3, 33 *(De l'usufruit, du droit d'habitation et du service des esclaves)*, 4.

[890] (Note de l'éditeur) Voir tout le titre de D. 6, 3 *(Si une terre louée pour de l'argent, c'est-à-dire emphytéotique, est réclamée)* et C. 4, 66 *(Du droit emphytéotique)*.

Le titre en question du Digeste comprend 3 extraits, celui du Code, 4 constitutions.

vassal ne peut pas aliéner le fief sans le consentement du seigneur, bien que, dans certains endroits, cela ait été reçu par un acte entre vifs ; ce qui est permis à l'emphytéote, si le propriétaire lui-même ne veut pas payer le prix, voir Samuel Strik, *Examen juris feudalis*, cap. 2, § 25.]

[209] § 2. L'EMPHYTÉOSE est un *usufruit héréditaire d'un bien immeuble d'autrui sous une rente annuelle* [891].

§ 3. Nous disons *un usufruit héréditaire* ; car cet usufruit ne se termine pas avec la vie, mais va sur tous les héritiers [892], à moins que celui-ci ne fût lié à une certaine famille [893], dans ce cas, la moitié du bien peut aussi bien venir aux femmes [894] qu'aux hommes aux enfants légitimes et aux légitimés et, à défaut de tous ceux-ci, aussi aux enfants naturels [895] ; mais, le bien-fonds ayant été simplement accordé, il hérite d'un tel bien en propre comme libre [de toute charge].

§ 4. Il arrive aussi bien que l'emphytéose cesse avant l'échéance de la naissance du premier emphytéote, lorsque celui-ci est accordé pour une certaine période ou sous des conditions particulières [896].

---

[891] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *Si ager vectigalis*, nb 2.

[892] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 3.

« § 3. Mais la vente et l'achat sont considérés avoir quelque parenté entre eux, de même le louage et la prise de bail, d'une façon telle que, dans certaines causes, on demande ordinairement si un achat et une vente sont contractés ou une offre de bail et une prise de bail. Comme par exemple, quant aux biens-fonds, à perpétuité, à certains, sont livrés pour en jouir, c'est-à-dire aussi longtemps que le loyer ou le revenu en faveur de ceux-ci, au propriétaire, est payé et, au preneur lui-même ni à son héritier ou à celui auquel le preneur ou son héritier l'a vendu, donné, au titre de la dot, remis ou avec un autre moyen, aliéné, il ne sera pas permis de l'enlever. Mais un tel contrat, parce que, parmi les anciens, on en doutait et que par certains était pensée une vente, par certains autres, une offre de bail, une loi a été faite par Zénon (cf. C. 4, 66, 1) *qui, pour le contrat d'emphytéose, a statué une nature propre qui n'inclinait ni sur une vente ni sur une offre de bail, mais qui, avec leurs pactes, devait être soutenue et, si, certes, quelque chose avait été conclu, cela faisait ainsi comme si le contrat était naturel ; mais si au contraire, rien, quant au risque, n'avait été conclu, alors, si, certes, la disparition de tout le bien s'était ajoutée, sur le propriétaire, sur cela, le risque retombait ; mais, si au contraire [il est] particulier, sur l'emphytéote, un dommage de cette sorte revient ».*

[893] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 3 au mot *necessitatem.*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Alors que l'on doutait [de savoir] si c'est avec la volonté du propriétaire que l'emphytéote doit aliéner ses améliorations, que l'on appelle par le mot grec* emponêmata (*i. e.* « ce qui a coûté du travail »)*, ou transférer à autrui le droit de l'emphytéose ou s'il attend son consentement, nous consacrons que, si l'instrument d'emphytéose comporte certes des accords, ils soient observés. Mais, si au contraire un accord n'est pas intervenu par un moyen de ce type, ou peut-être que l'instrument de l'emphytéose a été perdu, il ne sera pas permis à l'emphytéote de vendre à d'autres ses améliorations ou de transférer les droits d'emphytéose sans le consentement du propriétaire. Mais, afin que les propriétaires, cette occasion ayant été reçue, n'accordent point que leurs emphytéoses reçoivent le prix des améliorations qu'ils ont découvertes, mais les combattent, et que l'avantage n'en meure pas pour l'emphytéote, nous disposons que l'attestation sera remise au propriétaire et qu'elle dise à l'avance quel prix l'on peut recevoir d'autrui. Et, si le propriétaire a certes préféré le donner et garantir un aussi grand montant que l'emphytéote lui-même en vérité peut recevoir d'autrui, [nous disposons] que ce même propriétaire les achète absolument. Mais, si au contraire, un délai de deux mois s'est écoulé et que le propriétaire n'a pas voulu le faire, licence en sera donnée à l'emphytéote, quand il a voulu vendre ses améliorations sans le consentement du propriétaire, cependant à des personnes qui ne se voient pas interdire ordinairement de venir dans des contrats d'emphytéose à un achat de ce type. Aussi les propriétaires ont-ils la nécessité, si une amélioration a été vendue à d'autres selon la manière ci-devant dite, de recevoir l'emphytéote ; ou bien, si l'emphytéote a préféré transmettre le droit de l'emphytéose à des personnes non interdites, mais accordées et appropriées pour payer le loyer de l'emphytéose, il ne parlera pas contre, mais mettra en possession le nouvel emphytéote, non par le biais du preneur ou d'un procurateur, mais par l'intermédiaire des propriétaires eux-mêmes, ou de leurs lettres, ou (s'ils ne l'on pas pu ou voulu), par une consignation dans cette cité auprès du très illustre magistrat des cens, ou bien par le biais d'une attestation avec les présentes tablettes, mais qui doit se faire dans les provinces par l'intermédiaire des gouverneurs ou des défenseurs. Et, afin que les propriétaires ne sollicitent point avec une si grande avarice, une grande masse d'argent pour cela, (ce que nous avons appris que l'on donnait jusqu'à présent), il ne leur sera pas permis de recevoir plus à la faveur de leur souscription ou de leur dépôt, si ce n'est le cinquantième du prix ou de l'évaluation de l'endroit qui est transféré à une autre personne. Mais, si au contraire, le propriétaire n'a pas préféré recevoir un nouvel emphytéote ou l'acheteur de l'amélioration et qu'il s'est abstenu de le faire par une attestation faite dans les deux mois, il sera permis à l'emphytéote, même sans le consentement des propriétaires, de transférer à d'autres son droit ou ses améliorations. Mais, s'il a fait autrement que notre constitution l'a disposé, il s'exposera au droit de l'emphytéose ».*

[894] (Note de Groenewegen) Voir Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VIII, cap. 79, et liv. XI, cap. 20 ; Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 32.

[895] (Note de Groenewegen) Voyez Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VIII, cap. 98.

[896] (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 3, 3.

§ 5. Il arrive aussi que le bien soit transféré comme en emphytéose, avec le fait que la demande étant venue pour certaines années ou le droit de l'un échéant à l'autre, elle doit être renouvelée sous peine de dépérissement [897].

§ 6. Nous avons mis *bien immeuble* ; car, pour un bien meuble, on ne trouve pas chez nous ce droit.

§ 7. Bien que, selon les lois écrites, un emphytéote ne puisse pas aliéner son emphytéose, certes, sans la connaissance du propriétaire, en faisant une telle chose, son droit dépérit [898], ainsi, cela est cependant entrepris communément et en dehors d'une convention particulière ou d'une coutume locale autrement, à savoir que l'emphytéote peut transférer son droit à un autre [899], étant sauf pour le propriétaire son droit de retrait dans l'année après la connaissance acquise [900].

[**Note de Willem Schorer sur la note 900 de Groenewegen van der Made**
Nous traiterons du retrait qui appartient au seigneur dans le liv. II, chap. XVI, § 12, sur la note 643.]

[210] § 8. Mais, dans le cas où une certaine partie de l'emphytéose était vendue, le propriétaire ne serait pas tenu pour cela de diviser [la rente de] l'emphytéose, mais pourrait en

---

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« De même, il en est, si, pour un temps, ils avaient eu la prise de bail et que ce temps de la prise de bail n'est pas terminé ».*

[897] (Note de Groenewegen) Voir Décrétales III, xiv, 1. Voyez en outre Johann Kahl, *Lexicon juridicum*, au mot *precariæ*.

Canon repris du concile de Beauvais de 845 (Meaux 845, c. 22) : *« Les précaires, de cinq ans en cinq ans, selon l'autorité et l'ancienne coutume, sont renouvelés ».*

[898] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 3. Voyez Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 15 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. III, cap. 97.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Alors que l'on doutait [de savoir] si c'est avec la volonté du propriétaire que l'emphytéote doit aliéner ses améliorations, que l'on appelle par le mot grec* emponêmata (*i. e.* « ce qui a coûté du travail »)*, ou transférer à autrui le droit de l'emphytéose ou s'il attend son consentement, nous consacrons que, si l'instrument d'emphytéose comporte certes des accords, ils soient observés. Mais, si au contraire un accord n'est pas intervenu par un moyen de ce type, ou peut-être que l'instrument de l'emphytéose a été perdu, il ne sera pas permis à l'emphytéote de vendre à d'autres ses améliorations ou de transférer les droits d'emphytéose sans le consentement du propriétaire. Mais, afin que les propriétaires, cette occasion ayant été reçue, n'accordent point que leurs emphytéoses reçoivent le prix des améliorations qu'ils ont découvertes, mais les combattent, et que l'avantage n'en meure pas pour l'emphytéote, nous disposons que l'attestation sera remise au propriétaire et qu'elle dise à l'avance quel prix l'on peut recevoir d'autrui. Et, si le propriétaire a certes préféré le donner et garantir un aussi grand montant que l'emphytéote lui-même en vérité peut recevoir d'autrui, [nous disposons] que ce même propriétaire les achète absolument. Mais, si au contraire, un délai de deux mois s'est écoulé et que le propriétaire n'a pas voulu le faire, licence en sera donnée à l'emphytéote, quand il a voulu vendre ses améliorations sans le consentement du propriétaire, cependant à des personnes qui ne se voient pas interdire ordinairement de venir dans des contrats d'emphytéose à un achat de ce type. Aussi les propriétaires ont-ils la nécessité, si une amélioration a été vendue à d'autres selon la manière ci-devant dite, de recevoir l'emphytéote ; ou bien, si l'emphytéote a préféré transmettre le droit de l'emphytéose à des personnes non interdites, mais accordées et appropriées pour payer le loyer de l'emphytéose, il ne parlera pas contre, mais mettra en possession le nouvel emphytéote, non par le biais du preneur ou d'un procurateur, mais par l'intermédiaire des propriétaires eux-mêmes, de leurs lettres ou (s'ils ne l'on pas pu ou voulu), par une consignation dans cette cité auprès du très illustre magistrat des cens, ou bien par le biais d'une attestation avec les présentes tablettes, mais qui doit se faire dans les provinces par l'intermédiaire des gouverneurs ou des défenseurs. Et, afin que les propriétaires ne sollicitent point avec une si grande avarice, une grande masse d'argent pour cela, (ce que nous avons appris que l'on donnait jusqu'à présent), il ne leur sera pas permis de recevoir plus à la faveur de leur souscription ou de leur dépôt, si ce n'est le cinquantième du prix ou de l'évaluation de l'endroit qui est transféré à une autre personne. Mais, si au contraire, le propriétaire n'a pas préféré recevoir un nouvel emphytéote ou l'acheteur de l'amélioration et qu'il s'est abstenu de le faire par une attestation faite dans les deux mois, il sera permis à l'emphytéote, même sans le consentement des propriétaires, de transférer à d'autres son droit ou ses améliorations. Mais, s'il a fait autrement que notre constitution l'a disposé, il s'exposera au droit de l'emphytéose ».*

[899] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 39, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 59 ; coutumes du Rijnland, art. 40 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 66, 3.

[900] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 122, nb 1-2 ; André Tiraqueau, *De utroque retractu municipali et conventionali*, § 21, nb 3-4 ; Wesembeck, *Paratitla*, *Si ager vectigalis* à la fin.

réclamer la totalité [901]. Dans certaines places, il est en usage que, le bien ayant été aliéné ou aussi lorsque le bien passe par le biais d'une succession, pour cela, il doive payer deux fois [la rente de] l'emphytéose [902].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXIX. Le droit particulier de certains endroits [qui fait] que, l'aliénation étant faite, l'emphytéote ne paie pas une double rente, voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 54, et le supplément, part. IV, p. 210, avec Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 66 *(Du droit emphytéotique)*, 3, et d'autres, ne doit pas être ainsi expliqué pour que le choix entre la réclamation de la double rente et le droit de retrait soit accordé au propriétaire, mais pour que l'aliénation soit libre pour l'emphytéote avec le paiement de la double rente.

CCCLXXX. Dans les lois hollandaises des 31 octobre 1620 et 27 septembre 1658, toute aliénation d'un bien emphytéotique dont la nue-propriété appartient aux domaines de la région, requiert le paiement d'une double rente ; d'où il faut lire avec précaution ce que Voet rapporte, lib. 7, tit. 5, nb 31-35.]

§ 9. L'emphytéote doit entretenir le bien en bon état à ses frais [903] ; pour cette raison, il ne peut couper aucun arbre frugifère ou faire un semblable amoindrissement [904] ; mais il peut bien charger ce bien avec des servitudes pour autant que cela le concerne lui et les acquéreurs de son droit, mais non au préjudice du propriétaire [905].

[**Note de WillemSchorer sur la note 904 de Groenewegenvan der Made**

L'emphytéote est cru, à partir de la nature de l'emphytéose, s'être obligé à améliorer l'emphytéose ; mais s'il a fait moins, l'emphytéose tombe en confiscation. Cependant, une détérioration fautive est requise, voir Speidel, *Sylloge quæstionum judicarum et politicarum*, vol. I, lettre E, p. 945. Il s'ensuit de là qu'il ne creuse pas à bon droit un gazon bitumineux, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 165, et c'est pourquoi des interdits pénaux sont accordés par les Cours au propriétaire direct pour empêcher une telle chose ; et sur ce point, il est différent de l'usufruitier auquel nous avons vu sur le chap. XXXVIII, § 9, qu'il était permis [de le faire] avec un esprit sain, du fait qu'il use autrement du même droit dont jouit l'usufruitier, la chasse, la pêche et la chasse aux oiseaux. Mieux, parfois, se présente plus de droit à l'emphytéote qu'à l'usufruitier ; car le trésor trouvé sur le bien-fonds lui échoit et l'usufruit d'une île née d'une alluvion devant le fief ne lui est pas refusé, ni ce qui est étranger à l'équité, du fait que tout dommage particulier le suit et qu'il reste astreint à la prestation de toute la redevance, bien que la majeure partie de l'emphytéose ait péri, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 11, et l'auteur sur le § 22, note 926. Cependant, dans ce cas, à partir de l'équité, il semble qu'il faille être bienveillant envers l'emphytéote, afin qu'il paie la rente dans le futur au jugement d'un homme de bien ou du moins, qu'il lui abandonne toute l'emphytéose, voir Voet, lib. 6, tit. 3, nb 17. À raison d'une guerre qui survient et empêche l'agriculture, également comme dans une location, Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 326, nb 64, p. 638, signale que le paiement de la rente doit être remis à l'emphytéote par le propriétaire de l'emphytéose, ce qui est cependant limité, si le loyer est important et répond aux fruits, ; [il en va] autrement s'il est petit et qu'il est procuré plutôt pour le reconnaissance de la

[901] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 8, 30 (31), 2 ; coutumes du Rijnland, art. 41.

Constitution de Gordien adressée à Domitius et donnée en 240 : *« Tu dois entendre que les liens du gage durent, l'action personnelle ayant été repoussée ».*

[902] (Note de Groenewegen) Voir le privilège du comte Floris accordé à Monnikendam en 1288.

[903] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 1 à la fin.

Constitution de Zénon, adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476/484 : *« (…) Mais, si au contraire, se produit un dommage particulier ou autre de peu d'importance, par lequel la substance même de la chose serait à peine endommagée, il ne fait aucun doute que cela doive être à la charge propre du preneur emphytéotique ».*

[904] (Note de Groenewegen) Voir Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 26, nb 2 ; les docteurs sur ledit texte de C. 4, 66, 1 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 129.

[905] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 123, nb 3 ; Giasone del Maino sur C. 4, 66, 3 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 59.

propriété qu'à raison des fruits, voir Antonella, *De tempore legali*, lib. I, cap. 38, nb 24. Du reste, il faut signaler que non seulement l'emphytéote, mais aussi le propriétaire direct lui-même sont parfois tenus à quelque chose ; ainsi, le propriétaire est tenu à la réparation des digues, parce qu'il lui est donné un secours avec cet acte, voir Antonio de Gamma, *Decisiones Lusitaniæ*, decis. 301.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefrioed van der Keessel**
CCCLXXXI. Bien que les charges du bien regardent l'emphytéote dans une véritable emphytéose, si cependant, la rente répond en général à la valeur des fruits, la raison du droit enseigne que le tribut du centième et du deux-centième regarde le propriétaire, voir *Nederlandsch advijs-boek*, part. II, cons. 222 ; cf.Grotius, liv. III, chap. XVIII, § 4 à la fin.]

§ 10. Une EMPHYTÉOSE est ACQUISE en premier lieu par une concession d'emphytéose faite soit oralement [906] soit par écrit, ce dont il sera parlé dans le chapitre sur le contrat [907], avec le fait qu'une permission à la place d'une livraison suive là-dessus [908].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefrioed van der Keessel**
CCCLXXXII. Pour que le droit d'emphytéose soit acquis entre vifs, on considère qu'il y a besoin d'une cession en justice solennelle à partir de l'édit de Charles Quint de 1529.]

§ 11. En second lieu, par une dernière volonté du plein propriétaire comme celui qui, à l'un, peut accorder l'emphytéose, et à l'autre, la nue-propriété [909].

§ 12. En troisième lieu, par une prescription, c'est-à-dire quand le bien est utilisé pendant un tiers de siècle [910].

[**Note de Willem Schorer sur la note 910 de Groenewegen van der Made**
Si un si grand délai est intervenu et que quelqu'un a procuré une rente annuelle uniforme, il est présumé posséder avec un droit d'emphytéose, à moins que le propriétaire du bien-fonds ne montre qu'il avait reçu cette rente annuelle non selon le droit d'emphytéose, mais celui du louage ; ce que l'on croit avoir prouvé si, avant cent ans, il démontre que ce bien-fonds dont on débat maintenant, avait été loué plus cher au titre de cette location. Mieux, dans le doute, on doit le présumer et juger en faveur du renouvellement du contrat de location chaque fois qu'il apparaît que le loyer annuel a été modifié, du fait que les rentes annuelles restent toujours les mêmes dans une emphytéose, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 5. Cependant, parce que, dans l'emphytéose, un écrit est requis, d'autres souhaitent quarante ans, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, diff. 71, nb 7.]

§ 13. En quatrième lieu, par le transfert de l'emphytéote à **[211]** une autre personne [911], tel que cela est dit ci-dessus [912].

---

[906] (Note de Groenewegen) Voir Willem van Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 24 ; les docteurs sur C. 4, 66, 1 ; Wesembeck, *Paratitla, Si ager vectigalis,* nb 2 vers le milieu, bien que certains juristes soient d'une autre sentiment, voir Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 4 ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 78 ; Coras sur C. 4, 66, 1 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 119, nb 5.

[907] (Note de l'éditeur) Voir le liv. III, chap. XVIII, §§ 2 et 3.

[908] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck dans ledit endroit.

[909] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 1, 2, 1 et D. 29, 3, 5.

Constitution de Constantin adressée au peuple et donnée en 321 : *« Chacun aura l'autorisation de laisser ce qu'il a choisi de laisser de ses biens à la très sainte et vénérable assemblée catholique et ses décisions ne seront point annulées. En effet, il n'est rien qui soit plus dû aux hommes, maintenant qu'ils ne peuvent plus dorénavant vouloir autre chose, que de rendre libre l'expression de leur dernière volonté et légale une décision que l'on ne reprend pas de nouveau ».*

Extrait du livre VIII *Sur Plautius* de Paul : *« … ou à nier qu'ils aient apposé leurs sceaux ; publiquement, en effet, il est à propos que les derniers jugements des hommes aient une issue ».*

[910] (Note de Groenewegen) Voyez ci-devant le chap. VIII et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

[911] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 2, 3, 20.

§ 14. En cinquième lieu, par une dernière volonté de l'emphytéote, à condition qu'il reste dans la famille, dans le cas où la concession est liée à la famille [913].

§ 15. En sixième lieu, par un partage de la succession, cas dans lequel le seigneur n'a aucun droit de retrait [914].

§ 16. L'EMPHYTÉOSE est PERDUE en premier lieu par la mort de l'enfant né du premier emphytéote, [ainsi, quand l'emphytéose est accordée à la lignée] [915], ou autrement, par la survenance de la période fixée ou du cas stipulé ; cependant, par cette circonstance, il est en

---

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Martialis et donnée en 293 : *« Avec des traditions et des usucapions, les propriétés des biens sont transférées, non avec des pactes nus ».*

[912] (Note de l'éditeur) Voyez ce chapitre, §§ 7 et 21.

[913] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 3 au mot *necessitatem*. En argument D. 30, 114 §§ 15 et 17 et D. 31, 67 §§ 2 et 5. Voyez avec cela Fusarius, *De fideicommissis*, quæst. 380, nb 8 avec le suivant, et quæs. 111.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Alors que l'on doutait [de savoir] si c'est avec la volonté du propriétaire que l'emphytéote doit aliéner ses améliorations, que l'on appelle par le mot grec* emponêmata (*i. e.* « ce qui a coûté du travail »)*, ou transférer à autrui le droit de l'emphytéose ou s'il attend son consentement, nous consacrons que, si l'instrument d'emphytéose comporte certes des accords, ils soient observés. Mais, si au contraire un accord n'est pas intervenu par un moyen de ce type, ou peut-être que l'instrument de l'emphytéose a été perdu, il ne sera pas permis à l'emphytéote de vendre à d'autres ses améliorations ou de transférer les droits d'emphytéose sans le consentement du propriétaire. Mais, afin que les propriétaires, cette occasion ayant été reçue, n'accordent point que leurs emphytéoses reçoivent le prix des améliorations qu'ils ont découvertes, mais les combattent, et que l'avantage n'en meure pas pour l'emphytéote, nous disposons que l'attestation sera remise au propriétaire et qu'elle dise à l'avance quel prix l'on peut recevoir d'autrui. Et, si le propriétaire a certes préféré le donner et garantir un aussi grand montant que l'emphytéote lui-même en vérité peut recevoir d'autrui, [nous disposons] que ce même propriétaire les achète absolument. Mais, si au contraire, un délai de deux mois s'est écoulé et que le propriétaire n'a pas voulu le faire, licence en sera donnée à l'emphytéote, quand il a voulu vendre ses améliorations sans le consentement du propriétaire, cependant à des personnes qui ne se voient pas interdire ordinairement de venir dans des contrats d'emphytéose à un achat de ce type. Aussi les propriétaires ont-ils la nécessité, si une amélioration a été vendue à d'autres selon la manière ci-devant dite, de recevoir l'emphytéote ; ou bien, si l'emphytéote a préféré transmettre le droit de l'emphytéose à des personnes non interdites, mais accordées et appropriées pour payer le loyer de l'emphytéose, il ne parlera pas contre, mais mettra en possession le nouvel emphytéote, non par le biais du preneur ou d'un procurateur, mais par l'intermédiaire des propriétaires eux-mêmes, de leurs lettres ou (s'ils ne l'on pas pu ou voulu), par une consignation dans cette cité auprès du très illustre magistrat des cens, ou bien par le biais d'une attestation avec les présentes tablettes, mais qui doit se faire dans les provinces par l'intermédiaire des gouverneurs ou des défenseurs. Et, afin que les propriétaires ne sollicitent point avec une si grande avarice, une grande masse d'argent pour cela, (ce que nous avons appris que l'on donnait jusqu'à présent), il ne leur sera pas permis de recevoir plus à la faveur de leur souscription ou de leur dépôt, si ce n'est le cinquantième du prix ou de l'évaluation de l'endroit qui est transféré à une autre personne. Mais, si au contraire, le propriétaire n'a pas préféré recevoir un nouvel emphytéote ou l'acheteur de l'amélioration et qu'il s'est abstenu de le faire par une attestation faite dans les deux mois, il sera permis à l'emphytéote, même sans le consentement des propriétaires, de transférer à d'autres son droit ou ses améliorations. Mais, s'il a fait autrement que notre constitution l'a disposé, il s'exposera au droit de l'emphytéose ».*

Extrait du livre VIII des *Institutes* de Marcianus : *« 15 - Quand un père, ayant institué son fils héritier, duquel il a eu trois petits-fils, a fait un fidéicommis pour qu'il ne vende pas un bien-fonds et que, dans la famille, il reste, que le fils qui meurt a institué deux héritiers et a déshérité le troisième, qu'il a légué le bien-fonds à un étranger, les divins Sévère et Antonin ont dit dans un rescrit qu'il était vrai que le fils, à la volonté du défunt, n'avait pas obéi. (…) 17 - Mais, si tous les fils, comme héritiers, ont été institués pour des parts inégales, ne peuvent réclamer le fidéicommis pour une moindre part ceux qui ont été inscrits, de sorte qu'ils aient les parts individuelles, non les parts successorales dans celui-ci ; il est vrai, en effet, que, dans la famille, il l'a laissé, bien qu'à un seul, il l'ait laissé. 18 - De même, s'il a institué un seul héritier et n'a rien légué, les déshérités, dans l'intervalle, aussi longtemps que, dans la famille, il se trouve, ne peuvent rien réclamer ».*

Extrait du livre XIX des *Questions* de Papinien : *« 2 - C'est pourquoi, si, lorsque, peut-être, trois [esclaves] de la maisonnée appartiennent à celui qui a laissé le fidéicommis, du même rang ou d'un rang différent, il sera suffisant, à l'un, de l'avoir laissé ; car, après que l'on a obéi à la volonté, les autres, à la condition, font défaut. (…) 5 - Mais, si l'héritier a laissé le bien-fonds à l'un de la maisonnée et lui a remis en fidéicommis qu'à l'étranger, il le restitue, il a été demandé si ce fidéicommis pourra être réclamé. J'ai dit qu'il pouvait être ainsi réclamé seulement s'il a réalisé le prix du bien-fonds. Mais, si, certes, ce premier testateur a laissé ainsi le fidéicommis : "je demande que tu laisses le bien-fonds à qui tu le voudras ou à ceux que tu voudras de la maisonnée", le bien sera disponible ; s'il y avait les termes suivants : "je demande que le bien-fonds ne sorte pas de la maisonnée", l'héritier de l'héritier, à raison du second fidéicommis qui, sur un étranger, a été conféré, est entendu en avoir été chargé envers les autres qui réclameront ensuite à partir du premier testament le fidéicommis, à savoir, après la mort de celui qui, en premier, a été choisi ».*

[914] (Note de Groenewegen) Voir Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 14 et les docteurs ici allégués ; Guido de Suzaria dans son traité *De jure emphyteusis*, nb final. Voyez Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. X, cap. 49 et 50.

[915] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit le Lund.

usage que le propriétaire se voyant demander une nouvelle concession par les descendants ou les plus proches parents du dernier possesseur dans temps ne puisse pas la refuser [916].

[**Note de Willem Schorer sur la note 916 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur enseigne ici est seulement particulier et doit à peine être admis, à moins que quelque chose de tel ne soit prouvé avoir été introduit dans l'usage ou la coutume du lieu, autrement, le propriétaire, à la mort de l'emphytéote, au moment ou en cas d'accident, sera le libre juge de la taxe de la terre ; en conséquence, il n'est pas tenu de préférer le parent consanguin à un étranger s'il ne le veut pas, voir Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 148, nb 3. Mieux, bien que le renouvellement contraint prenne sa force dans l'usage, cependant, Voet ne l'admet pas, à moins que la bien ne soit intact et que, dans l'année à partir de laquelle on a su que l'emphytéose était éteinte, le renouvellement ne soit demandé et enfin, que le propriétaire direct ne veut pas retenir pour lui le bien, mais a voulu de nouveau le louer en emphytéose, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 14.]

§ 17. En second lieu, par une prescription, c'est-à-dire un non-usage pendant un tiers de siècle [917].

§ 18. En troisième lieu, par une confusion des deux droits, comme par exemple dans le cas où l'emphytéote acquiert la propriété [918] ; cela se produit aussi dans le cas où l'emphytéote ne paie non seulement pas la rente pendant un tiers de siècle, mais aussi possède le bien comme une libre propriété [919].

[**Note de Willem Schorer sur la note 919 de Groenewegen van der Made**
Les rentes annuelles sont plus facilement prescrites que le bien lui-même donné en emphytéose; supposons que l'emphytéote, à raison des rentes non payées pendant trois ans, ne tombe pas de son droit ; si quelqu'un, pendant un tiers de siècle, n'a pas payé la rente, il sera certes libéré du paiement de la rente qui ira au-delà de la trentième année, mais non à légard du temps futur ni en relation des anneés qui sont en dessous de trente ans, comme [il sera dit] plus longuement ci-dessous, liv. III, chap. XLVI, § 5, sur la note 1424. À Flessignue cependant, les rentes annuelles sont prescrites sur le cens et l'emphytéose avec un délai de trente ans, voir la coutume de Flessingue, chap. 13, art. 2, p. 91. Le droit du propriétaire direct ne cesse pas à partir de l'oubli du paiement, à moins que l'emphytéote n'ait refusé le loyer au propriétaire qui le réclame en reconnaissance de la propriété ou qu'il n'ait vendu le bien comme une propriété à un autre et que, depuis cette vente ou ce refus du droit, autant de temps s'est écoulé qu'il est requis pour la prescription, voir Nieuwstadt, *Decisiones Supremæ Curiæ*, decis.39 ; Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *erfpacht* - "emphytéose", § 9. La raison en est qu'alors, la cause de la possession est modifiée, du fait que l'emphytéote ne prescrit

---

[916] (Note de Groenewegen) Ceci est à entendre seulement de la ci-devant dite première circonstance, sur laquelle voyez en outre Antoine Gabriel sur C. 4, 66, 3, concl. 1, Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 100, Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*,vol. III, decis. 122, nb 8.

[917] (Note de Groenewegen) Voyez Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 39 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VIII, cap. 99 ; Wesembeck, *Paratitla*, *Si ager vectigalis* à la fin. Voyez avec cela ci-devant le chap. VIII et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

[918] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 8, 2, 25 et D. 8, 3, 33 § 1.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qui a été dit quant aux choses introduites a lieu d'un bâtiment dans un autre ; autrement, en effet, au-dessus de celui d'autrui, personne ne peut avoir un bâtiment plus haut. 1 - Si, à partir de trois maisons placées dans un endroit inégal, les maisons du milieu, envers la maison [placée] au-dessus, sont grevées d'une servitude et que le mur commun qu'il y a entre la maison inférieure et la maison du milieu, a été élevé plus haut par le propriétaire de la maison inférieure, Sabinus dit que, légalement, celui-ci aura [le droit de l'élever] plus haut ».*

Extrait du livre IX des *Questions* d'Africanus : *« 1 - À travers plusieurs biens-fonds, tu conduis l'eau de quelque façon que ce soit en imposant une servitude ; à moins que le pacte ou la stipulation aussi, quant à cela, ne se soit ensuivi à n'importe lequel d'entre eux et à un autre voisin, tu le pourras céder un droit de puisage à partir d'un cours d'eau ; en effet, un pacte ou une stipulation étant intervenus ; cela est ordinairement accordé, bien que nul bien-fonds lui-même, envers lui, ne puisse être grevé d'une servitude et que le fruit de la servitude ne puisse être établi ».*

[919] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *Si ager vectigalis* vers la fin ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 39.

pas envers le propriétaire, voir Wesembeck, *Paratitla* sur C. 4, 66 *(Du droit d'emphytéose)*, nb 3, au mot *sciendum* - "il faut savoir". Ainsi a-t-il été jugé dans le duché de Gueldre, voir Schrassert dans ledit § 9. Nous verrons ci-dessous, liv. III, chap.XLVI, § 5, sur la note 1424, que personne ne modifie pour lui la cause de la possession, ce qui doit être ainsi limité à moins qu'une nouvelle cause n'intervienne, voir Brunemann sur D. 41, 2 *(De l'acquisition ou de la perte de possession)*, 3 et 19, nb 2. Sur cette prescription, voyez Speidel, *Sylloge quæstionum judicatarum et politicarum*, vol. I, lettre E, p. 942.]

§ 19. En quatrième lieu, par le défaut de paiement de la rente annuelle durant une période de trois ans, ce par quoi le droit échoit au propriétaire [920], à moins que l'emphytéote **[212]**, en dehors de sa faute, ne fût resté ou venu en dehors de la possession du bien ou en dehors de la jouissance de celui-ci. Il y a aussi des emphytéoses qui périssent lorsque la rente n'est pas payée au terme fixé ou quelques semaines par la suite. Cependant, chez nous, lorsqu'un paiement est fait peu après ou que le payeur en défaut s'est excusé de son ignorance, la purge du retard est facilement acceptée, semblablement aussi, l'emphytéote, par une offre réelle de l'argent, est libéré de la perte [de l'emphytéose] [921]. Là où il y a plus d'héritiers d'un emphytéote, on doit tous ensemble les inquiéter pour le paiement, puisque le propriétaire est tenu de ne permettre aucune séparation [922]. La perte ayant lieu, le propriétaire ne peut pas chasser l'emphytéote de la possession pour défaut de paiement, mais il doit gagner légalement l'emphytéose [923], laquelle chose étant faite, il prive alors de leur droit tous les descendants de l'emphytéote.

[**Note de Willem Schorer sur la note 920 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur signale ici des rentes non payées pendant trente ans est d'un droit expédient et a aussi été disposé expressément deans le droit de la Gueldre, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *erfpacht*, § 6.]

[**Sur la note 921 de Groenewegen van der Made**
Dans nos usages, contre la négligence, comme [le dit] ici l'auteur, bien que tournée en sens inverse, la remise en l'état initial soit accordée, à moins que le mépris de l'emphytéote n'apparaisse dirigé contre le propriétaire, (supposez que l'emphytéote interpelé ait refusé le paiement de la rente) ou qu'avec une condition spéciale ajoutée à l'établissement de l'emphytéose, il ait été disposé que, la rente n'ayant pas été payée dans le délai prescrit, l'emphytéose tombe dans une confiscation. En

[920] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 2.
Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Dans les contrats emphytéotiques, nous consacrons que, si certes des accords avaient été rédigés dans des instruments emphytéotiques, ceux-ci seront observés dans tous les autres articles et au sujet de la récusation de celui qui reçoit l'emphytéose, s'il n'a pas fourni le loyer ordinaire ou les quittances des fonctions publiques. Mais, si au contraire, rien n'a été accordé sur cet article, mais qu'il n'a pas payé l'argent durant la totalité des trois années, ni remis les quittances au responsable des tributs, il sera permis à celui qui le veut de le chasser des terres emphytéotiques, nulle allégation au titre d'une amélioration de ce que l'on appelle des travaux d'amélioration* (εμπονεματα) *ou d'une peine ne lui étant opposée à l'avenir ; mais, lui devant être de toute façon chassé (si le propriétaire le voulait) et ne prétextant pas qu'il n'a pas été inquiété sur cette cause, alors qu'il faut que personne n'attende une convention ou un avertissement, mais se présente de son propre mouvement et paie totalement sa dette avec une volonté spontanée, suivant ce qui a été prévu par une loi précédente de notre divinité. Mais, pour que, sur le fondement de cette raison, une possibilité ne naisse pas pour les propriétaires de chasser leurs preneurs emphytéotiques et de ne pas vouloir recevoir le revenu, de sorte qu'à partir d'une machination de cette sorte, les trois années étant écoulées, celui qui a reçu l'emphytéose tombe de son droit, nous lui accordons l'autorisation, l'attestation ayant été fournie à l'avance, de présenter l'argent, ceci ayant été scellé et déposé selon la loi, et de ne pas craindre le risque d'une récusation ».*
[921] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 22 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 4, 66 *(Du droit emphytéotique)*, 2 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. II, obs. 5.
[922] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 8, 30, 2 ; Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 14 à la fin ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 107, nb 10-11. Mais voyez en outre Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 47.
Constitution de Gordien adressée à Domitius et donnée en 240 : *« Tu dois entendre que les liens du gage durent, l'action personnelle ayant été repoussée ».*
[923] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 5 ; Fachinæus, liv. I, cap. 95.

effet, dans ce cas, parce que la peine n'est pas légale, mais conventionnelle, doit uniquement être recherché ce qui a été convenu pour la peine. Nous verrons sur le chapitre XLVI de ce livre, § 4, sur la note 1078, qu'il a été autrement répondu et jugé à Utrecht, où nous traiterons plus longuement, sur la note 1080, de la stipulation pénale. Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*,, diff. 71, nb 9, signale que, cependant, le propriétaire de l'emphytéose à raison des rentes non payées en leur temps, chasse à bon droit l'emphytéote, un droit qui se présente aussi à l'emphytéote lui-même qui cède à un autre l'emphytéose à raison des rentes non payées en leur temps ; car le premier, à l'égard du second, est tenu comme un propriétaire, voir Antonella, *De tempore legali*, lib. II, cap. 88, nb 7. Du reste, si le propriétaire expulse l'emphytéote, il ne peut pas réclamer les loyers de l'époque passée, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit, aussi sur une emphytéose ecclésiastique, voir de même, lib. II, cap. 56, nb 7. Le propriétaire est cependant jugé avoir remis la caducité selon l'auteur, § 20, si, après un délai, il reçoit la rente et ainsi aussi, [le dit] Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 189, nb 12, p. 346, à moins que le propriétaire n'ait ignoré la caducité commise, voir de même, decis. 181, nb 7, p.334, ou qu'il l'ait reçue avec une protestation, voir Abraham de Pape sur les *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, vol. II, p. 29, qui a ici expliqué plus longuement la matière de la caducité. Si, cependant, le propriétaire n'a pas déclaré que l'emphytéote était tombé de son droit, cela ne sera pas permis à son successeur, voir Mynsinger, *Observationum centuriæ*, cent. 3, obs. 97, nb 3. En outre, pour que l'emphytéose tombe en confiscation, il est requis que le propriétaire déclare sa volonté dans les cinq ans, voir Antonio de Gamma, *Decisiones Lusitaniæ*, decis. 268, nb 1. Cependant, il n'est pas seulement d'un droit expédient [de savoir] si le délit de l'un des successeurs nuira aux autres, voir de même dans ledit endroit, nb 5.

Du reste, l'emphytéote peut mettre en gage l'emphytéose et lui imposer une servitude, pourvu que, s'il y a un cas de caductité, il la rende libre au propriétaire direct, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 6, nb 3, et l'emphytéote peut le faire sans consulter le propriétaire direct, mieux, celui-ci s'y opposant, voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 59. De la même façon, il peut la donner en dot à sa fille et, pour cette raison, il n'est pas dû de lods, et la donner à son fils à raison des noces, voir Gabrielo Alvarez de Velasco, *Decisiones et consultationes*, t. II, cons. 113, nb 9 et suivant.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXXIII. La rente n'ayant pas été payée pendant trois ans, le droit d'emphytéose est éteint. Dans l'emphytéose hollandaise dont la propriété directe appartient aux domaines, à partir de la loi du 31 octobre 1620 qui est postérieure à cet écrit de Grotius, d'autres peines ont été établies sur cette négligence, non la peine de confiscation.

CCCLXXXIV. L'emphytéose ayant été confisquée par la négligence du paiement de la rente, non seulement le propriétaire, mais aussi, après sa mort, son héritier, peut revendiquer le bien, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 45.]

§ 20. De ce droit de perte, le propriétaire est privé dans le cas où il remet la perte expressément ou aussi, en gardant le silence, ce sous quoi est compris le cas où il reçoit [la rente de] l'emphytéose après la venue de la perte ou aussi, [les rentes de] l'emphytéose qui sont auparavant échues sans mention du droit de perte [924].

[924] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 4, 8, 23 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 43, defin. 16. Voyez Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 99.

Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Celsus dit que, si l'arbitre, durant les calendes de septembre, a ordonné que le paiement soit fait et qu'il n'a pas été remis, bien que, par la suite, il soit offert, cependant, une fois mise à exécution, la pénalité du compromis ne disparaît pas, parce que, toujours, il est vrai que, aux calendes, cela n'a pas été remis ; mais, si au contraire, il reçoit ce qui a été offert, il ne peut réclamer la pénalité, avec l'exception de dol, ayant été repoussé. [C'est] le contraire, quand, seulement, il s'est vu ordonner de donner. 1 - Il dit de même que, s'il a ordonné que je te donne à toi et que, par une maladie, tu as été empêché de le recevoir, ou pour une autre juste cause, Proculus pense que la pénalité n'est pas exécutoire, si, après les calendes, toi t'étant préparé à le recevoir, je ne le donne pas. Mais lui-même, à bon droit, pense qu'il y a deux règles pour l'arbitre, la première, que l'argent soit remis, la seconde, que, dans le délai, il soit remis ; en conséquence, bien que tu ne mettes pas à exécution la pénalité, ce que, durant les calendes, tu n'as pas remis, parce que cela n'a pas tenu à toi, cependant, tu le rends exécutoire sur cette partie, parce que tu ne la donnes pas. 2 - De même, il dit que rien d'autre de cette sentence ne peut tenir que de faire en sorte que, pour autant que, sur lui-même, il y a, à la sentence de l'arbitre, on obéisse. 3 - De même, Celsus dit que, si l'arbitre m'a ordonné de*

§ 21. En cinquième lieu, par un transfert, tel que cela est dit.

§ 22. En sixième lieu, par un destruction de la chose, à savoir dans le cas où celle-ci disparaît entièrement ; mais, si la chose disparaît en partie ou a empiré remarquablement, ainsi, néanmoins, l'emphytéose demeurerait et les rentes annuelles doivent être payées en entier [925], à moins que l'on ne voie que la rente n'était pas fixée sur la totalité, mais par une division, comme chaque matin [926].

[**Note de Willem Schorer sur la note 925 de Groenewegen van der Made**

Voyez ce que j'ai relevé, § 9, sur la note 904 précédente.]

[213] § 23. En septième lieu, par un crime. Car, par cela, un autre bien propre peut être confisqué, aussi, le bien en emphytéose peut échoir au seigneur, à savoir dans le cas où ce bien n'est lié à aucune famille ou autrement [927].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXXV. À partir de la loi hollandaise du 31 octobre 1620 tempérée par les lois des 27 septembre 1658 et 16 juin 1703, toutes les emphytoéses dont la propriété directe appartient à la Hollande, si la rente ne dépasse pas trois florins, peuvent être rachetées en payant 32 deniers pour chaque denier qui constitue la rente, si elle ne dépasse pas six florins, en payant 40 [deniers], et si elle dépasse ce montant, en payant 48 [deniers].]

---

te remettre, un certain jour, l'argent, que toi, tu n'as pas voulu le recevoir, il peut être défendu que, selon le droit lui-même, la pénalité n'est pas exécutoire ».

[925] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 1 ; *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 3. Voyez Automne, *Conférence du droict françois* sur ladite loi ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 84 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 43, defin. 36 et 37.

Constitution de Zénon, adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476/484 : *« Nous avons établi que le droit emphytéotique ne doit pas être ajouté aux titres de la location et de la vente, mais que ce droit est un troisième droit, séparé des deux autres par l'association ou la ressemblance des contrats rappelés : il a une expression et une définition propres et il est juste qu'il soit un contrat valide dans lequel toutes les choses qui sont décidées entre les deux parties cocontractantes sur tous les cas, même fortuits, dans les accords passés et mis par écrit, devront être gardées par tous moyens intégralement et fermement de façon stable et perpétuelle, de telle façon que, si, entre-temps, ces choses survenaient par cas fortuits, qui n'avaient pas été définies dans l'accord de la convention, si du moins un grand dommage apparaissait qui causerait encore la destruction de la chose même qui avait été donnée par l'emphytéose, il serait imputé, non au preneur emphytéotique, auquel il n'est rien resté, mais au propriétaire du bien qui n'avait envisagé dans aucun contrat ce qui surviendrait par fatalité. Mais, si au contraire, se produit un dommage particulier ou autre de peu d'importance, par lequel la substance même de la chose serait à peine endommagée, il ne fait aucun doute que cela doive être à la charge propre du preneur emphytéotique ».*

« § 3. Mais la vente et l'achat sont considérés avoir quelque parenté entre eux, de même le louage et la prise de bail, d'une façon telle que, dans certaines causes, on demande ordinairement si un achat et une vente sont contractés ou une offre de bail et une prise de bail. Comme par exemple, quant aux biens-fonds, à perpétuité, à certains, sont livrés pour en jouir, c'est-à-dire aussi longtemps que le loyer ou le revenu en faveur de ceux-ci, au propriétaire, est payé et, au preneur lui-même ni à son héritier ou à celui auquel le preneur ou son héritier l'a vendu, donné, au titre de la dot, remis ou avec un autre moyen, aliéné, il ne sera pas permis de l'enlever. Mais un tel contrat, parce que, parmi les anciens, on en doutait et que par certains était pensée une vente, par certains autres, une offre de bail, une loi a été faite par Zénon (cf. C. 4, 66, 1) *qui, pour le contrat d'emphytéose, a statué une nature propre qui n'inclinait ni sur une vente ni sur une offre de bail, mais qui, avec leurs pactes, devait être soutenue et, si, certes, quelque chose avait été conclu, cela faisait ainsi comme si le contrat était naturel ; mais si au contraire, rien, quant au risque, n'avait été conclu, alors, si, certes, la disparition de tout le bien s'était ajoutée, sur le propriétaire, sur cela, le risque retombait ; mais, si au contraire [il est] particulier, sur l'emphytéote, un dommage de cette sorte revient ».*

[926] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 17, 34.

Extrait du livre XLV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Toujours, dans les stipulations et dans les autres contrats, nous suivons ce qui a été fait ou, si n'apparaît pas ce qui a été fait, il sera avantageux que nous suivions ce qui est usité dans le pays dans lequel cela a été fait. Qu'en est-il donc, si la coutume du pays n'est pas apparente, parce qu'elle était variée ? Le montant doit être ramené à ce qui est le moindre ».*

[927] (Note de Groenewegen) Voir D. 31, 69 § 1. Voyez *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 23 ; Sande, *De prohibitione rerum alienandarum*, part. III, cap. 3, nb 41 jusqu'à la fin.

Extrait du livre XIX des *Questions* de Papinien : *« 1 - Le bien-fonds qui, au nom d'une maisonnée, est laissé, si l'aliénation , comme volontaire, n'en a pas été faite, mais que les biens de l'héritier sont vendus, le testateur doit le conserver aussi longtemps que le débiteur a eu, après la mort de celui-ci, il n'aura pas ce qu'un héritier extérieur sera contraint de fournir ».*

§ 24. Très proche de l'emphytéose, vient le droit qu'un emphytéote accorde à un autre de jouir des fruits du bien [928].

*

Chapitre XLI
De la tenure féodale [929]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXXVI. Alors qu'il a été traité des fiefs et de l'abolition du lien féodal à notre époque et dans les assemblées et que cela est encore délibéré dans la Cour Suprême de la nation batave, il faut en tout cas louer le très prudent conseil de la Cour de Hollande publié sous ce titre : *Missive van President en Raaden van den Hove van Holland en Zeeland, aan de provisioneele Representeneten van het Volk van Holland, houdende een gedetailleerd Plan en Concept-Publicatie, wegens de mortificatie van het Leenstelsel, in dato 8 December 1795 (Missive du président et des conseillers de la Cour de Hollande aux représentants provisionnels du peuple de Hollande tenant un plan et une publication détaillée touchant la mise à mort de la féodalité, en date du 8 décembre 1795)*, dont les articles 4, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 27, 29 et 32 écrits nepeuvent certes pas être entendus sans l'expérience du droit féodal.]

§ 1. Une TENURE FÉODALE est *un usufruit héréditaire indivisible sur un bien immeuble d'une autre personne avec une obligation réciproque de protection d'un côté, et un devoir d'hommage et des lods de l'autre côté* [930].

[**Note de Willem Schorer sur la note 930 de Groenewegen van der Made**

Tout à fait de la même façon, comme ici l'auteur, Strick, *De jure feudali*, lib. I, cap. 2, nb 1, définit le fief [en disant] qu'il y a *"une fidélité réciproque que, principalement, le vassal est tenu de monter au seigneur, mais par voie de conséquence, que le seigneur est de nouveau tenu de montrer au vassal"*, et dans ce qui suit, *"mais le vassal procure la foi de l'obéissance, le seigneur, la foi d'une défense"*. Ainsi aussi, [le dit] de Réal quant au droit français dans *La science du gouvernement*, t. IV, p. 163 : *"Le vassal donne la foi d'être fidèle au seigneur dominant et de le servir ; le seigneur dominant donne la foi de protéger et défendre le vassal"*.]

§ 2. *Un usufruit héréditaire indivisible.* Car, bien qu'un usufruit, de par sa nature propre, soit divisible [931], ainsi, le bien féodal n'est divisible [932] en Hollande que par une concession, mais il passe seulement sur une tête, c'est-à-dire par une succession ab intestat selon l'ancien droit hollandais (qui est suivi lorsque cela n'est pas autrement dit) sur la plus vieille tête mâle parmi les enfants légitimes du dernier possesseur ou les descendants postérieurs, avec des mâles nés de mâles, **[214]** le plus proche degré venant avant le plus éloigné [933]. Car, bien qu'autrefois, on

---

[928] (Note de Groenewegen) Voir Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 1, nb 1 ; les docteurs sur C. 4, 66 *(Du droit emphytéotique)*, 1 ; Johannes Kahl, *Lexicon juridicum* aux mots *libellarius contractus*.

[929] (Note de l'éditeur) Voir Nieuwstadt, *De feudis Hollandiæ* ; Bort, *Van't versterf der Hollandsche Leenen* (*De la dévolution des fiefs hollandais*).

[930] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, xxiii, chap. 1 à la fin.

« (…) ; mais l'usufruit de ce bien passe à celui qui le reçoit, de sorte qu'à celui-ci et à ses héritiers mâles ou femelles (si, quant à celles-ci, cela a été nommément dit), il reste à perpétuité, afin que celui-ci et ses héritiers fassent le service fidèlement envers le seigneur, que ce service ait été exprimé [pour savoir] quel il devra être ou que, de façon indéterminée, il aura été promis ».

[931] (Note de Groenewegen) Voir Julius Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 14 ; Guido de Suzaria dans son traité *De jure emphyteusis* à la fin ; Voyez Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. X, cap. 49 et 50.

[932] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Observationes feudales*, obs. 8 et 9 ; Bort, *Van de Hollandsche leen*, chap. 5. Cependant, cela n'a pas lieu en Frise, voir Bort dans ledit endroit, Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI à la fin, tit. *De feudis Hollandiæ et Zelandiæ*, Fred. Sande sur la coutume féodale de Gueldre, tit. 1, cap. 2, § 5.

[933] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 3, et lesdites obs. 8 et 9.

ait douté [de savoir] si aussi un fief pourrait échoir d'un grand-père sur le fils de son fils à défaut de fils, ainsi, une telle chose a été éclaircie par la suite par des jugements et, dans ce cas, un fils plus âgé venu d'un fils plus jeune irait devant un fils plus jeune d'un fils plus âgé, puisqu'une représentation n'est pas ici acceptée [934]. Ces fiefs qui suivent le vieux droit hollandais sont maintenant appelés par beaucoup de *mauvais fiefs*, mais par nos ancêtres, de *bons fiefs* [935].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 931 et 932 de Groenewegen van der Made**

Fredrick van Sande, *Consuetudines feudales*, cap. 2, nb 10, p. 19 ; signale aussi que les fiefs ne sont pas à bon droit partagés sans le consentement exprès du seigneur. Cette faveur de partager le fief est ordinairement obtenue pour différentes raisons. I. Si le fils, aîné par la naissance, qui jouit du droit de succéder à un nouveau fief et qui, en conséquence, doit rapporter le prix auquel il a été acheté à ses frères, peut demander de ne pas succéder seul, mais qu'il soit partagé entre les cohéritiers, cependant, d'une façon telle que la plus petite partie du fief doive procurer les lods en entier et les devoirs de cour, comme ledit l'auteur ci-dessous dans ce chapitre, § 50, dans la note 1014. II. Si le fief nouveau a été obtenu durant le mariage et que, celui-ci étant fini, le mari ou ses héritiers n'ont pas voulu rapporter le prix auquel il a été acheté à l'épouse ou à ses héritiers, tandis qu'ils pensent qu'il a été obtenu trop cher, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 18. Mais quand le rapport du nouveau fief cesse, voyez ce que j'ai relevé, liv. II, chap. XXVIII, § 14, sur les notes 699 et 700 à la fin. III. Il sera aussi permis au vassal de partager le fief, s'il a obtenu la faveur de tester du fief par parties. En outre, l'auteur dit *à moins qu'une autre chose n'ait été stipulée* ; car les fiefs peuvent être accordés d'une façon telle que le seigneur et le vassal choissent selon quel droit les fiefs devront être régis, comme pour les fiefs de Hollande, ceux de Zélande, etc. Dans le duché de Gueldre, Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part . IV, cons. 66, nb 15, signale que tous les fiefs sont purement héréditaires et que, si, sur un fief, un procès est soulevé, celui-ci n'est pas déterminé, bien qu'il soit un immeuble, selon la loi du lieu où il est situé, mais selon la loi féodale en vigueur dans cet endroit, ce qui est cependant limité par certains ; voyez ci-dessous, liv. III, chap. XVI, note 626.

Du reste, en Zélande, tous les fiefs sont bons ou mauvais, justes pour nos ancêtres, comme [le dit] l'auteur § 6, et les bons fiefs de cette province, avec les fiefs hollandais, sont de la même condition, voir Fredrick van Sande, *Consuetudines feudales*, § 5, nb 2, p. 33.]

[**Sur la note 934 de Groenewegen van der Made**

Selon le proverbe commun, il ne peut être fait en sorte qu'il y ait lieu à un droit de représentation, car trois choses sont ici requises : *le dernier vivant, l'homme avant la femme, le plus vieux sur les voies*. Et cela est ainsi observé à travers toute la Belgique, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 71 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 11, nb 8, bien que, dans un seul cas, cela ait autrement agréé à la Cour d'Utrecht, car elle a préféré le fils mineur né du frère au fils majeur né de la sœur, voir Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 31. Et, en faveur de la représentation sur le fief acheté ou nouveau, mais non sur le fief paternel ou ancien, cela a été répondu, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 75, nb 19, et aussi sur certains fiefs accordés selon les lois de l'Empire, le droit de représentation triomphe entre les fils des frères, mais non au-delà, voir Fredrick van Sande, *Consuetudines feudales*, § 6, nb 6. Cela est observé en général à travers l'Europe pour les fiefs royaux comme le sont les royaumes, les électorats, les archi-duchés, les marquisats, les comtés ; ainsi, le prince de Galles a naguère succédé à son grand-père et a exclu de la succession du royaume le duc de Cumberland et cette succession est celle qui est appelée linéaire par les auteurs. Le fondement de cette succession est qu'elle ne passe pas à une autre ligne avant que tous ceux de la première ligne soient morts et cet ordre est observé pour que soient appelés en premier lieu les enfants du premier degré du dernier possesseur, d'une façon telle que l'on tient compte des prédécédés, pourvu qu'il subsiste pour eux des descendants d'un quelconque degré. Il transmet aussi ce droit à tous les enfants nés de lui d'un égal degré, bien

[934] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 3, nb 2. Voyez les *Notable pointen van leenen*, art. 15, Bort dans ledit endroit, nb 3.

[935] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt dans ledit traité, cap. 2.

que lui-même n'ait jamais été en possession des biens ; cependant, en tout cas, en tenant compte d'abord du sexe, puis de l'âge, car jamais, la prérogative de l'âge ne domine la prérogative du sexe. Mais, s'il n'y a pas d'enfants, on va vers d'autres qui sont proches ou, s'ils vivent, qui seront proches, et ainsi, dans la loi fondamentale du royaume de Danemark, art. 31, cela a-t-il été fermement tenu, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. 2, p. 685.

Cette succession est linéaire, l'une cognatique, l'autre agnatique. Celle qui a été reçue dans le royaume de Castille est appelée castillane, selon laquelle les les femmes ne sont pas exclues, mais placées derrière les plus âgés dans la même ligne ; pour cela, il est logique que fille née d'un fils soit préférée au fils né d'une fille et que la fille née d'un frère soit préférée au fils né d'une sœur, de même le fils né du frère majeur ou fils né du frère mineur, et ainsi pour les autres. Cette succession castillane a été partout reçue fermement et, selon celle-ci, Mary, Elizabeth et Anna sont montées sur le trône d'Angleterre. Cependant, avec plusieurs choses, de Réal, *La science du gouvernement*, t. I, p. 377 et suivante, tente de montrer qu'ordinairement, le sexe féminin est moins valide pour le gouvernement des peuples et des nations, bien qu'il y ait différents exemples en sens contraire.

Celle qui est appelée franque, parce qu'elle est observée en France, exclut les femmes et leurs descendants à l'infini, voir de Réal, t. I, p. 122. En effet, il avait été ainsi disposé : *"de la terre salique, qu'aucune part n'arrive aux femelles et aux femmes, mais que toute la succession de la terre vienne au sexe mâle"*. On peut voir sur cette loi ce que dit le grand Noest, *Algemeen Staatsrecht*, liv. II, chap. 7, § 23, et elle a été introduite pour ne pas transmettre le pouvoir suprême par me biais des mariages des femmes à un sang étranger, voir Le Maistre, *Plaidoyers et harangues*, p. 727, et de Réal, *La science du gouvernement*, t. 2, p. 45, où il découvre *ex professo* l'origine et la nature des lois saliques signale que cette coutume a été observée pendant treize siècles en France. Il enseigne, t. IV, p. 102, que le trône dans le pays de Siam a été fermé aux filles. Speidel, *Sylloge quæstionum judicatarum et politicarum*, vol. II, lettre N, p. 889, indique aussi les différentes auteurs qui illustrent ces lois. Sur l'ordre de succession dans les royaumes, on peut voir ce que dit l'auteur dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II chap. VII, §§ XXII et XXIII ; Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VII, chap. 7, §§ 13 et 14, et ici, Barbeyrac dans les notes. Cette succession agnatique est aussi observée dans les successions des Électeurs comme la Bulle d'or l'a expressément disposé, cap. 7, §§ 3 et suivants. De là, le litige né récemment entre Marie-Thérèse, impératrice de l'Empire germanique, et Auguste, le roi de Pologne, en tant qu'électeur de Saxe. Voyez *Le droit public germanique*, t. I, p. 217.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCLXXXVII. Les fiefs zélandais mauvais ou justes diffèrent des fiefs hollandais ; car ils peuvent être partagés entre les fils, voir la *Keur* de Zélande, chap. 2, art. 6 et 7, et à défaut de fils, être rachetés par les filles, mieux, par les agnats et les parents consanguins, voir de même, art. 8, et à partir de la loi du 21 octobre 1653, ils peuvent être changés en fiefs héréditaires à la faveur d'un certain prix. Mais les fiefs hollandais sont individus [indivisibles], à l'exception des bons fiefs ou des fiefs héréditaires qui n'ont pas une juridiction conjointe, mieux, qui peuvent être partagés à partir de la loi du 4 décembre 1660 sans privlège particulier des États avec un acte entre vifs, le représentant de la Cour féodale y consentant.]

§ 3. Mais, une condition [étant faite] au moment de la première concession ou par la suite, la circonstance du fief concernant la succession est remarquablement améliorée [936] et selon ce que dit la concession [937] ou, si celle-ci est obscure, selon la coutume suivie là-dessus [938], la

[936] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Observationes feudales*, obs. 2.

[937] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 10, 36, 1 à la fin aux mots *si ad primordium.*

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Apollonius, Préfet du prétoire, et donnée en 442 : *« 6 - En effet, aucune occasion de confusion, dans des causes de cette sorte, n'intervient, si, au commencement du titre, un dénouement postérieur est aussi formé, à moins peut-être que le bien du décurion qui à lui, selon le droit de n'importe quelle rétribution, est arrivé, a été transféré à un autre avec la dernière volonté de celui-ci, ab intestat ou avec une donation entre vifs ; alors, en effet, parce qu'il est tombé une bonne fois sur la personne du principal, la raison des anciens titres n'ayant en aucune manière été envisagée, il ne craindra pas une condition et une charge de profit ».*

[938] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 1, 3, 23 et 37 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 4, nb 20 avec le suivant.

Extrait du livre IV *Sur Plautius* de Paul : *« On ne doit pas changer ce qui a toujours eu une interprétation certaine ».*

succession du fief fonctionne. Autrement, pour autant que l'on ne voit aucun changement, est suivi le ci-devant dit droit des fiefs hollandais ; mais, dans le cas où, dans les lettres de la première concession, il était dit que le bien était concédé *en fief héréditaire perpétuel* [939], c'est-à-dire en un fief qui n'échoit pas facilement au seigneur, ainsi, le fief ne périt pas tant que l'on trouve quelqu'un du côté de l'épée ou du côté de la quenouille [940], qui, par une succession ab intestat, pourrait en être le dernier possesseur [941] ; ce qui est plus, s'il y avait que la concession dise ne pas échoir *en-dessous des cousines ou des petits-enfants de sœurs qui ne seront pas mortes*, ainsi, le fief pourrait toutefois aller aux parents consanguins du cinquième degré et des degrés plus éloignés jusqu'au dixième degré [942].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 938 et 939 de Groenewegen van der Made**
Dans le doute, le fief est présumé masculin, ainsi, pour que la preuve incombe à la femme qui veut succéder au fief que le fief est féminin, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 5.

[**Sur la note 942 de Groenewegen van der Made**
L'auteur a enseigné ci-dessus, liv. II, chap. XXX, § 1, que, le dixième degré faisant défaut, le fisc était appelé à la succession ; mais il faut relever que Voet n'admet pas cette restriction et répousse aussi la sentence de l'auteur sur les fiefs qui s'appuie sur ce faux fondement, voir *Digressio de feudis*, nb 73. Cependant, Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, chap. 10, nb 4 et suivant, pour moi p. 174, suit la sentence de l'auteur.]

§ 4. Puisque la succession de biens allodiaux, étant autrefois limitée au quatrième degré, par la suite, par la coutume, **[215]** est étendue plus loin et que le dessein, par la concession, est entendu avoir été que la succession du fief aille aussi loin que celle d'un bien allodial [943], au plus, puisque beaucoup de fiefs, ici dans le pays, ne sont pas venus du patrimoine des seigneurs, mais du patrimoine des feudataires qui ont cédé leurs biens allodiaux à certains seigneurs les ont de nouveau reçus d'eux en fief, pour, dans les périodes difficiles, en particulier durant les dissensions des partis des Hoeks et des Kabbeljauws [944], être sous leur protection [945]. Et, parce qu'avec le temps, [l'usage] s'accrut que certains transférassent leurs biens litigieux à de puissants seigneurs et le reçussent d'eux en fief pour, par les seigneurs eux-mêmes, être renforcés dans la possession [946], par différentes *keuren*, le contraire est envisagé et

---

Extrait du livre Ier des *Questions* de Paul : *« Si l'on s'interroge sur l'interprétation de la loi, en premier lieu, il faut examiner de quelle loi la cité a, dans le passé, usé dans les cas de cette sorte ; en effet, la coutume est la meilleure interprète des lois ».*

939 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 4.

940 (Note du traducteur) Nous avons ainsi traduit le mot néerlandais *spil*, qui signifie "le pivot, le fuseau", par similitude avec l'expression française appliquée au royaume de France qui ne pouvait "tomber en quenouille" c'est-à-dire être hérité par une femme.

941 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 4, nb 11.

942 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis*…, cap. 4, nb 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sut les Livres des fiefs, I, i *(De ceux qui peuvent donner un fief et qui ne le peuvent pas, comment il est acquis et conservé)*, § 4 ; Bort, *Van't versterf van de Hollandsche leenen*, chap. 12 ; voyez avec cela ci-dessus le chap. XXX, note **177.**

943 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, dans ledit ccp. 4 et sur les fiefs, dans le titre *De naturali successione feudorum.*

944 (Note du traducteur) Lorsque Willem IV de Hainaut et de Hollande mourut sans enfant en 1355, sa mort fut le signal de toute une suite de troubles civils. Les deux partis en question divisèrent la noblesse, les cités et même les familles pendant 150 ans, sans que l'on sache vraiment pour défendre quoi. Le parti des Kabbeljauws, ou "merlus", représentait la faction des cités, tandis que celui des Hoeks, "hameçons", qui tentait de le contrôler se trouvait du côté des nobles. Le nom de *Kabbeljauw* serait venu de la couleur des écailles bleu clair qui représentaient les armes de la Bavière. Cf. Robert Warden Lee, *The Jurisprudence of Holland*, vol. 1, Scientia Verlag Aalen 1977, note z, p. 520-521.

945 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 1, nb 12.

946 (Note de Groenewegen) Ce qui n'est pas permis dans les lois, voir tout le titre de C. 2, 13 *(Pour qu'il ne soit pas permis aux plus puissantes parties en procès de procurer un patronage ou de transférer les actions sur eux).*

il est commandé que personne ne tiendra en fief quelque bien de quelqu'un, à moins que ce bien ne soit libre et propre ou reçu légalement et avec un jugement [ou par le biais de sept témoins] [947], qu'il n'ait été d'abord dans la possession un an et un jour et qu'il l'ait utilisé paisiblement sans réclamations.

[**Note de Willem Schorer**
L'auteur enseigne ici la différence entre les biens féodaux et les alleux, et Voet, lib. 38, dans sa *Digressio de feudis*, nb 70, plus longuement. En premier lieu, il signale sur les fiefs, seulement un seul successeur est admis, ce qui découle clairement de la définition de l'auteur dans le § 2 ; et en Zélande, les fiefs justes ou mauvais sont à bons droit partagés, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, chap. 22 et 23, pour moi p. 110, et Groenewegen [le dit] ainsi dans la note 932 du § 2 ; ce qui est fait en Hollande avec le consentement du seigneur, comme le disent l'auteur lui-même ci-dessous, § 50, note 1014, et Voet, lib. 38, *Digression de feudis*, nb 101.]

[**Sur la note 946 de Groenewegen van der Made**
ce que l'auteur enseigne ici que la plupart des fiefs ne viennent pas du patrimoine du seigneur, mais de celui du vassal lui-même est très vrai et il y en a de nombreux exemples dans l'histoire ancienne. Ainsi Lodewijk, le comte de Hollande, et son épouse Ada ont remis tout leur alleu qu'ils possédaient en Hollande (à l'exception de la maison de Leyde et de Castellaris), de même le château de Calmont dont il avait doté son épouse, au duc de Brabant en 1204 et le seigneur de Amstelle a apporté sa maison de pierre située à Utrecht au comte Floris le 16 janvier 1231. Voyez Mieris, *Groot Charterboek van Holland*, vol. I, p. 145 et p. 208. Nous lisons que cela a aussi été fait pour obtenir la rémission de quelque crime ; ainsi, le seigneur de Buren et son fils Alard ont assigné au comte de Gueldre un château à Buren et ils l'ont de nouveau reçu en fief du même, voir de même Mieris, dans ledit vol. I, p. 593.]

§ 5. Mais, bien que les fiefs perpétuels (que l'on appelle maintenant de bons fiefs) n'échoient pas aussi longtemps que quelqu'un est trouvé qui peut être héritier du dernier possesseur par succession ab intestat, ainsi cependant, la succession de ces fiefs ne marche pas comme la succession des biens allodiaux ; car, en premier lieu, le fief ne peut venir que sur un seul là où les biens allodiaux sont divisibles ; en second lieu, le fief va aux parents consanguins du dernier possesseur, qui aussi, appartiennent à la même branche par laquelle le fief est possédé en dernier et, cette branche se rompant, aux parents consanguins de la branche dont cette branche est issue et ainsi de suite après, en restant toujours dans les descendants du premier feudataire ou ceux qui sont liés au dernier possesseur de ce côté [948] tant qu'il y en a un à trouver ; et elle va **[216]** d'abord, par défaut de ceux-ci, aux autres parents consanguins du dernier possesseur, là où, pour les biens allodiaux aucune considération n'est prise [de savoir] de quel côté cette pièce-ci ou cette pièce-là de bien est venue. En troisième lieu, à la succession des fiefs, les parents collatéraux issus d'un parent ascendant vont devant le parent ascendant lui-même [949] ; cela n'a pas toujours lieu pour les biens allodiaux. En quatrième lieu, dans la succession des fiefs, le degré le plus proche ou issu d'une branche ou issu, exclut le plus éloigné, en dehors de cela, [950] dans la succession des biens allodiaux, qui, du degré plus éloigné, par représentation de leurs parents, ils viennent avec le degré plus proche. En cinquième lieu, dans la succession des fiefs, dans un degré, un homme vient devant une femme là où, dans la succession des biens allodiaux, il n'y a aucune différence entre l'homme te la femme. En

---

Ce titre renferme 2 constitutions.

[947] (Note du traducteur) Cette correction est faite dans le manuscrit retrouvé à Lund. Nous l'avons donc reprise ici.

[948] (Note de Groenewegen) Voyez sur cela les deux sentences dans les ci-devant dits *Notable pointen van leenen*, art. 21 ; Bort, *Van't versterf van Hollandsche leenen*, chap. 5, maxime 5.

[949] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudorum successione*, cap. 5.

[950] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 3, nb 4 ; Bort, *Van't verterf van de Hollandsche leenen*, chap. 5, maxime 2.

sixième lieu, pour les biens féodaux, entre deux hommes ou plus, le plus âgé vient devant, et semblablement entre plusieurs femmes, là où, pour les biens allodiaux, l'âge n'est pas considéré.

[**Note de Willem Schorer**
Où les biens allodiaux etc. Ce que l'auteur enseigne ici quant à la loi de l'Azing est très vrai ; mais le contraire triomphe tout à fait dans la loi de l'Échevin, du fait qu'ici, les biens doivent être retournés au côté d'où ils sont venus, comme l'auteur lui-même [le dit] ci-dessus, liv. II, chap. XXVIII, §§ 3 et 6.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCLXXXVIII. Le fief acheté mais non encore acquis par le biais d'une investiture à l'acheteur est déféré non au successeur féodal, mais à tous les héritiers qui désigneront l'un d'eux qui sera investi du fief ; voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, tit. 3, chap. 2, nb 19 et suivant.]

§ 6. Cela étant donc entendu en général, toutefois, avec la grande différence des lois de succession comme selon les lois romaines, selon la loi d'Azing et de l'Échevin, il faut exposer plus avant la conséquence de la succession du bien ou des fiefs perpétuels. Pour cela, il est en premier lieu nécessaire de poser une distinction entre *un fief nouveau*, c'est-à-dire *celui qui est d'abord acquis par le défunt dont la succession est traitée*, et entre un *ancien fief, dont le défunt a hérité d'autres personnes.*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CCCLXXXIX. Dans la difficile question [de savoir] si la succession aux fiefs sera faite selon les lois du lieu où le fief est situé ou selon les lois de la Cour seigneuriale dont le fief dépend (cf. van de Wall, *Handvesten en privilegien van Dordrecht*, p. 807 et 808 dans la note), si rien n'a été déterminé quant à cette affaire dans les lettres d'investiture, il est plus vrai que les lois de la Cour seigneuriale doivent être examinées du fait que le contrat féodal reçoit son interprétation à, partir de la loi du lieu où il a été fait, voie en argument D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 34. Les arguments en sens contraire de Voet qui n'est pas d'accord dans son *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 80, n'émeuvent pas. Ne s'y oppose pas non plus la doctrine de Nieuwstadt, *De feudorum Hollandorum origine et successione*, cap. 5, nb 46 et suivants, et cap. 6, nb 28, ou de Grotius dans ce livre, §§ 12 et 24, [qui reçoivent] une succession aux fiefs sur le sol échevinal, une autre sur le sol de l'azing ; la raison de cela est que, du fait qu'il y a une seule Cour Suprême féodale en Hollande qui est à la tête des deux régions de la Hollande, il ne pourra pas y avoir ici une seule loi quant à la succession féodale, mais qu'elle doit être différente à la faveur de chaque territoire.]

§ 7. Un nouveau fief perpétuel est celui qui vient d'abord au fils ; à défaut de fils, à la fille plus âgée ; celle-ci faisant défaut, sur une personne du troisième degré, en allant à un homme devant une femme et, en outre, le plus âgé devant le plus jeune sans prendre en considération s'ils viennent du côté de l'épée ou du côté de la quenouille [951] et ainsi de suite, de degré en degré parmi les descendants légitimes.

[951] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 9-10 et *Observationes feudistes*, 1 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 4, nb 71 ; Sande sur la coutume de Gueldre, traité 1, tit. 3, cap. 1, art. 21, nb 7 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 37 ; Goudelin, *De feudis*, part. III, cap. 3, nb 14. Mais, dans le diocèse d'Utrecht, les parents du côté de l'épée héritent devant les parents du côté de la quenouille se trouvant au même degré de parenté vis-à-vis du défunt, voir Willem van Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 31 et decis. 125, nb 38. Ceci est aussi en accord avec les lois romaines selon lesquelles les parents du côté de la quenouille ne se voient pas permettre la succession des fiefs, voir *Libri feudorum*, II, tit. 11, *De successione fratrum*, Goudelin, *De feudis*, cap. 3, nb 10 ; Evraerts, *Consilia*, [manque le numéro de l'avis§ en question].

« Titre XI. De la succession des frères ou des degrés de ceux qui succèdent au fief : Par la succession aussi, de même que par l'investiture, [le fief] nous appartient. En effet, étant mort celui qui tenait le bénéfice, la première cause est celle des enfants. En effet, se trouvant les enfants mâles, des petits-fils issus du fils et, ensuite, ceux qui descendent par le sexe masculin, les autres parents

[**Note de Willem Schorer sur la note 951 de Groenewegen van der Made**

La Cour a jugé le 31 juillet 1636 selon cette doctrine de l'auteur. Les cas était le suivant : Arent van Zuilen van Nieuvelt a acheté un fief hérédirtaire et, ayant été investi de celui-ci, il est mort en laissant un fils de la sœur de la mère et une fille du frère du père qui soutenait que le droit de succession devait lui être adjugé, parce qu'elle portait de même le nom et les insignes de la famille van Zuilen, etc. Mais il a porté qu'elle avait été repoussée avec les frais ; et ainsi aussi, dans les mêmes termes, à une autre époque, il a été décidé par la même Cour, de même par la Cour Suprême ; cependant, certains conseillers de la Cour, de même, de la Cour Suprême, l'ont jugé à partir d'un compromis le 22 mai 1638, voir Loenius, *Decisiones et obsrevationes*, cas. 72.]

[217] § 8. Quand le fief est acheté par le défunt pour de l'argent ou livré à partir de son bien et reçu en fief, ainsi, le fils ou un autre descendant du premier feudataire doit au profit de la veuve comme des cohéritiers, faire une compensation de ce en quoi le bien a été amoindri par cela [952], en apportant la juste valeur de celui-ci dans le bien commun avant toutes les séparations ou partages. Mais, dans le cas où l'argent de l'achat n'est pas encore payé ou qu'aussi, le fief est lié pour cela, une telle chose vient à la charge du successeur au fief qui doit aussi tenir les autres héritiers pour libres de toute réclamation naissant de cela [953]. Cette compensation, par d'autres successeurs au fief qui ne sont pas de parents descendants de l'acquéreur n'est pas faite à l'égard des cohéritiers, mais bien à l'égard de la veuve [954].

[**Note de Willem Schorer sur la note 952 de Groenewegen van der Made**

J'ai relevé différentes choses sur le rapport du nouveau fief et quand il cesse liv. II, chap. XXVIII, § 14, sur les notes 699 et 700. Il faut cependant relever ici que, bien que la fille soit exclue de la succession des fiefs, cependant, quant au droit saxon, à partir du nouveau fief acheté, la légitime est due aux filles quand le père a demandé toute la substance des biens ou la plus grande partie, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. [?], const. 46, defin. 22 et 24.]

[**Sur la note 954 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur dit que les collatéraux qui succèdent au fief ne contribuent pas envers un collatéral procède à un tel point que les autres ne reçoivent pas même autant que vaut le fief des biens allodiaux, ainsi de sorte qu'aucune charge féodale n'incombe au successeur collatéral des biens féodaux. Toutefois, l'auteur signale ici que cela triomphe autrement, s'il y a une veuve survivante au préjudice de laquelle la contribution n'est pas à bon droit remise par le mari, comme nous en avons déjà indiqué la raison ci-dessus, liv. II, chap. XXVIII, § 14, sur les notes 699 et 700. Cependant, il faut observer que cette contribution ne porte pas préjudice au successeur collatéral

---

agnatiques sont exclus. Mais, aux filles, aux petites-filles ou aux arrière-petites-filles, ou aux petits-fils issus de la fille ou aux arrière-petits-fils, la succession du fief ne revient pas. En effet, un enfant du sexe féminin ou issu du sexe féminin ne peut pas aspirer à une succession de cette sorte, à moins que le fief n'appartienne à cette condition ou n'ait été acquis avec un pacte. Mais, ceux-ci faisant défaut, sont appelés en premier les frères avec les fils des frères prédécédés, ensuite les agnats ultérieurs, ce qui doit être ainsi entendu si le fief est paternel, c'est-à-dire s'il appartenait au parent qui était de cette agnation commune. En effet, si le grand-père de Titius, d'un nouveau fief, a été investi, Titius étant mort sans héritier légitime mâle, la succession de son fief ne revient pas au grand-oncle paternel, ni à l'enfant qui est issu de lui, mieux, il est retourné au seigneur. En effet, au parent cognatique de celui-ci, le bénéfice ne revient pas, ni la succession du bénéfice. Mais, si le seigneur ou un autre dit que le bénéfice du défunt est nouveau, que le parent agnatique le plus proche prétend être [héritier] du côté du père, alors, la charge de la preuve incombe à celui qui le dit nouveau. Mais je sais que cela a été autrement prononcé. En effet, un bon juge, une fois la cause connue, considérera avec soin avec le serment de qui plutôt la cause devra être réglée, à savoir les deux faisant défaut sur la preuve ».

952 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 12 avec le suivant ; les ci-devant dits *Notable pointen van leenen*, art. 20 ; la coutume d'Utrecht, tit. 23, art. 25 ; Bort, *Van't versterf van leenen*, part. IX, art. 1, nb 4, et art. 2 ; Frederik Sande sur la coutume féodale de Gueldre, traité, 1, tit. 3, cap. 1, art. 1, nb 19. Mais, par la Cour d'Utrecht, il a été jugé que la réparation doit être faite à l'égard des héritiers pour la valeur décidée en justice du fief telle qu'elle était du vivant du dernier possesseur, voir Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 75.

953 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 31.

954 (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 18 avec le suivant, et nb 49 avec le suivant. Voyez ci-dessus le chap. XI, § 13, note 285.

des biens féodaux, mais plutôt aux héritiers du dernier possesseur des biens allodiaux, à un point tel que le successeur féodal demande aux autres cohéritiers à proportion de la part dont ils sont héritiers ce qui est réclamé à cette fin, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 18. Ce que l'auteur a ici enseigné sur la contribution triomphe aussi dans les usages de la Gueldre et de l'Outre Ijssel, voir Fredrik van Sande, *Consuetudines feudales*, § 2, nb 7, p. 115. En outre, il signale ici dans le § 2 que le rapport des petites dépenses n'est jamais fait ni des dépenses faites à raison de l'obtention des fruits.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXC. Chaque fois que le fief a été acheté à partir des biens communs par le mari, la raison enseigne que non la moitié du prix doit être apportée par le mari dans la masse commune au moment du partage, comme certains l'ont voulu, mais le prix en entier. Le partage des biens allodiaux ayant été fait, le mari procure à l'épouse la moitié du prix de son patrimoine, voir Nieuwstadt, *Observationes feudales*, dec. 2, obs. 3 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 348 et 395. Cependant, c'est à peine que l'on ne debatte pas ici du mot, du fait que la chose, en examinant son effet, revient au même.

CCCXCI. Le prix auquel le fief a été acheté doit être rapporté et ainsi, le patrimoine commun a été diminué ; en effet, la valeur actuelle du fief, augmentée ou diminuée, est au profit ou à la perte du possesseur en tant que seigneur utile, voir *Notable poincten*, art. 20 ; Nieuwstadt, *Observationes feudales*, dec. 2, obs. 3 ; et ainsi a-t-il été statué aussi en Zélande, voir la *Keure* de Zélande, chap. 2, art. 16 à la fin.]

§ 9. Les parents descendants faisant défaut, dans le cas où les parents des deux côtés du défunt sont morts, le fief vient au frère le plus âgé germain ou de demi-sang [955] ; mais, si l'un ou l'autre des parents des deux côtés est mort, ainsi, le fief vient au frère le plus âgé germain ou de demi-sang, sans distinction, du côté du père ou de la mère au Nord de l'Ijssel, à l'exception de La Haye et de Rotterdam ; mais au Sud de l'Ijssel et à La Haye et Rotterdam, **[218]** il ne peut seulement venir qu'au frère qui est lié au défunt du côté du défunt [956], parce que, par les États, la vieille loi d'Aesdom et de l'Échevin n'est pas abrogée pour autant qu'elle concerne les biens allodiaux [957].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXCII. Si, sur le territoire échevinal ou en Zélande, le vassal meurt en laissant un parent survivant et ses enfants, mais aucun parent consanguin de la ligne du parent prédécédé, un nouveau fief est ouvert au seigneur, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, tit. 3, chap. 7, nb 23, p.163.]

§ 10. Les frères faisant défaut, le fief vient à la sœur la plus âgée, avec une telle distinction que des frères, il est dit [958]. Les sœurs faisant défaut, le fief vient au fils le plus âgé qui, d'un frère ou d'une sœur, est issu [959].

§ 11. Les frères et les fils de la sœur faisant défaut, [le fief vient] à la fille la plus âgée, que ce soit du frère ou de la sœur, et ainsi de suite au degrés suivants issus du frère ou de la sœur, toujours, comme il est dit, au même degré, un homme issu du côté de l'épée ou du côté de la quenouille venant devant une femme qui est du même degré et, parmi les hommes et les femmes, le plus âgé devant le plus jeune [960].

---

[955] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 46.

[956] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, dans ledit nb 46.

[957] (Note de Groenewegen) Voir le placard de la succession ab intestat, art. 14 ; Nieuwstadt, *De feudis* …, ledit cap. 5, nb 55.

[958] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 47.

[959] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 48 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 185, nb 37.

[960] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, dans ledit nb 48.

§ 12. Par un défaut des frères des sœurs et de leur descendance, dans le cas où un père et une mère sont encore en vie, ainsi, le fief vient au père, mais avec la charge de faire suivre à son épouse la valeur de la moitié, dans le cas où le fief est situé dans la loi de l'Échevin ; mais, s'il était situé dans la loi d'Aesdom, ainsi, il n'était tenu d'aucune compensation ; mais le lit étant divisé, le fief doit venir au survivant dans la loi d'Aesdom, qu'il soit le père ou la mère ; dans la loi de l'Échevin, dans de tels cas, les parents ne peuvent pas y venir [961].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici que, les frères et leurs descendants faisant défaut, les parents sont admis à la succession féodale ; ce qui ne procède pas quant au droit de Gueldre et Fredrik van Sande, dans ses *Consuetudines feudales Gelriæ*, nb 20, p. 65, signale que, sur ce point, le droit de Zutphen s'écarte du droit féodal commun, ce qui triomphe aussi chez nous pour les fiefs justes, comme nous le verrons sur le § 28.]

§ 13. Les parents faisant défaut, le fief vient à l'oncle de plein ou de demi-sang, du côté de l'épée ou du côté de la quenouille, le plus âgé allant devant le plus jeune, à moins que quelqu'un ne fût lié au défunt du côté du survivant ; car ceux-ci, dans la loi de l'Échevin, ne viennent pas au fief [962].

§ 14. Les oncles faisant défaut, le fief vient à la tante la plus âgée, de telle manière que cela est dit des oncles [963].

[219] § 15. À défaut des oncles et des tantes, le fief vient aux enfants des oncles et des tantes successivement, comme ci-devant [964].

§ 16. Ceux-ci faisant défaut, le fief vient au grand-père, à défaut de celui-ci, à la grand-mère, sans distinction du côté de l'épée ou de la quenouille, le plus âgé devant le plus jeune, étant bien entendu que, dans la loi de l'Échevin, le grand-père ou la grand-mère, le lit étant divisé, est exclu [965].

§ 17. À défaut du grand-père ou de la grand-mère, le fief vient au grand-oncle le plus âgé et ainsi de suite, à la grand-tante la plus âgée et, à défaut de ceux-ci, à leurs descendants, en allant de degré en degré [966].

§ 18. À défaut d'arrière-grands-oncles ou de grands-tantes et de leurs descendants, à l'arrière-grand-père ou, à son défaut, à l'arrière-grand-mère [967].

§ 19. Dans un accommodement semblable, on continue ainsi à défaut des degrés plus proches aux degrés plus éloignés jusqu'au dixième degré [968].

§ 20. La succession d'un ancien fief va aux parents descendants semblablement à tout ce qui est dit d'un nouveau, cependant, sans compensation, à l'exception des frais faits pour l'amélioration du fief qui sont compensés envers la veuve ou le veuf [969].

[**Note de Willem Schorer sur la note 969 de Groenewegen van der Made**

La raison pour laquelle n'est pas tenu de faire ce rapport sur un ancien fief ni aux frères, ni au veuf ou à la veuve survivants consiste en ceci, [à savoir] qu'un tel fief est présumé provenir non du patrimoine du dernier possesseur, mais plutôt de celui qui premier acquéreur, voir Voet,

---

[961] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 66.

[962] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 72.

[963] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 73.

[964] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 74.

[965] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 75.

[966] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 76.

[967] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 77.

[968] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 77 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 61.

[969] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6, nb 9 et suivant.

Commentarius ad Pandectas, lib. 37, tit. 6, nb 17. En outre, l'équité de la contribution est placée sur le fait qu'autrement, les parents auraient la possibilité de demander tout le patrimoine, ou du moins, une plus grande part sur les biens féodaux à l'avantage des fils et au préjudice des filles, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, nb 4, pour moi p. 141. En outre, il faut relever que la contribution cesse chaque fois que le fief arrive au dernier possesseur selon le droit de succession, bien que celui-ci l'ait acquis en tant que nouveau ; en effet, dès que le fief passe une seule fois, il est réputé *enraciné et planté*, voir Bort, part. V, chap. 6, nb 22, pour moi p. 144. Ce que l'auteur dit de la restitution des dépenses est vrai, surtout si le prix du fief ancien a crû par le biais d'une amélioration et cela, aux frais du dernier possesseur ; autrement, nulle charge de contribuer ne doit être imposée au successeur, que la valeur du fief ait crû avec le bénéfice de la nature, comme avec une alluvion, ou avec une industrie humaine, mais avec la coopération de la nature, comme par la plantation d'arbres déjà adultes, parce que, par le biais de ces accroissements, aucune diminution des biens allodiaux n'a été faite, qui est fondement de la contribution et qui s'appuie toujours sur ces principes. Mais supposons que l'amélioration ait été moindre que les dépenses ; dans ce cas, l'estimation de l'amélioration est seulement restituée ; mais, si, dans le cas inverse, le prix de l'amélioration est supérieur aux dépenses, seulement, ce qui a été demandé est rendu, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, nb 5 et 6, pour moi p. 157, comme je l'ai relevé ci-dessus, liv. II, chap. X, § 9, sur la note 305. Il y en a cependant qui le comprennent autrement [en disant] que le fief doit être estimé au moment de la mort et pensent que sa valeur doit être rapportée par la succession féodale, qu'a repoussés toutefois Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part.IV, cons. 75, nb 65 et suivant, aussi bien qu'il se tienne à l'écart de la succession allodiale, comme ci-dessus, liv. II, chap. XI, § 10, note 282.

Du reste, il faut relever qu'il n'y a aucune différence, dans la mesure où cela concerne la matière de la contribution, entre les fiefs justes et les fiefs héréditaires, comme [le dit] plus longuement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 37, tit. 6, nb 17 et 18.]

§ 21. Les descendants faisant défaut, le fief va au frère le plus âgé germain ou de demi-sang, le dernier possesseur se trouvant du côté d'où le fief est venu, c'est-à-dire dans le cas où le fief est venu du père au frère le plus âgé du père, qu'il soit germain ou de demi-sang, et, dans le cas où il est venu de la mère, au frère le plus âgé du côté de la mère, sans distinction du plein sans ou du demi-sang ; et, dans le cas aussi où le fief était venu d'un frère qui avait acquis en premier lieu le fief, ainsi, on doit **[220]** toutefois envisager si le frère est en relation avec le dernier possesseur du côté du père ou de la mère ; car le fief doit aller à un frère ou un parent lié au dernier possesseur de ce même côté, aussi longtemps que quelqu'un est à trouver, ce qui doit être aussi observé pour les sœurs et les degrés plus éloignés [970].

[**Note de Willem Schorer sur la note 970 de Groenewegen van der Made**

Si le frère consanguin [né] des premières noces a acquis le fief, que le frère consanguin [né] du second mariage du père a succédé au mort et que ce second [frère] meurt en ne laissant rien au frère germain, mais seulement au [frère] utérin [né] du second mariage de sa mère, ce [frère] utérin est exclu de la succession du fief tant qu'il y a des agnats de la ligne paternelle, bien qu'ils soient plus éloignés en degré, parce que ce frère utérin est d'une autre ligne et non conjoint au premier qui acquiert le fief, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, tit.5, chap.2, nb 14 et 15, pour moi p. 210. De là, il s'ensuit que, dans le retrait, qui est semblable au droit de succession, Grotius n'a pas assez exactement renoncé à la distinction entre biens féodaux et biens allodiaux, comme nous le verrons ci-dessous, liv. III, chap. XVI, § 7, aux mots *zonder aanzien etc.* - "sans considérer etc."]

§ 22. Car, les frères faisant défaut, le fief vient à la sœur la plus âgée et, à défaut de celle-ci, au fils du frère ou de la sœur les plus âgés ; à défaut de ceux-ci, à la fille la plus âgée des mêmes et ainsi de suite de degré en degré, un homme avant une femme, le plus âgé avant le

[970] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6, nb 21 ; voyez ci-devant le § 5.

plus jeune sans distinction (comme il est dit) du côté de l'épée ou du côté de la quenouille, mais en restant toujours, tant qu'on le peut, au côté d'où le fief est venu [971].

§ 23. À défaut de frères, de sœurs et de leurs descendants, dans le cas où le père ou la mère du dernier décédé vivent encore, le bien féodal vient au père sans compensation [972].

§ 24 ; Dans le cas où le lit est séparé, le fief vient au survivant, que ce soit le père ou la mère dans la loi de l'Azing, mais non dans la loi de l'Échevin [973].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXCIII. Du fait que, dans la succession d'un ancien fief, la règle qui ordonne que le parent consanguin né de la souche à laquelle le fief est attaché, est préféré aux autres, l'autre règle sera plus forte qui requiert un tel parent consanguin qui pourra succéder ab intestat, la raison pour laquelle, dans la seule loi de l'Échevin, le parent survivant ne pourra pas succéder au fief, les frères faisant défaut, n'apparaît pas.]

§ 25. Les parents faisant défaut ou en étant empêchés par la loi de l'Azing, ainsi, le fief va à l'oncle qui est du côté d'où le fief est venu ; à défaut d'un oncle, à la tante et ainsi de suite, à leurs descendants de degré en degré par une suite, de telle manière qu'il est dit des descendants du frère et de la sœur [974].

§ 26. Les oncles et les tantes, avec leur descendance, faisant défaut, ainsi, le fief va au grand-père ou à la grand-mère, de telle façon qu'il est dit du nouveau fief, cependant, toujours en ayant égard au côté duquel le fief est venu [975].

§ 27. À défaut de grand-père ou de grand-mère, au grand-oncle, à la grand-tante et, à défaut de ceux-ci, **[221]** à leurs descendants, comme ci-devant [976].

§ 28. À défaut de tous ceux-ci, à l'arrière-grand-père, et si celui-ci n'est pas à trouver, à l'arrière-grand-mère et ainsi de suite, tant que quelqu'un est trouvé dans le dixième degré lié au dernier possesseur du côté duquel le fief est venu ; et alors, en outre, aux parents de l'autre sang qui se trouvent hériter des biens allodiaux du dernier possesseur, étant maintenue sous cela la suite du plus proche degré avant le plus éloigné, l'homme devant la femme, le plus âgé devant le plus jeune [977].

[**Note de Willem Schorer sur la note 977 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur dit des ascendants qui succèdent au fief dans l'ordre inverse de la mort procède seulement pour nos fiefs héréditaires hollandais, communément, les *onsterfelyke erfleenen* - "fiefs héréditaires immortels", et pour les fiefs zélandais, *goede of verbeterde leenen* - "fiefs bons ou améliorés", qui admettent ce même ordre de succession ; cependant, pour les fiefs justes, il faut le statuer autrement, alors que là, la succession légale est inconnue pour les ascendants, à moins que, nommément, il ne soit convenu entre le seigneur direct et le père que, le fils étant mort sans enfants avant le père, le fief revienne au père ou que le fils, à raison de choses heureusement faites en considération du père, acquière le fief, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 57 ; Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, chap. 2, pour moi, p. 132.]

[971] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6, nb 22 avec le suivant.

[972] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6, nb 27.

[973] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6, nb 28.

[974] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6, nb 32 avec le suivant.

[975] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6 à la fin.

[976] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6 à la fin.

[977] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 6 à la fin.

§ 29. Tout ce que nous avons dit des parents descendants, ascendants ou collatéraux est à entendre des enfants légitimes et issus d'enfants légitimes, car la parenté par une union naturelle ne donne un droit à personne aux fiefs, non plus à celle du côté de la mère [978].

[**Note de Willem Schorer sur la note 978 de Groenewegen van der Made**
Nous avons traité de la succession des bâtards liv. I, chap. XII, § 9, sur la note 243, et liv. II, chap. XXVII, § 28, sur la note 679.]

§ 30. Cependant, ceux-ci étant nés illégitimes, par la suite, ayant été légitimés par un mariage suivant, sont tenus aussi dans cette part comme nés légitimement ; mais ceux qui, par un privilège du magistrat suprême du pays, sont légitimés sont capables de recevoir une succession de fiefs, dans le cas où une telle chose est exprimée dans le privilège ; car, autrement, la légitimation est seulement entendue être faite à l'égard des biens allodiaux. Et alors, ils ne peuvent pas encore hériter des fiefs des parents qui n'ont pas consenti à la légitimation [979].

§ 31. Les religieux qui ont un défaut au corps ou d'entendement ne sont pas exclus des fiefs en Hollande [980].

[**Note de Willem Schorer sur la note 980 de Groenewegen van der Made**
À partir dune concession spéciale de États, des collèges, comme les ghildes, peuvebnt avoir des fiefs, pourvu qu'elles établissent un véritable homme (*een waar sterflyk man* - "un véritable mortel") qui prête l'hommage ; celui-ci étant mort, de nouveau, au titre de ce collège, un renouvellement de l'investiture doit être demandé et, par le substitué, les lods et les droits de cour doivent être payés, voir Bort, *Notable poincten van leenen*, art. 19.]

§ 32. Nous avons dit que le fief était *un* usufruit à l'égard duquel, étant héréditaire, le vassal doit supporter tous les frais qui tombent sur le bien et ne pas amoindrir le bien [981].

---

[978] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. xxvi, § 4, au mot *Naturales* ; Bort, *Van de Hollandsche leen*, part. I, maxime 6 ; Frederick Sande sur la coutume féodale de Gueldre, traité 1, tit. 3, cap. 1, art. [manquant], nb 2.

« Titre XXVI. Si, quant au fief du défunt, il y a une dispute entre le seigneur et les parents agnatiques du vassal : § 4. (…) Les fils naturels, bien que, par la suite, ils deviennent légitimes, à la succession du fie ni seules ni avec d'autres, ne sont reçus ».

[979] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 79 avec le suivant ; Goudelin, *de jure feudorum*, part. III, cap. 5, nb 8, Bort, *Van de Hollandsche leenen*, dans la ci-devant dite maxime 6, nb 4.

[980] (Note de Groenewegen) Voyez ici la missive de la Cour féodale du 22 décembre 1569 écrite au duc d'Albe et imprimée avec les ci-devant dits *Notable pointen van leenen* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Libri feudorum*, II, xxi.

[981] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 4, 66, 1 ; [*Libri feudorum*, II, tit. viii], § 1.

Constitution de Zénon, adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476/484 : *« Nous avons établi que le droit emphytéotique ne doit pas être ajouté aux titres de la location et de la vente, mais que ce droit est un troisième droit, séparé des deux autres par l'association ou la ressemblance des contrats rappelés : il a une expression et une définition propres et il est juste qu'il soit un contrat valide dans lequel toutes les choses qui sont décidées entre les deux parties cocontractantes sur tous les cas, même fortuits, dans les accords passés et mis par écrit, devront être gardées par tous moyens intégralement et fermement de façon stable et perpétuelle, de telle façon que, si, entre-temps, ces choses survenaient par cas fortuits, qui n'avaient pas été définies dans l'accord de la convention, si du moins un grand dommage apparaissait qui causerait encore la destruction de la chose même qui avait été donnée par l'emphytéose, il serait imputé, non au preneur emphytéotique, auquel il n'est rien resté, mais au propriétaire du bien qui n'avait envisagé dans aucun contrat ce qui surviendrait par fatalité. Mais, si au contraire, se produit un dommage particulier ou autre de peu d'importance, par lequel la substance même de la chose serait à peine endommagée, il ne fait aucun doute que cela doive être à la charge propre du preneur emphytéotique ».*

« § 1. En sens contraire, su quelque chose a été ajouté au fief par le vassal, si, certes, une telle chose a été ajoutée [de sorte]que, par soi-même, cela puisse subsister, c'est-à-dire, de sorte que, par soi-même, il soit pensé comme un bien-fonds, cela ne s'est pas ajouté au bien-fonds. Mais, si, par soi-même, cela ne peut pas subsister, comme une servitude, à de nombreuses personnes, il a agréé qu'au fief, cela s'ajoute, comme une partie du fief, elle doit être disposée ; car elle peut rendre meilleure la condition du fief ; mais elle ne peut pas la rendre pire, sans la volonté du seigneur ou de ses agnats auxquels, par une succession, il revient ».

[222] § 33. Les servitudes établies par le feudataire sur le bien féodal ne durent pas plus longtemps que lui est ses descendants possèdent le bien [982].

[**Note de Willem Schorer sur la note 982 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur dit ici est vrai pour les fiefs justes, cependant, il semble qu'il faille le statuer autrement pour les fiefs héréditaires ; car, pour ceux-ci, bien que le vassal soit mort en ne laissant aucun héritier féodal, il peut l'aliéner en totalité sans consulter le seigneur direct et ainsi, empêcher qu'en aucun cas, le fief ne lui revienne ; il semble qu'il faille le permettre plus à ce point qu'il lui impose une servitude qui portera parfois préjudice au seigneur direct, et alors, ils passent avec la charge de ce gage ; mais cette mise en gage doit être faite devant la Cour féodale, comme [le dit] l'auteur ci-dessous, chap. XLVIII, § 31, note 1133. Si un arrière-fief est chez nous mis en gage, il a été reçu que cela soit plus fait dans la Cour de celui qui sous-inféode que dans celle du seigneur supérieur, bien qu'ailleurs, le choix se présente à l'arrière-vassal ; à Utrecht, il a été disposé que les fiefs sont à bon droit obligés non autrement que devant la Cour du seigneur direct et selon la loi du lieu, ce qui doit être observé pour l'emphytéose, les dîmes ou les censives et l'obligation d'autres biens incorporels qui sont jugés selon le droit des immeubles, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 9.]

§ 34. Toutefois, les biens féodaux sont liés, à défaut d'autres biens, pour les dettes des vassaux qui les possèdent et peuvent être vendus pour cela par le créancier, le seigneur conservant son droit [983].

[**Note de Willem Schorer sur la note 983 de Groenewegen van der Made**
De façon régulière, les fiefs ne sont pas à bon droit pris en gage à raison de la poursuite de ce qui a été jugé ; cela procède surtout pour les fiefs justes, comme [le dit] l'auteur lui-même sur le chap. suivant, § 3, dans la note 1025, dont les fruits sont seulement confisqués durant la vie du vassal, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 96, à moins que, comme [le dit] ici l'auteur et ci-dessous, chap. XLII, § 7, dans la note 1035, il n'y ait pas de biens allodiaux ou qu'ils ne suffisent pas au paiement des dettes, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 100, nb 5, p. 336, *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 46, nb 8 ; van Christijnen, *Decisiones Curiæ Belgicæ*, vol. VI, decis. 95, nb 19, qui, dans le nb 20, indique les limitations de cette sentence ; il a été répondu que cela triomphait aussi dans le diocèse d'Utrecht en secours pour que la sentence tire sont effet, bien que s'y opposant le seigneur direct, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 138, nb 17. Voet le dit de même du droit hollandais, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 95. Cependant, il a été simplement répondu que le successeur féodal était reçu à la succession du fief, bien qu'il ait repoussé la succession sur le autres, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. X, cons. 143, p. 241 en note. Cependant, il a été répondu autrement et, à mon jugement, de façon plus vraie dans la cause d'un refus de succession, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 100, nb 12,

---

[982] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 13, 7, 31 et D. 19, 2, 9 § 1.

Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : *« Si l'esclave remis en gage au créancier commet un vol, il est libre au débiteur de laisser l'esclave à la faveur d'un abandon noxal ; si, le sachant, il m'a remis un voleur en gage, quoiqu'il se soit préparé, à la faveur d'un abandon noxal, à le laisser chez moi, je n'en aurai pas moins l'action de gage, pour qu'il me garantisse sans dommage. Julianus dit que la même chose doit être observée aussi, quand un esclave mis en dépôt ou prêté à usage commet un vol ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - On peut ici ajouter ce que Marcellus, dans le livre VI de ses Digestes, a écrit : si un usufruitier a offert en bail un bien-fonds pour cinq ans et qu'il est mort, son héritier n'est pas tenu de garantir que l'on jouisse, pas plus qu'une fois un immeuble de rapport détruit par le feu, le bailleur n'est tenu envers le preneur. Mais, [savoir] si, sur le fondement du louage* (ex locato)*, le preneur est tenu de payer le loyer en fonction du temps durant lequel il en a joui, Marcellus demande comment il paiera, s'il a pris à bail les services de l'esclave de l'usufruitier ou le logement ; et plus, il admet qu'il en soit tenu, et cela est tout à fait juste. De même, il demande, s'il a fait des frais sur le bien-fonds, comme pour en jouir pendant cinq ans, s'il les paiera. Et il dit que ce ne sera pas payé, parce qu'il devait prévoir que cela pouvait arriver. Cependant, qu'en est-il, si ce n'est pas en tant qu'usufruitier qu'il lui a loué, mais en tant que propriétaire du fonds ? Il est clair qu'il en sera tenu ; en effet, il a abusé le preneur ; ainsi, l'Empereur Antonin, avec le divin Sévère, l'a-t-il dit dans un rescrit. Pour la maison détruite aussi par le feu, pour le temps durant lequel le bâtiment était debout, ils ont dit dans un rescrit que le loyer devait être payé ».*

[983] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction de la Cour de Hollande, art. 180 ; voyez en outre ci-après, le chapitre [XLII] suivant, § 7, note 1034.

bien que, la saisine du fief paternel ayant été faite, on n'est pas simplement présumé avoir accepté la succession, pourvu que, de nouveau, il le laisse pour le besoin de ceux qui y ont droit, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 330, nb 12, p. 661. En Flandre aussi, de Haan, à partir de Wieland [dans *Practijke civile*], sur la coutume de Gand, rubr. 26, art. 23, au mot *Cæterum* - "Du reste", signale que le successeur féodal accepte la succession et, pour cette raison, n'est pas tenu des dettes du défunt, bien que cela ait été autrement reçu à partir de la sentence de certains praticiens.]

§ 35. *Un bien immeuble,* avons-nous dit, parce que, chez nous, on n'a pas trouvé qu'un tel droit soit usité sur un bien meuble [984].

§ 36. *Un bien d'autrui*, parce qu'un autre en a le droit de réversion, lequel est appelé le seigneur du fief [985].

[**Note de Willem Schorer sur la note 985 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur signale ici est à ce point vrai que, bien que le fief fût venu du patrimoine du vassal lui-même, il doit cependant transférer le domaine direct au seigneur direct, pour qu'ensuite, il reçoive de lui le domaine utile.]

§ 37. Celui-ci est le *magistrat suprême du pays* lui-même ou son *vassal.*

§ 38. Car les vassaux du comté peuvent avoir leurs vassaux que l'on appelle des arrière-vassaux ou les hommes d'un homme [986] et le bien, un fief de fief ou un arrière-fief.

§ 39. Nous y avons ajouté *avec une obligation réciproque* ; car le seigneur est tenu envers le vassal d'une protection et d'une défense, le vassal envers le seigneur, d'un hommage et de droits seigneuriaux [987].

---

[984] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. i, à la fin.

« Titre I. De la connaissance du fief : (…) Mais il faut savoir que le fief ou le bénéfice, seulement sur les biens du sol ou attachés au sol, ou sur ce qui, parmi les meubles, est compté, (quand, d'une chambre ou d'une "cavena", un fief est donné) peut exister et personne ne peut acquérir un fief, si ce n'est avec une investiture ou par succession ».

(Note du traducteur) Le fief dit "de chambre" n'est pas considéré comme un véritable fief. Il consiste seulement en un versement annuel fait au vassal sur le trésor du seigneur dont il dépend.

[985] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, viii, §§ 1 et 2 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata*, liv. VI, cap. 2, nb 5.

« Titre VIII. De l'investiture faite du bien d'autrui : (…) § 1. En sens contraire, si quelque chose a été ajouté au fief par le vassal, si, certes, une telle chose a été ajoutée [de sorte]que, par soi-même, cela puisse subsister, c'est-à-dire, de sorte que, par soi-même, il soit pensé comme un bien-fonds, cela ne s'est pas ajouté au bien-fonds. Mais, si, par soi-même, cela ne peut pas subsister, comme une servitude, à de nombreuses personnes, il a agréé qu'au fief, cela s'ajoute, comme une partie du fief, elle doit être disposée ; car elle peut rendre meilleure la condition du fief ; mais elle ne peut pas la rendre pire, sans la volonté du seigneur ou de ses agnats auxquels, par une succession, il revient. § 2. En effet, bien que la possession, par le bénéfice, lui revienne, cependant, la propriété regarde une autre personne ; et c'est pourquoi, à raison du tiers ou du quart qui, par les Lombards ou les Romains, aux épouses, est ordinairement fait, après la mort du mari, rien, à la femme, ne revient, car il ne peut pas être fait de gage qui est réputé réfléchi à partir du fief ».

[986] (Note de Groenewegen) Voir [*Libri feudorum*, I], vii ; Grégoire de Toulouse, dans ledit liv. VI, cap. 11 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 18 ; Loyseau, *Des seigneurs*, chap. 6, nb 22 et suivant.

« Titre VII. De la nature des fiefs : La nature d'un fief est celle-ci, de sorte que, si l'empereur a investi ses capitaines de quelque fief, il ne peut pas les désinvestir sans une faute, c'est-à-dire les marquis et les comtes, et ceux que nous appelons aujourd'hui proprement des capitaines. De même, il en est si une investiture a été faite par les capitaines et les plus grands vavassaux qui, proprement, aujourd'hui, sont appelés des capitaines. Mais, s'il e elle a été faire par de moindres ou de très petits vavassaux, c'est autre chose. Alors en effet, ils peuvent être désinvestis sans tenir compte de la faute ; à moins qu'ils n'aient fait honte à Rome, alors en effet, il en est de même pour les très petits que pour les plus grands vavassaux ; ou bien s'ils ont acheté un bien-fonds, alors en effet, le prix doit être rendu suivant l'ancien et raisonnable usage. Mais les modernes qui ne décident pas ainsi subtilement disent de même, que doit être observé pour les très petits ce qui a été dit pour les plus importants vavassaux ».

[987] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. final, nb 36 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 54 *(Pour que personne ne reçoive à son patronage les habitants des bourgs et leurs paysans)*, 2.

[223] § 40. L'HOMMAGE ou le RESPECT est *un serment par lequel le possesseur d'un fief s'oblige à être fidèle envers le seigneur, à rechercher l'avantage de celui-ci, à le conseiller au mieux, à l'aider à être auprès de lui, à détourner son préjudice et à découvrir ce qui pourrait viser à son dommage* [988].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXCIV. L'investiture du fief ou l'acte avec lequel le seigneur direct accorde à quelqu'un le fief reçoit celui-ci en tant que vassal dans sa foi et sa clientèle, [est] nécessaire pour transférer le droit du fief, mais ne doit pas être confondu avec l'instrument de l'investiture. Ayant été renouvelée pour le successeur du vassal, elle dépend de la première et ne lui transfère ordinairement pas plus de droit qu'il doit recevoir selon les lois de la première investiture, ce que les termes qui sont ordinairement insérés dans l'instrument signifient : *"étant sauvegardé notre droit et celui de chaque tiers"*.

CCCXCV. L'hommage (*hominium* [mot formé sur le modèle de *dominium* ou *seigneurie*]), que certains appellent de mauvaise façon *homagium*, est la reconnaissance faite par le vassal de la seigneurie directe jointe à la promesse de fidélité, en général confirmée avec un serment. Ce serment a été remis à juste titre, avec la loi du 18 janvier 1736, l'obligation [souscrite] par le vassal de fournir le service militaire ayant été supprimée dans nos usages.]

§ 41. Ce serment étant fait au seigneur d'un fief, est toujours entendu en être excepté le magistrat suprême du pays.

§ 42. En vertu de ce serment, les vassaux et les arrière-vassaux eux-mêmes, s'il empêche considérablement, par d'autres, de devoir servir leurs seigneurs dans toutes leurs expéditions, à savoir pour une défense des villes frontières ou aussi en dehors des frontières, quand une guerre était commencée et entreprise par le conseil des chevaliers, des écuyers et des grandes villes de Hollande ; car autrement, ils n'étaient pas tenus de servir selon le privilège de l'impératrice Margriet de 1346 ; après, par un privilège de Dame Marie, duchesse de Bourgogne, en 1476, il est encore dit de plus que les comtes n'entreprendraient en aucune manière de guerre offensive ou défensive que par le bon vouloir des États ; et alors, à savoir,

---

[988] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, vii, et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*.

« Titre VII. De la nouvelle forme de la fidélité : Une autre forme a été nouvellement trouvée au sujet de serment de fidélité, la coutume de ceux qui l'utilisent ayant été approuvée ; celle-ci est considérée aujourd'hui dans presque toute cour tenir solidement, à savoir : "Moi Titius, je jure sur ces saints Évangiles de Dieu, qu'à partir de cette jusque et dorénavant, jusqu'au dernier jour de ma vie, je serai fidèle envers toi, Caius, mon seigneur, contre tout homme, à l'exception de l'empereur, ou du roi". Si l'on entend cette phrase de façon juste, elle n'a certes besoin d'aucun ajout, mais inclut en elle-même une fidélité entière et parfaite ; mais, à cause des gens simples et de ceux qui ignorent la signification du mot, on ajoute ordinairement cela pour l'interprétation de cette phrase ; c'est-à-dire : "Moi, je jure que jamais, sciemment, je ne serai en conseil, ou en acte, de sorte que tu perdes quelque membre, que tu reçoives sur ta personne quelque blessure, injure, outrage, ou que tu perdes quelque honneur que tu as maintenant, ou que tu auras dorénavant et, si j'avais appris, ou entendu parler de quelqu'un qui veuille faire contre toi quelque chose de cela, à la faveur de mon pouvoir, je fournirai un empêchement, afin qu'on ne le fasse pas. Même si je ne pouvais te fournir l'empêchement, aussitôt que je le pourrai, je te le ferai savoir et contre lui, selon que je le pourrai, je te fournirai mon aide et, s'il arrivait que tu perdes quelque bien que tu possèdes, ou que tu auras, injustement, ou par un cas fortuit, je t'aiderai à le récupérer et à conserver le bien récupéré en tout temps. Si je savais que tu voulais attaquer quelqu'un de façon juste et que, de là, j'ai été requis généralement, ou spécialement, je te fournirai mon aide comme je le pourrai. Si tu m'avais manifesté quelque chose de secret, je ne le découvrirai à personne sans autorisation, ou je ne ferai pas ce par quoi cela est découvert ; si tu me demandais un conseil sur quelque acte, je te donnerai le conseil qui me semble être le plus avantageux pour toi ; et jamais à partir de ma personne, je ne ferai quelque chose qui vise à ton injure, ou à ton outrage, ou à ceux des tiens". 1 - Mais, l'investiture une fois faite, la fidélité s'étant ensuivie, le seigneur est contraint de mettre en possession l'investi d'une possession vide, s'il la différait, il lui en fournira tout l'avantage ».

(Note du traducteur) Dans le passage du *De legibus abrogatis* en question, Apud Franciscum Moyardum et Davidem Lopez de Haro, Leyde 1649, p. 869, Groenewegen remarque que la formule du serment pratiquée en Hollande, Zélande et Frise occidentale n'est pas différente. Il donne ainsi cette formule comme suit : *« Moi, je jure qu'aux très puissants représentants des États des comtes de Hollande, Zélande et Frise occidentale, je serai obéissant et fidèle. Jamais, je ne serai, en conseil ou en acte [participant de] ce qui, à la République ou à ses sujets, pourrait apporter quelque empêchement, dommage ou lésion ; mais, si quelque chose de tel est venu à ma connaissance, à la faveur de mon pouvoir, à que ce ne soit pas fait, je procurerai un empêchement et immédiatement, aux seigneurs ci-devant dites et à leurs vicaires, je n'annoncerai par moi-même ou par le biais d'autres personnes. Je défendrai leur majesté, leur empire et leurs domaines. En outre, je leur ferai le service et je le leur fournirai en conseil et en acte partout où ils l'auront voulu ou en auront eu le besoin. Je ne publierai à leur préjudice ce qui, avec mon silence, par eux, est commis. En outre, je ferai tout ce qui est bon et qui convient à un vassal fidèle ».*

lorsque la guerre est entreprise par le bon vouloir des pays, les vassaux qui étaient au service des armes des anciens temps à l'occasion de leurs ci-devant dits fiefs, seraient tenus de servir sur les frontières de Hollande, Zélande et Frise occidentale et non au-delà, et cela, pour des gages raisonnables et aux frais des comtes [989].

§ 43. Et, dans le cas où les comtes, à certains moments, entreprennent une guerre sans le bon vouloir et le conseil des États, les ci-devant dits vassaux et arrière-vassaux ne seraient pas tenus et resteraient déchargés de faire certains **[224]** services avec le corps et les biens dans cette guerre [990].

§ 44. Par contre, les biens féodaux étaient libres des taxes des terres et autres charges foncières semblables [991] qui, à la prière des comtes, étaient consentis par les États ; mais l'empereur Charles [Quint], qui conduisait souvent une guerre au loin en dehors du pays, a incité les nobles à permettre que les fiefs soient soumis à un telle charge ; par cela, beaucoup pensent que les vassaux de Hollande seraient déchargés de tout service des armes [992] ; cependant, on trouve que, quelques années après que les biens féodaux fussent chargés comme ci-dessus, il est commandé aux vassaux de se tenir prêts avec de telles armes comme elles étaient fixées là-dessus d'après la valeur de leurs fiefs, à savoir pour la défense du pays [993]. Et, bien que maintenant, les biens féodaux supportent toutes les charges comme les autres biens, cependant, on ne trouvera pas que les vassaux soient jamais déchargés des services de la défense du pays.

§ 45. Dans la *keur* de Zélande, telle qu'elle est fixée en 1496 [994], il est dit que les vassaux de Zélande ne seront pas tenus de servir dans des expéditions ou des armements plus loin qu'aux frontières de la Hollande, de la Zélande et de la Frise, comme, dans les anciens temps, cela est en usage, avec l'ajour d'un serment, parce que les fiefs, en Zélande, sont principalement des mauvais fiefs et périssables, et que beaucoup des personnes y sont venues par un achat à l'encontre du comte.

[**Note de Willem Schorer sur la note 994 de Groenewegen van der Made**

Ce que dit l'auteur, [à savoir] que la plupart des fiefs zélandais sont mauvais, est vrai ; cependant, après l'époque de Grotius, il a agréé aux États de Zélande, le 21 octobre 1653 (voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 1456), qu'il était indistinctement permis à tous les vassaux de convertir les mauvais fiefs en fiefs héréditaires en procurant ce qui devait être procuré, bien qu'en sens inverse, les États de Hollande l'aient interdit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 5.]

§ 46 [995]. Les vassaux sont tenus, envers leur seigneur, d'un autre **[225]** service, à savoir de siéger avec lui en cour sur les affaires féodales [996].

---

[989] (Note de l'éditeur) Voir *Libri feudorum*, IV, tit. cvii ; voyez Frederick Sande sur la coutume féodale de Gueldre, traité 2, tit. 1, cap. 2, nb 17 ; Reinhard, *Des differentiis juris civilis et Saxonici*, part. II, dissert. 9 et 16.

« Tit. CVII. Pour que les vassaux procurent leurs services au frais du seigneur : Nous savons nous-mêmes qu'il est ancien, pour ceux qui ont l'expérience des choses, que les fidèles, à moins que des accords insérés dans les contrats n'aient souhaité autre chose, aux frais des seigneurs eux-mêmes, fournissent leurs services. Car il est juste que ceux-ci obtiennent une rémunération pour le temps dans lequel ils sont trouvés prêter leur obéissance, surtout quand personne n'est contraint de servir à l'armée à ses propres frais, principalement quand on convient qu'en dehors des tentes de leur cité, en montrant leurs services, il les fatigue ».

[990] (Note de l'éditeur) Voir le ci-devant dit privilège de Dame Marie, duchesse de Bourgogne du 14 mars 1476.

[991] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 6 juillet 1515 et du 8 septembre 1518 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 74 [*De la contribution des biens-fonds fiscaux, d'un bien privé ou impérial, des cités ou des temples*], 2.

[992] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 1, nb 17 ; Mathijs van den Hoeve dans *Les privilèges des anciens Bataves*, liv. i, chap. 10, p. 60 ; Willem van Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 125, nb 2.

[993] (Note de Groenewegen) Une telle chose est sollicitée des vassaux par les placards du 2 mars 1514, du 31 décembre 1517, du 16 mars 1518, du 31 août 1521 et du 5 septembre 1521.

[994] (Note de Groenewegen), Le 24 avril, chap. 3, art. 32.

[995] (Note du traducteur) Le numéro du paragraphe est ici erroné, reprenant la numérotation 45. Nous avons donc corrigé cette erreur d'impression.

[**Note de Willem Schorer sur la note 996 de Groenewegen van der Made**

Bien que cela soit vrai, cependant, cela a besoin d'une plus longue explication. En effet, ou bien une controverse est née sur le fief entre deux vassaux, ou bien [elle est née] entre le seigneur et un étranger, ou bien entre le vassal et un étranger. Dans le premier cas, on ne doute pas que le seigneur direct ou celui qui administre à sa place soit le juge compétent avec les pairs de la Cour. Mais, si le litige est né entre le seigneur et le vassal, de nouveau il faut distinguer : le vassal niera-t-il qu'il est vassal et bien plus, sera-t-il controversé [de savoir] si le bien sera allodial, ce qui est présumé dans le doute, ou féodal ? En effet, dans ce cas, la connaissance de cette affaire appartiendra au juge ordinaire ; sinon, quant à l'investiture du fief, aux conditions, à l'usage, aux services etc., les pairs de la Cour jugeront sur tout cela. Si la controverse est née entre le vassal et un étranger ou entre le seigneur et un étranger quant aux borens ou aux servitudes des biens-fonds voisins, la connaissance ne se présentera pas aux pairs de la Cour, mais au juge ordinaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 131, 132 et 133 ; [Bort], *Notable poincten van leenen*, art. 22. À cela, on peut ajouter la limitation que nous aurons sur le liv. III, chap. XVI, sur la note 326 vers la fin.]

§ 47. Car la connaissance des affaires féodales vient en premier lieu aux hommes de chaque seigneur féodal et d'eux, en appel, à la cour féodale du comté, à la place de laquelle, maintenant, est établie la Cour de Hollande. Dans le pays de Voorn, Putten, le Kennemerland et ses dépendances, il est en usage que les vassaux aussi doivent siéger en cour avec le bailli pour toutes les affaires qui appartiennent à sa juridiction, de telle façon que le font les hommes bien-nés dans le Rijnland et le Delftland, étant bien entendu, dans les affaires d'homme à homme, aux frais des parties et dans les affaires d'amendes, aux frais du bailli [997].

§ 48. L'hommage est fait par la main ou par la bouche en présence que quelques autres vassaux, non seulement par le premier vassal, mais aussi par ses successeurs aussi souvent que le fief passe à la mort et cela, aussi dans un délai d'un an et six semaines [998], avec la demande d'investiture, c'est-à-dire un renouvellement de la concession. Pour les mineurs, le tuteur fait le serment, avec le fait que, les pupilles étant devenus majeurs, ils font les serments par leur propre bouche [999]. Pour un empêchement notable, il est aussi autorisé à faire un hommage par le biais d'un représentant [1000] ; sans investiture ou hommage, personne ne peut faire devant les

---

[996] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, I, tit. xxii.

« Titre XXII. À quel moment un soldat devra demander l'investiture : Nous consacrons qu'aucun soldat, au-delà d'un an et un mois, ne vague, qu'il demande l'investiture de son bénéfice au fils ou au successeur du seigneur ou, après la mort de son seigneur, de son père ou de l'autre auquel il doit succéder, à moins qu'une juste cause ne soit intervenue pour laquelle il ne l'aura pas demandée, comme un cause de mort, d'inimitié capitale, d'enfance ou une juste absence ; et s'il ne l'a pas demandée (comme il a été dit ci-dessus), il sera condamné.

Si quelqu'un a fait l'investiture ou un changement du bénéfice de son soldat sans le consentement de celui auquel appartient le bénéfice, pour non réalisée, elle sera tenue.

Nous consacrons qu'aucun soldat ne soit privé de la possession de son bénéfice, si ce n'est pour une faute convaincue, qui devra être approuvée par le jugement de ses pairs, comme nous l'avons dit ci-dessus. Mais, si le soldat a dit que ses pairs avaient injustement jugé, le soldat restera en possession pendant six semaines et il viendra en notre présence avec ceux qui auront fait l'approbation et le jugement et, devant nous, nous le déterminerons ».

[997] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de Voorn du 3 février 1519, art. 2, 3 et 4.

[998] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 4 ; au début du tit. xxiv des *Libri feudorum*, II, et dans le tit. xxii des *Libri feudorum*, I.

« Titre XXIV. Quelle était la première cause de perte du bénéfice : La première cause de perte du bénéfice était la suivante et l'est encore dans la plupart des cours ; (mais, dans notre cour de Milan, elle ne se présente pas) si le vassal, pendant un an et un jour, son seigneur étant mort, est demeuré immobile et n'est pas aller trouver l'héritier de son seigneur en demandant l'investiture en lui offrant la fidélité, en tant qu'ingrat, il perd le bénéfice ; et en sens inverse, si, le seigneur étant survivant, le vassal est mort et que, pendant le délai déjà dit, son fils a négligé de demander l'investiture du bénéfice, il sera privé ».

Le second extrait est proposé dans la note 996.

[999] (Note de l'éditeur) Voir Frederick Sande sur la coutume féodale de Gueldre, traité 2, tit. 1, cap. 2, nb 4.

[1000] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *De feudis*, dans le passage *Juramenti* ; Arnisius, *De jure Majestatis*, liv. I, cap. 5, nb 19 dans le passage *quamquam*.

cours une action sur un fief ou se défendre ; mais il est tenu à l'écart de la cour féodale [1001] ; toutefois, par une négligence qui est appelée un défaut de demande, chez nous, le fief n'échoit pas au seigneur, à moins que ce ne fût d'un mépris notable [1002].

[**Note de Willem Schorert sur la note 1001 de Groenewegen van der Made**
Qu'en est-il si l'usufruit du fief a été laissé dans un testament ? Le successeur féodal, bien qu'il ait seulement la nue-propriété, ne peut pas moins demander le renouvellement de l'investiture dans l'année, payer les lods, etc. voir [Bort], *Notable poincten van leenen*, art. 7.]

[226] § 49. Par la mort du seigneur, à la demande de son successeur, l'hommage est renouvelé [1003] sans [droits de] lods et un vassal n'est pas tenu de lui faire un hommage à plus d'une seule personne [1004].

§ 50. Les [DROITS DE] LODS sont *des marques d'honneur que le vassal* [1005] *est tenu de faire envers le seigneur au moment de l'investiture* ; car [de ceux] de la première investiture, il est libre [1006] ; ces droits de lods sont parfois indiqués dans la concession, consistant en un faucon, épervier, un oiseau de proie, un saumon, un brochet, des lévriers, des éperons, des gants ; tout cela, d'après l'ancienne coutume, peut être acheté avec un certain montant d'argent [1007]. Et, quand le droit de lods n'est pas indiqué, ainsi, un grand fief ou un moyen doit une taxe de dix florins carolins, mais un petit fief, la valeur des fruits d'une année [1008]. Un grand fief est celui qui comprend en lui une haute ou une basse justice ou autrement, qui a un revenu au-dessus de trois cents florins carolins [1009]. Un moyen fief est celui dont le revenu est environ de trois cents florins carolins et au-dessus de dix semblables florins [1010]. Un petit fief [est celui] qui n'a pas un revenu au-dessus de dix florins [1011]. Au-dessus des droits de lods, le vassal doit, au moment de l'investiture, aussi payer les droits de cour pour l'officier de la cour du seigneur ; cependant, les conseillers du seigneur en sont libres [1012]. Si celui-ci a négligé de prendre une investiture dans l'année et six semaines après que le fief lui était échu, il est par la suite autorisé au fief en payant deux fois les droits de lods et les droits **[227]** de cour [1013] ; et si, pour lui, par ses ancêtres, une négligence s'était produite par écoulement d'un semblable délai, le droit doit être payé deux fois pour ceux-ci. Il y a aussi à observer que, si beaucoup faisaient une demande sur un seul fief, le seigneur accordera à chacun de ceux-ci une investiture, chacun sauvant son droit, et chacun paiera les droits de lods et les droits de cour sans que le seigneur soit tenu de les leur retourner en quelque cas. Si aussi, un fief était, avec le consentement du seigneur,

---

[1001] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 3 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 3, 82 et 83.

[1002] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 6-7 ; lettre le la Cour féodale écrite au duc d'Alba le 22 décembre 1569 imprimée avec les ci-devant dits *Notable pointen van leenen* ; Fachinæus, liv. VII, cap. 87 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Libri feudorum*, I, v [*De quelles façons le fief sera perdu*].

[1003] (Note de Groenewegen) Voir ledit tit. xxiv des *Libri feudorum*, II et ledit tit. xxii des *Libri feudorum*, I ; Clarus, § *feudum*, quæst. 49 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *De feudis* dans le passage *sed et feudum* ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 25, nb 3.

[1004] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 25, nb 10 avec le suivant ; Clarus, § *feudum*, quæst. 49, nb 11.

[1005] (Note de l'éditeur) Voyez en outre Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 375.

[1006] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 23-24.

[1007] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 22.

[1008] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 12-13.

[1009] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 18.

[1010] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 19.

[1011] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 20.

[1012] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 34.

[1013] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 7 ; lettre de la Cour féodale ci-devant citée dans la note 1002.

divisé, ainsi, chaque partie du fief doit payer autant pour les droits de lods et les droits de cour que le faisait la totalité du fief [1014]. Un fils plus âgé transmettant le fief à un plus jeune, doit toutefois pour lui payer les droits de lods [1015].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1007, 1008, 1009 et 1010 de Groenewegen van der Made**

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 14, dit plus longuement comment ces fiefs diffèrent entre eux.]

[**Sur la note 1013 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que, si le fief, avec le consentement du seigneur direct a été partagé, tous les lods et des droits de cour doivent être procurés par chaque vassal. La raison en est que, le partage ayant été fait, chacun possède le bien-fonds en entier et qu'ils sont entendus être vassaux sur la totalité, à un point tel que non seulement il y a plusieurs vassaux, mais aussi plusieurs fiefs, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 99. Cependant, cela triomphe autrement quand les fiefs sont divisibles par leur nature ; en effet, dans ce cas particulier, ils apportent autant des lods à ceux auxquels les parties échoient proportionnellement. Cela est en tout cas vrai quand, dans la première alternative, le partage a été fait, voir Voet, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 101, ainsi cependant, pour que, le partage ayant été fait, le fief puisse de nouveau être consolidé envers le vassal, même à l'insu et contre le gré du seigneur direct, à cet effet qu'ensuite, les simples lods et les droits de cour soient payés ; la Cour a jugé en faveur de la consolidation le 17 mars 1502, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 337. Toutefois, à partir de l'ordonnance des États de Zélande du 21 octobre 1653, art. 6, la consolidation des fiefs n'est pas permise, si ce n'est sous le paiement de lods doublés, voir Voet dans l'endroit cité, nb 101. Du reste, si la succession du vassale est repoussée et qu'un curateur lui est établi, celui-ci, au titre de la succession, demande l'investiture ; si, par la suite, par quelque moyen, le curateur la vend, l'acheteur doit de nouveau demander le renouvellement de l'investiture et payer les lods et les droits de cour. Il faut le statuer autrement, si, du vivant du vassal, le fief est vendu à raison de la poursuite de ce qui a été jugé, alors en effet, les droits de cour doivent être procurés une seule fois, voir [Bort], *Notable poincten van leenen*, art. 27 et 28.

Si des parties de plusieurs fiefs sont obligées pour un seul revenu, doivent être procurés les lods et les droits de cour autant et tels qu'ils doivent être procurés au titre d'un bien-fonds plus noble, voir *Notable poincten van leenen*, art. 10.

Si quelque chose est imposé au fief qui est attaché au fief et qui induit la nature de celui-ci, et qu'il échoit au fils aîné, de là aussi, les lods doivent être procurés à partir du revenu annuel, voir *Notable poincten van leenen*, art. 5. Mieux, si, dans un an et sept semaines, il n'a pas demandé au seigneur direct l'investiture du revenu annuel, le fief ne sera pas obligé à la faveur du revenu et le propriétaire de ce revenu ne jouira pas du droit de préférence, voir *Notable poincten van leenen*, art. 16, et l'auteur lui-même, chap. XLII, § 5, sur la note 1030.]

§ 51. Les affaires des fiefs viennent chez nous en premier lieu devant la cour de l'arrière-vassal, dans le cas où elles portent sur les arrière-fiefs [1016], mais, pour les fiefs du comté, devant la Cour de Hollande qui en a maintenant le pouvoir à la place de celle qui avait été la Cour féodale ; devant elle aussi, vient la seconde prise de connaissance des arrière-fiefs ; et chez nous, un vassal peut citer den justice son seigneur sans en demander l'autorisation [1017].

[1014] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 32.

[1015] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 10-11 ; *Notable pointen van leenen*, art. 3, 27 et 28 ; Frederik Sande sur la coutume féodale de Gueldre, traité 2, tit. I, cap. 3, nb 10. Voyez Dumoulin sur la coutume de Paris, tit. 1, art. 9 et 33, glos. 1, nb 113.

[1016] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction de la Cour féodale du 20 mars 1519, art. 1 ; les *Notable pointen van leenen*, art. 22 ; à moins que l'affaire ne concernât le ci-devant dit arrière vassal.

[1017] (Note de Groenewegen) Voir Evraerts, *Loci legales*, A. *Libertas ad vassalos*, nb 15 ; Clarus, § *feudum*, quæst. 25 ; Mynsinger, *responsorum centuriæ*, cent. 4, obs. 92 ; Gail, *De pignoribus*, cap. 15, nb 4.

[**Note de Willem Schorer**

*Les affaires des fiefs etc.*Ce que l'auteur dit i !cji est vrai ; car, si un procès s'élève sur un bien féodal, sans aucun doute, sera le juge compétent celui à la connaissance duquel le pouvoir suprême a confié la connaissance des affaires féodale ; on peut voir ci-dessous, liv. II chap. XVI, sur la note 626 vers la fin, et dans ce chapitre, § 46, sur la note 996, comment cette règle sera cependant limitée.]

[**Sur la note 1017 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que le vassal appelle à bon droit en justice le seigneur direct, même la faveur n'en ayant pas été obtenue, à un point tel qu'il est aussi contraint, étant levé par le cou, de faire le procès. Si, cependant, le vassal du seigneur direct s'est dicrètement retiré, en tout cas, il doit obtenir la faveur d'agir en justice, voir de Haan dans ses notes sur van Merle, liv. IV, tit. 24, cap. 16, note b.

Mieux, le vassal intente une action diffamatoire, pourvu qu'elle soit modérée avec des termes honorables, voir *Manier van procederen voor den Hove*, tit. 1, chap. 1, § 3, p. 11, de la même façon que l'action, non de vol, mais de soustraction de biens triomphe entre des époux et elle ne se présente pas sur la totalité, chaque fois qu'il est clair qu'une autre moins odieuse se présente. Cependant, Pieter van Noeyen, *Over het consent van een leenheer, voornamelyk tot het verband der leengoederen in Gelderland (Sur le consentement d'un seigneur, en particulier à l'obligation des biens féodaux dans la Gueldre)*, nb 40, p.14, Arhem 1765, beaucoup d'autorité ayant été amenée à cette fin, n'a pas amené simplement très récemment cette nécessaire faveur d'agir en justice. Il loue cependant le conseil de Schneidewin qui loue la prudence des avocats, afin que les procès n'étendent pas la faveur de ceux qui font les demandes.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

Les controverses quant au contrat féodal, quant à la loi avec laquelle le fief est tenu, quant aux charges imposées au fief, quant à la succession du fief et quant à sa perte appartiennent à la juridiction de la Cour féodale, voir *Instructie Curiæ feudalis* du 7 avril 1661, non cependant la question [de savoir] si le bien sera féodal qui, du fait que doit être ici égale la condition de celui qui affirme et de celui qui nie et que, dans le doute, le bien est tenu pour allodial, doit être déférée au tribunal ordinaire. Si, pour décliner le tribunal féodal, le défendeur nie par le moyen d'une exception que le bien est féodal, dans ce cas, cette seule question doit être débattue devant la Cour féodale par le moyen d'un préjudice et le défendeur n'est pas contraint de répondre à d'autres fins, voir Nieuwstadt, *Observationes feudales*, dec. 4, obs. 1, et enfin, il appartient au demandeur de prouver que le bien est féodal, voir Nieuwstadt dans ledit ouvrage, dec. 3, obs. 3.]

*

[228] Chapitre XLII
Comment un fief est acquis

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXCVII. Bien que, sur l'acquisition des fiefs non autrement que sur les biens allodiaux, il soit permis de distinguer entre les titres et les façons d'acquérir, il faut cependant veiller à ce nous ne croyons pas que le vassal puisse le faire sans une investiture.]

§ 1. En Hollande, un fief est ACQUIS en premier lieu par une CONCESSION, que ce soit à partir du bien du seigneur ou à partir du propre bien du vassal, comme il est dit ci-dessus.

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXCVIII. La concession sur un fief qui ne doit pas être confondue avec l'investiture, faite dans le testament par le moyen d'un legs, peut céder au légataire une action sur le bien, à savoir si l'héritier lui-même tient le fief primaire duquel doit dépendre le bien concédé en arrière-fief, Voet est moins à bon droit en désaccord sur ce point, voir *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 30.]

§ 2. En second lieu, par une DERNIÈRE VOLONTÉ ; car un vassal qui a une autorisation du magistrat suprême du pays [1018], bien que déjà, il n'eût aucune autorisation du seigneur le plus proche du fief [1019], aussi, sans le consentement des parents ou du successeur du fief [1020], peut léguer le fief à qui il veut, pourvu qu'il soit né légitime [1021]. Des autorisations ont coutume d'être seulement entendues être utiles pour commander une concession directe du bien féodal par une institution ou un legs [1022] ; mais maintenant, suivant une résolution des États, ils sont accordés avec un pouvoir de laisser aller le bien féodal directement ou indirectement selon le plaisir à un ou plusieurs degrés ; mais, sans une telle permission, le legs est ainsi si nul que même la valeur du legs ne peut pas être demandée [1023].

[1018] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 10, art. 6, et vol. VI, decis. 24-27 ; Sande sur la coutume féodale de Gueldre, traité 1, tit. 1, cap. 2, 1 et 2.

[1019] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Observationes feudistæ*, 1 ; voyez en outre Bort, *Van't versterf van de Hollandsche leenen*, part. II, nb 2.

[1020] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 26, nb 24 avec le suivant, decis. 29 et 63, nb 42 avec le suivant.

[1021] (Note de Groenewegen) Voir en argument les *Libri feudorum*, II, tit. xxvi, § 4 dans le passage *naturales.*

« Titre XXVII. Si, quant au fief du défunt, il y a une dispute entre le seigneur et les parents agnatiques du vassal : § 4. (…) Les fils naturels, bien que, par la suite, ils deviennent légitimes, à la succession du fie ni seules ni avec d'autres, ne sont reçus ».

[1022] (Note de Groenewegen) Voyez les *Notable pointen van leenen*, art. 24 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 3, et part. II, avis 55 à la fin et avis 56 ; Bort, *Van't versterf van de Hollandsche leenen*, part. II, nb 2.

[1023] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. lv ; *Institutes de Justinien*, II, xx, § 4. ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. IX, decis. 28 et vol. I, decis. 299, nb 3-4 ; Bort, *Van't versterf van de Hollandsche leenen*, party. I, dans le passage *zonder*, à savoir, suivant les lois des fiefs, voir *Libri feudorum*, I, tit. viii, lesquelles, concernant cela, dans certains pays, sont suivies, voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 24, nb 4. Mais aussi dans ces cas, la valeur peut être réclamée des biens allodiaux qui sont soumis au traitement commun, quoique la direction en soit interdite à l'héritier, voir *Institutes de Justinien*, II, xx, § 4, voyez ci-dessus liv. II, chap. XXII, § 42, notes 566 et 567, et les fiefs sont par la suite devenus semblables en tout aux biens allodiaux, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Libri feudorum*, I, tit. vii [*De la nature du fief*], cela, avec la dernière volonté, est toujours pris très largement et très favorablement, voir D. 50, 17, 12. Ainsi, cela doit-il être entendu aujourd'hui pour les biens féodaux, voir Faber sur *Institutes*, II, xx *((Des garants)*, § 4, comme aussi la Cour de Hollande l'a jugé.

« Titre LV. De l'interdiction de l'aliénation du fief par l'empereur Frédéric : Il convient que l'habileté impériale administre ainsi le soin de la République et inspecte les avantages des sujets, afin que l'utilité du royaume reste sans corruption et que le statut de chacun soit sans interruption conservé sans dommage. Pour cette raison, tandis qu'à partir de l'usage de nos prédécesseurs de toute la cour de Ronchalia, à la faveur d'un tribunal, nous siégions, par les princes italiens, tant gouverneurs des églises que les autres fidèles du royaume, nous avions reçu des plaintes non petites, parce qu'ils avaient obligé en gage les bénéfices de ceux-ci et les fiefs que les vassaux conservaient de ceux-ci sans la permission des seigneurs et qu'avec une certaine entente frauduleuse, avec le nom d'une pétition, ils les avaient vendus, d'où ils perdaient les services dus, l'honneur de l'empire et le complément de notre heureuse expédition en étaient amoindris. En conséquence, ayant tenu un conseil des évêques, de ducs, des marquis et des comtes, en même temps, aussi des juges palatins et des autres grands, avec cette loi édictale valide perpétuellement avec la bienveillance de Dieu, nous consacrons qu'il ne sera permis à personne de vendre ou de gager tout ou partie du fief, de le vendre en un quelconque moyen ou de l'aliéner, ou de juger à la faveur de l'intention, sans la permission de ce seigneur que le fief est reconnu concerner. D'où, l'empereur Lothaire, prévoyant seulement que cela ne soit pas fait dans le futur, a promulgué une loi. Mais nous, pourvoyant à une plus entière utilité du royaume, non seulement, pour l'avenir, mais aussi nous cassons les aliénations illicites faites jusqu'ici avec cette présente constitution et nous les annulons, la prescription d'aucun délai ne l'empêchant ; ce qui n'était pas valide dès le commencement quant au droit, avec l'écoulement du temps, ne doit pas disparaître, une action sur le fondement de l'achat quant au prix contre le vendeur se présentant à l'acheteur. En outre, les trompeuses machinations de certains y faisant obstacle qui, en recevant le prix quasi sous la couleur d'une investiture qu'ils disent leur être permise, ils vendent le fief et le transfèrent à un autre, afin qu'une telle fiction ou autre chose en outre en fraude de notre constitution, ne soit pensé par tous moyens, nous l'interdisons, une peine menaçant avec notre autorité que le vendeur et l'acheteur qui auraient été trouvés avoir contracté des aliénations si illicites, perdent le fief et qu'il soit retourné librement au seigneur. Mais, le notaire qui aura rédigé, le sachant, cet instrument, après la perte de son office, perdra sa main avec le risque d'infamie. En outre, si quelqu'un sans fief, plus âgé de quatorze ans, par son incurie ou sa négligence, pendant un an et un jour, a tenu à ce qu'il n'ait pas demandé au seigneur propre l'investiture du fief, ce délai étant passé, il perdra le fief et rendra le fief au seigneur. § 1. Nous statuons aussi fermement que, tant en Allemagne qu'en Allemagne, quiconque ayant été appelé par son seigneur pour une expédition déclarée publique, a sursis sans réflexion de venir à l'expédition dans le délai qui se présente, qu'il a méprisé d'en envoyer un autre pour lui acceptable pour le seigneur ou qu'il n'a pas fourni la moitié du revenu du fief d'une année au seigneur, il perdra le fief qu'il a eu d'un évêque ou d'un autre seigneur et le seigneur du fief aura la possibilité de le ramener par tous les moyens à

[**Note de Willem Schorer sur la note 1019 de Groenewegen van der Made**

Nous avons vu ci-dessus, liv. II, chap. XV, § 8, sur la note 338, ce qui doit être observé sur la disposition du fief. Il a été répondu à Utrecht que la Cour avait accordé la faveur de tester aux vassaux du diocèse qui possédaient des fiefs ailleurs, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 35, nb 2. La faveur de tester est facilement obtenue quant aux fiefs héréditaires, parce que le seigneur direct ne souffre pas un si grand préjudice, car ceux-ci ont été en général ramenés à l'instar de biens allodiaux ; pour cette raison, à l'insu du seigneur, mieux, celui-ci s'y opposant, ils peuvent être librement aliénés entre vifs ; c'est pourquoi Bort, *Tractaet verklarende het gerbuik vanappel in Holland en West Friesland (Traité qui explique l'utilisation de l'appel en Hollande et en Frise occidentale)*, part. II, nb 3, p. 13, enseigne qu'aussi, sur ceux-ci, la possibilité de tester regarde plus la solennité que la nécessité qui est accordée à quelqu'un sans connaissance préalable de la cause. Il faut le dire autrement quant aux fiefs justes qui reviennent facilement au seigneur. Et, bien que le vassal ait obtenu la possibilité de tester, cependant, celle de partager le fief entre plusieurs selon le plaisir n'est pas considérée avoir été accordée, voir Nieuwstadt, *De feudis observationes*, obs.9, et l'auteur dans ce chapitre, § 3, aux mots *maar van rechte leenen* - "mais, de justes fiefs".]

[**Sur la note 1021 de Groenewegen van der Made**

Nous avons plus longuement traité des bâtards dans le liv. II, chap. XXVII, § 28, sur la note 679, et ce que l'auteur signale [en disant] que ceux-ci sont exclus de toute succession aussi à partir d'un testament est vrai, comme [ledit] aussi Radelant, *Decisiones Trajectinæ*, decis. 12, nb 4, bien que que Maurits d'Orange en ait douté, voir Aizema, *Historie van Staat en Oorlog*, part. V, liv. V, p. 1183, à moins cependant, que le seigneur direct n'ait concédé le fief au vassal pour lui et ses fils, sachant parfaitement que celui-ci n'avait aucune autre descendance en dehors d'une illégitime ou, alors que le bâtard a été légitime par un mariage subséquent, du fait que, par celui-ci, la tache de la naissance avait été supprimée, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, chap. 7, surtout nb 7 et 8, et ils sont imaginés par une fiction du droit être nés après le mariage contracté, voir *Précis du droit Belgique*, p. 31. En conséquence, à travers toutes choses, ils sont comparés aux [enfants] légitimes à un point tel que cette sentence procède même si le fief a été concédé pour lui et ses enfants nés de façon légitime, voir Samuel Strik, *Examen juris feudalis*, cap. 15, nb 38 ; Fredrik van Sande, *Consuetudines feudales*, p. 27, nb 3. Il y a cependant des feudistes qui refusent aux enfants légitimés

---

ses propres usages. En outre, le duc, le marquisat, le comté, du reste, ne sera pas partagé ; mais autrement, le fief, si les parents l'ont voulu, sera partagé, d'une façon telle que tous ceux qui ont une partie du fief déjà partagé ou à partager, fassent [le serment] de fidélité, cependant, d'une façon telle que le vassal n'est pas contraint d'avoir plusieurs seigneurs pour un seul fief ; et le seigneur, sans la volonté du vassal, ne transférera pas le fief à un autre. § 2. En outre, si le fils du vassal offense le seigneur, le père, requis par le seigneur, conduira son fils à faire satisfaction au seigneur ou séparera son fils de lui ; autrement, il sera privé du fief. Mais, si le père veut la conduite à faire satisfaction et que le fils a méprisé [de la faire], le père étant mort, il ne succède pas au fief, à moins que d'abord, il n'ait fait satisfaction au seigneur. De la même façon, le vassal la fera pour tous les gens de sa maison. Nous prescrivons aussi que, si le vassal, quant à son fief, a eu un autre vassal, et que le vassal du vassal a offensé l seigneur de son seigneur, à moins qu'il ne l'ait fait pour le service de l'autre seigneur que, sans fraude, il a eu antérieurement, il sera privé de son fief et il sera retourné au seigneur duquel lui-même le tenait, à moins qu'ayant été requis par lui, il ne se soit préparé à faire satisfaction au plus important seigneur qu'il a offensé et à moins que le vassal et, de même, le seigneur, requis par son seigneur, ne requiert que celui qui aura offensé le seigneur le plus important de faire satisfaction, il perdra son fief. En outre, si, entre deux vassaux, quant au fief, il y a une dispute, la connaissance en appartiendra au seigneur et par lui, la dispute sera terminée. Mais, si, entre le seigneur et le vassal, un litige naît, par les pairs de la cour, sous le serment de fidélité due au seigneur, il sera terminé. Nous consacrons aussi que, dans tout serment de fidélité, l'empereur sera exclu ».

« § 4. Non seulement le bien du testateur ou de l'héritier, mais aussi celui d'autrui peut être légué, d'une façon telle que l'héritier est contraint de le racheter et de le payer, ou, s'il ne peut pas le racheter, de donner son évaluation. Mais, si le bien est tel qu'il n'est pas dans le commerce de celui-ci, son estimation n'est pas due, de même que s'il a légué le Champ-de-Mars, des basiliques, des temples ou ce qui, à un usage public, a été destiné ; car le legs n'est d'aucun effet. Ce que nous avons dit, [à savoir] que le bien d'autrui pouvait être légué, doit être ainsi entendu, si le défunt savait que le bien était celui d'autrui, non s'il l'ignorait ; en effet, peut-être, s'il avait su qu'il appartenait à autrui, il ne l'aurait pas légué. Ainsi le divin [Antonin] le Pieux l'a-t-il dit dans un rescrit. Et il est plus vrai [de dire] que celui qui agit en justice, c'est-à-dire le légataire, doit prouver qu'il avait su que le défunt léguait le bien d'autrui, ne doit pas prouver que l'héritier ignorait que le bien appartenait à autrui, parce que la nécessité de prouver incombe toujours à celui qui agit en justice ».

§ 5, Extrait du livre III de Paul : *« Dans les testaments, les volontés de ceux qui testent, nous les interprétons plus pleinement ».*

même par un mariage subséquent les succession aux fiefs, voir Daniel von Clasen, *Exercitatio juridica de jure legitimationis*, concl. 11, p. 79. Mais Speidel, *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. II, lettre L, p. 247 à la fin, défend tout à fait le contraire avec toute la troupe des jurisconsultes selon son habitude. Mais supposons que le père a un fils de sa concubine et qu'il a épousé une autre épouse qui lui a aussi donné un fils ; ensuite, elle est morte et le père a épousé sa concubine : le bâtard est déjà légitimé par ces noces. Dans ce cas, il est débattu [de savoir] lequel sera le successeur féodal. Celui qui est né du premier mariage légal du fait que, dès qu'il est né, il en avait déjà obtenu le droit, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. V, p. 126, nb 11 ; *Trentacinque variæ resolutiones*, lib. I, resol. 11, nb 24, p. 154. Ce qui a été dit du mariage procède aussi si quelqu'un est né d'une fiancée avant la bénédiction sacerdotale, pourvu qu'il ait été pleinement consenti au mariage, du fait que cette cérémonie ecclésiastique est seulement inconnue dans le droit féodal, voir Strik, *Examen juris feudalis*, cap. 15, nb 37. L'enfant légitime de cette façon jouit du droit de primogéniture, ce qui cependant, ne doit pas être étendu à l'[enfant] légitimé par un décret du prince, ou à l'[enfant] adoptif, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 81, où il examine aussi ce qu'il en sera du droit si un procès est né sur le droit de primogéniture entre deux jumeaux. Ce qui a été dit ici que l'enfant légitimé par un décret tombait de tout espoir de succession aux fiefs est vrai, à moins que le prince n'ait fait aussi expressément mention des fiefs dans ses lettres de légitimation, comme [le dit] plus longuement Bort dans ledit endroit, nb 12 et suivant et plus haut, p. 94, nb 16 et 17 ; et Voet [le dit] aussi ainsi dans sa *Digressio de feudis*, nb 66. Mais il a été demandé si le fils déjà né avant l'acquisition d'un royaume sera préféré à celui qui va naître. L'auteur l'affirme dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VIII, § XXVIII et, pour illustrer la sentence de Grotius, le grand Noest, dans son *Algemeen Staatsrecht*, à partir de l'histoire de l'Allemagne, ajoute un exemple à cet endroit, quand Henri I[er], surnommé *de Vogelvanger*, et chez les Français, *l'Oiseleur* est mort en laissant deux enfants, un litige est né quant à sa succession entre Otton, le fils aîné, et son frère Henri né alors que le père était déjà maître de la dignité impériale, mais il l'avait repoussée.]

[**Sur la note 1022 de Groenewegen van der Made**

Les États de Hollande, par le placard du 11 janvier 1759, ont établi que, dans les privilèges (*Octroïen*) avec lesquels la possibilité de tester des fiefs est accordée avec une clause de substitution, les termes *na het overlyden van den suppliant of suppliante* - "après la mort du suppliant ou de la suppliante" devaient être entendus comme si on lisait *na het overlydent van dezelve gebeneficeerde of beneficeerdens* - "après la mort de la bénéficiaire elle-même ou du bénéficiaire lui-même".]

[**Sur la note 1023 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que, la faveur n'en ayant pas été obtenue du seigneur direct, la confection d'un testament est à ce point inutile que l'héritier n'est pas même contraint de procurer la valeur d'un legs. Groenewegen est en désaccord dans sa note, parce qu'en tout cas, pour les biens allodiaux, la valeur doit être fournie et que les fiefs reçoivent en général la nature des biens allodiaux. Cependant, la sentence de l'auteur agrée plus, car ce vassal n'a certes pas légué le bien d'autrui, mais son bien propre, mais un tel bien duquel il a été destitué de pouvoir de le léguer, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 56.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CCCXCIX. Le privilège de tester des fiefs contient ordinairement aussi la possibilité de substituer une fois. Dans cette partie de la formule publiée par les États le 11 janvier 1759, les termes du privilège, déformés avec une erreur, aussi pour ce qui touche les privilèges accordés auparavant, doivent être corrigés, voir *Groot Placaet-boek*, part. VIII, p. 654.La substitutionnfaite par le moyen d'un fidéicommis en faveur des enfants que l'institué a laissés ajoute le fief au reste de la succession et fait que tous ceux qui [succèdent] au reste de la succession y succèdent, comme il aété décidé par la Cour féodale le 19 juillet 1666, chez Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, p. 90 à la fin.

CD. La disposition testamentaire quant au fief sans avoir obtenu la faveur de tester, du fait qu'elle sera viciée pour ce qui touche la forme, pas même l'estimation du fief légué n'est ainsi due.]

[229] § 3. En troisième lieu, par un TRANSFERT [1024], à partir d'un don, d'une donation à cause de noces, d'une vente, d'un échange, d'un paiement ou d'une autre cause, lequel transfert doit être fait de tous les biens féodaux devant deux vassaux [1025] en présence ou en l'absence [1026] de l'acquéreur, pourvu qu'il l'ait confirmé après la réalisation du transfert. Ce transfert ne peut pas être refusé pour les fiefs perpétuels [1027], étant bien entendu que le seigneur a le droit de retenir pour lui le fief en ayant le prix dans le cas où un certain argent est promis pour cela [1028] ; mais le seigneur n'est pas tenu d'autoriser un transfert de justes fiefs, si ce n'est par faveur.

[**Note de Willem Schorer**

[1024] (Note de Groenewegen) Voyez ici Sande, *De prohibitione rerum alienarendarum*, part. I, cap. 5, nb 13-14 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 64, sans que soit nécessaire pour cela la e consentement des plus proches parents, pour lequel le fief aurait pu être dévolu dans le temps et depuis peu, dans le cas où il n'avait pas été vendu, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Libri feudorum*, I, tit. v [*De quelles façons le fief est perdu*] ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e partie, part. III, avis 100. Ceci est différent des lois écrites, voir *Libri feudorum*, II, tit. lv au début et tit. xxxix.

« Titre LV. De l'interdiction de l'aliénation du fief par l'empereur Frédéric : Il convient que l'habileté impériale administre ainsi le soin de la République et inspecte les avantages des sujets, afin que l'utilité du royaume reste sans corruption et que le statut de chacun soit sans interruption conservé sans dommage. Pour cette raison, tandis qu'à partir de l'usage de nos prédécesseurs de toute la cour de Ronchalia, à la faveur d'un tribunal, nous siégions, par les princes italiens, tant gouverneurs des églises que les autres fidèles du royaume, nous avions reçu des plaintes non petites, parce qu'ils avaient obligé en gage les bénéfices de ceux-ci et les fiefs que les vassaux conservaient de ceux-ci sans la permission des seigneurs et qu'avec une certaine entente frauduleuse, avec le nom d'une pétition, ils les avaient vendus, d'où ils perdaient les services dus, l'honneur de l'empire et le complément de notre heureuse expédition en étaient amoindris ; (…) ».

« Titre XXXIX. De l'aliénation du fief paternel : L'aliénation du fief paternel n'est pas valide même avec la volonté du seigneur, si ce n'est avec le consentement des parents agnatiques auxquels le bénéfice sera parfois retourné ; à une fille, un vassal ne pourra confirmer le fief, les parents agnatiques n'y ayant pas consenti ou, par la suite, ne l'ayant pas confirmé ; et, bien que soit interdite l'aliénation du bénéfice entre les parents agnatiques, cependant, s'il était paternel, elle serait accordée ; et, si l'un a fait une pétition à un autre quant au fief paternel, ce n'est pas une pétition, mais comme un refus.

Si, entre le seigneur et le vassal, quant au bénéfice, il y a eu une dispute, en présence des pairs, elle sera terminée. Mais, quand le vassal dit d'abord que, de son juste fief, il doit être investi par le seigneur, si, certes, sans dispute quant à un autre, le vassal se trouve, indubitablement, du premier, il doit être investi ; et, par la suite, il doit être connu ce que sera son juste fief ou ce qu'il ne sera pas. Mais, s'il ne tient rien d'autre de celui-ci pour un bénéfice, à moins qu'il n'y ait une dispute quant à celui-ci, alors, toute la cause doit être d'abord débattue et ainsi, on doit voir si, par la suite, il devra être investi.

La coutume de Milan n'est pas que, quant à la félonie ou à l'infidélité, un combat soit fait, bien que cela soit contraire à ce que prescrit la loi des Lombards [qui dit] que, quant à l'infidélité, un combat sera fait.

Si, par la mort, le vassal a pu libérer le seigneur et qu'il ne l'a pas fait, du bénéfice, il sera privé ; mais, bien qu'il ait pu faire en sorte que le seigneur ne soit pas, dans une faute, précipité, comme un parjure, cependant, du fief, il ne devra pas être privé ».

[1025] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. xxxii. Voir l'Édit du 9 mai 1529.

« Titre XXXII. Les témoins qui sont nécessaires pour prouver une nouvelle investiture : Que le seigneur soit un clerc ou un laïc, pour prouver une nouvelle investiture, toujours, les pairs de la cour sont nécessaires ; et, si, sans ceux-ci, a été faire l'investiture, même si le seigneur ne confesse pas qu'elle a été faite, parce que, cependant, sans cette solennité, elle a été faite, elle n'est pas valide, aussi, si elle peut être prouvée par un bref témoignage. Mais, si d'autres prouvent contre et si le seigneur confesse qu'elle a été faite, en venant, par la suite, à la solennité de la coutume, il ne sera pas entendu ; mais une telle chose sera tenue comme si les pairs étaient présents ; mais les autres, même si cela peut être prouvé par un bref témoignage, comme [le disent] Obertus et Gerardus, à moins que, par les pairs de la cour, cela n'ait été confirmé. Cependant, les consuls de Milan, sur certaines choses, ont répondu tout le contraire, ce sur quoi presque tous les Milanais ont consenti et consentent que le bref témoignage confirmé non par les pairs, mais par d'autres, suffit pour prouver la nouvelle investiture. Je dis la nouvelle investiture, quand le fief est en primer demandé. Mais, quant au bénéfice d'une ancienne investiture qui est faite par le successeur du seigneur ou par le vassal au successeur, aussi, les étrangers sont reçus au témoignage, en dehors des femmes selon l'usage des Milanais. En effet, celles-ci, dans les causes de fiefs ni des autres choses, ne sont pas reçues au témoignage ; mais les autres sont reçus pour tout ce qui regarde les causes d'un fief, excepté quant à une nouvelle investiture ».

[1026] (Note de l'éditeur) Voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 185, nb 69, 71-72.

[1027] (Note de l'éditeur) Voir Nicolas Boyer sur la coutume de Bourges, tit. 4, art. 1 ; Bugnon, *Des lois abrogées*, liv. IV, sat. 70 aux mots *liberam alienandi facultatem* ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 268, nb 6 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 110.

[1028] (Note de l'éditeur) Voyez ci-après liv. III, chap. XVI, § 5, note 342**.**

Mais, des justes fiefs. Nous avons déjà expliqué plus haut cette distinction que fait ici l'auteur dans le chapitre précédent, § 34, sur la note 983, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 96. Il faut observer qu'il a été introduit dans différentes régions que les vassaux, avec un acte quelconque entre vifs, peuvent aliéner les fiefs sans en avoir obtenu la faveur su seigneur direct ou de les aliéner aux agnats, pourvu qu'ils paient les lods ; ce qui triomphe pour les fiefs héréditaires, communément [appelés] *onsterflyke leenen* - "fiefs perpétuels" ; c'est toutefois le contraire pour les fiefs justes, comme [le dit] ici l'auteur. En Flandre, le consentement du seigneur est aussi requis, même à raison des fiefs situés sous la domination des États Généraux ; ce qui est aussi observé dans le diocèse d'Utrecht et dans le duché de Gueldre, bien qu'un tel consentement ne soit ordinairement pas refusé au vassal dans ces endroits, à moins qu'une très juste cause ne soit refusée au seigneur, voir Voet, *Digressio de feudis*, nb 95 et 96. Du reste, il faut relever qu'en Flandre autrichienne, le consentement des agnats est requis, bien que le seigneur ait consenti, voir de Clerk sur Wieland, tit. 153, nb 1. Cependant, cela a été permis aujourd'hui dans ces différents statuts des places, la nécessité y pressant, aussi pour les fiefs qui sont déjà passés, communément *gestruikte leenen* - "fiefs plantés", voir de même, nb 4. En effet, la nécessité n'a pas de loi et j'ai déjà relevé ci-dessus, chap. XX, § 11, sur la note 468, qu'à raison de celle-ci, l'aliénation de bien sujets à un fidéicommis était licite, ce qui, à raison de la faim et de la privation de nourriture, est interdit au vassal sans le consentement préalable du seigneur sous la peine de confiscation, nb 3 et 3. Il indique cependant ici, nb 5, les différents statuts des places dans lesquelles le vassal peut aliéner selon son plaisir le fief ; mais voyez le même auteur sur le tit. 168, p. 331, [qui explique] quelle nécessité est requise et comment elle est prouvée. Toutefois, les fiefs nouvellement obtenus sont à la libre disposition, voir de Clerk, obs. 2, sur ledit titre 153, p. 303.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDI. Entre l'acquisition d'un bien allodial et d'un fief [faite] par une cessio,n en justice entre vifs, la différence est remarquable, que vous receviez la manière ou l'effet. La première est faite avec ladéclaration du seigneur faite devant le juge et transfère immédiatement la propriété ; la seconde requiert la réfution du fief faite au seigneur en faveur d'autrui et ne transfère pas le domaine utile, à moins que l'acvheteur ou une autre successeur n'ait été investi par le seigneur. La réfution du fief n'ayant pas été faite, celui qui aliène reste encore vassal, voir Nieuwstadt, *Observationes feudales*, dec. 6, obs. 3, p.154. Cependant, à partir de la récente loi du 7 mai 1799, l'aliénation des fiefs faite entre vifs devant le juge ordinaire qui rendra la Cour féodale plus sûre de l'aliénation faite, est valide.]

§ 4. Les parents n'ont aucun droit de retrait, si ce n'est dans la place ou le retrait des biens allodiaux se produit [1029].

[**Note de Willem Schorert sur la note 1029 de Groenewegen van der Made**

Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, est en désaccord avec l'auteur et admet partout le retrait féodal, comme [nous le verrons] ci-dessous plus longuement, liv. III, chap. XVI, sur la note 626.]

§ 5. On ne peut aussi charger aucun fief avec des rentes, des donations matrimoniales, d'un hypothèque ou d'un usufruit autrement que devant le seigneur ou son lieutenant et ses vassaux ; et alors, une telle rente, donation nuptiale ou usufruit reçus en fief et de ceux-ci, les droits de lods et les droits de cour sont payés comme [étant] du fief ; la charge **[230]** des biens féodaux qui est autrement faite est sans force [1030].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

[1029] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 32, nb 20 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 368, nb 13, decis. 387, nb 5.

[1030] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 26 ; la ci-devant dite lettre de la Cour féodale imprimée avec les ci-devant dits *Notable pointen van leenen* ; Nicolas Boyer sur la coutume de Bourges, tit. 4, art. 4.

CDII. Un revenu annuel ne peut pas être imposé à un fief, à moins que l'acheteur ne soit investi de ce fief par le seigneur en tant [que vassal] ; le fief peut être simplement obligé en hypothèque, en douaire, en usufruit à patir de la confirmation du seigneur, sans y ajouter l'investiture (*Notable poincten van leenen*, art. 7 et 12) ; la raison du droit demanderait que, pour l'établissement d'une emphytéose sur le fief, l'investiture soit requise.]

§ 6. Parce qu'un contrat sans transfert ne donne aucun droit au fief [1031], ainsi, un fief qui est acheté et n'est pas livré doit venir au successeur du fief, sauf, pour l'acheteur, son recours contre les héritiers pour acquérir ce qui lui avait importé que la livraison fût faite [1032]. Mais, si le successeur du fief est aussi héritier, ainsi, il doit accomplir la promesse du défunt, étant sauf son droit d'acquérir une compensation des cohéritiers pour leur part de la succession [1033].

§ 7. En quatrième lieu, un fief est acquis par une *succession ab intestat* come dit ci-dessus ; et, bien que le fils de quelqu'un, une fille ou une autre personne, n'étant pas héritier par un trépas sur des biens allodiaux [1034], puisse bien être héritier pour des biens féodaux ou qu'aussi, il puisse aller à la succession des biens féodaux, si celle-ci venait à lui ; cependant, dans le cas où les créanciers du défunt ne pouvaient pas acquérir à partir des biens allodiaux, ainsi, ils peuvent en premier lieu faire une exécution sur les fruits du fief et, ceux-ci n'existant pas, sur le bien féodal lui-même [1035], à savoir dans le cas où, pendant la vie du défunt, une action en justice est faite sur le bien féodal et autrement, non, mais ils viennent libres au successeur du fief [1036] ; et, dans le cas om personne des parents du successeur du fief **[231]** ne veut être [héritier], ainsi, le curateur des biens abandonnés peut prendre l'investiture et acheter le bien féodal au profit des créanciers [1037].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1035 de Groenewegen van der Made**

Sur la note 983, chapitre XLI, § 34, nous avons relevé que cela était vrai pour les fiefs héréditaires ; mais, pour les fiefs justes, cela procède seulement pour la perception des fruits durant la vie du vassal.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

[1031] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 20 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 3, nb 1, et decis. 64, nb 20.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Martialis et donnée en 293 : *« Avec des traditions et des usucapions, les propriétés des biens sont transférées, non avec des pactes nus ».*

[1032] (Note de Groenewegen) Voyez ici Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VII, cap. 14.

[1033] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Observationes feudistæ*, 5 et *De feudorum successione*, cap. 5, nb 60 avec le suivant ; voyez en outre Cooren, *Observationes*, obs. 8 et ci-après, liv. III, chap. III, § 2, note 166.

[1034] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu lorsqu'un tiers arrive à a succession des biens allodiaux, voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 4, nb 14. Mais, une telle chose de se produisant pas, un fils, étant héritier des biens féodaux, est aussi tenu d'arriver aux biens allodiaux, au moins sou un bénéfice d'inventaire, à moins qu'il ne fût clair et connu que le défunt avait laissé plus de dettes que de biens, voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 3 à la fin et cap. 6, nb 6. Voyez les *Libri feudorum*, II, tit. xlv.

« Titre XLV. Si un agnat ou un fils peut retenir le fief du défunt, la succession ayant été refusée : S'il est arrivé qu'un vassal meure sans descendance, l'agnat auquel revient toute la succession, une fois refusée la succession, pourra retenir le fief s'il était paternel ; quant à la dette héréditaire, il est contraint de ne pas payer quelque chose au titre du fief, mais, dans les fruits, s'il en a laissé, (selon ce que nous avons dit ci-dessus) on considérera que, quant à ceux-ci, la dette est payée au moment où il est mort. Mais, quand il laisse un fils, celui-ci ne peut lui-même refuser la succession sans le bénéfice ; mais, il retiendra les deux ou il refusera les deux ; celui-ci ayant été refusé, aux agnats, s'il est paternel, il reviendra ; et, bien qu'il ne puisse pas retenir l'un sans l'autre, cependant, avec le consentement des agnats, le seigneur, s'il l'a voulu, comme d'un nouveau bénéfice, l'investir ; ceci étant fait, il lui sera permis, la succession ayant été refusée, de tenir le fief, nulle charge héréditaire ne le menaçant ».

[1035] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction de la Cour de Hollande, art. 180.

[1036] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 3, nb 11, cap. 4, nb 14, cap. 6, nb 6 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 95.

[1037] (Note de Groenewegen) Voyez les *Notable pointen van leenen*, art. 27.

CDIII. Le fief ancien qui vient à quelqu'un ab intestat n'est pas compris sous le reste de la succession et il n'est pas imputé à la légitime laissée au fils et, au contraire, dans le calcul de la légitime, il augmente le patrimoine des autres enfants.

CDIV. De cette nature du fief, il s'ensuit que non seulement le parent consanguin, mais aussi le fils successeur du fief et en même temps, héritier des biens allodiaux, reconnaît le fief et peut repousser le reste de la succession. Mais la très juste loi hollandaise du 21 mars 1681 qui, dans le cas où le défunt n'a pas été condamné à raison des dettes, a permis qu'à la faveur de la dette du défunt qui ne peut pas être payée à partir des biens allodiaux, aussi les fiefs, en secours, soient pris en gage et vendus, a réduit la conséquence injuste de ce droit strict. Cette loi est considérée devoir être entendue quant aux fiefs justes.]

§ 8. Le fief étant dévolu à un parent, les fruits reçus restent toutefois chez l'héritier des biens allodiaux et pour la moitié, à l'époux, dans le cas où, entre les époux, il y a eu une communauté des fruits. Parmi ces fruits, sont aussi tenus les agrandissements qui sont endigués ; car on ne tient pas pour un fruit les agrandissements non endigués, mais pour une conséquence du fief [1038].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDV. Avec la prescription d'un tiers de siècle, le domaine direct et utile du fief peut être acquis sur le bien allodial d'autrui accordé ou reçu en fief. Avec une semblable prescription, le vassal faussement investi qui possède le fief peut repousser le véritable successeur féodal, voir les décisions de la Cour du 31 juillet 1643 et de la Cour Suprême du 20 mars 1655 chez Bort, p. 103. En Zélande, la prescription de vingt ou trente ans a été aussi reçue, voir la thèse CCIX.]

*

Chapitre XLIII
Comment est perdu un fief [1039]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDVI. Le fief et ou éteint, §§ 1, 2, 4 et 5, ou perdu, §§ 6 et 7, soirt par le sei !gneur, §§ 4 et 5, soit pâr le vassal, §§ 2, 6 et 7, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 38, *Digressio de feudis*, nb 111.]

[1038] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 26 ; Bort, *Van't versterf van de Hollandsche leenen*, part. XII.

[1039] (Note de l'éditeur) Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Libri feudorum*, I, tit. v *(De quelles façons le fief est perdu).*

« Titre V. De quelles façons le fief est perdu : parce qu'il a été dit ci-dessus de quelle façon le fief s'acquérait et se conservait, voyons maintenant comment il se perd. En effet, si le seigneur a un combat de plaine et que le vassal le quitte mourant durant le combat lui-même, non mort, ni blessé à mort, il doit perdre son fief. De même, si le fidèle a cocufié son seigneur, c'est-à-dire a couché avec sa femme, s'est préparé à le cocufier, ou a joué de façon honteuse avec elle, ou a couché avec sa fille, sa petite-fille née de son fils, ou celle qui a été mariée à son fils, ou avec la sœur du seigneur, s'il reste dans la demeure du seigneur, il perdra son fief. Semblablement, s'il a assailli son seigneur, ou le château de son seigneur, sachant que le seigneur, ou la maîtresse, s'y trouvait. De même, s'il a tué son frère, ou son neveu, c'est-à-dire le fils de son frère. S'il a, au titre d'un contrat, donné en fief plus de la moitié, ou obligé à la faveur d'un gage, plus de la moitié, d'une façon telle qu'il permette que l'on transige, ou qu'il a fait cela par dol, il sera châtié de la perte de son fief. Dans tous ces cas, le fief est retourné au seigneur. De nouveau, si le fidèle a donné moins de la moitié au titre d'un contrat et décède sans héritier, le fief revient au seigneur, après qu'il l'a donné pour un contrat, ou obligé en gage et qu'il l'ait refusé au seigneur ; alors celui qui l'a reçu de lui ne pourra se défendre par aucun droit contre le seigneur. 1 - En outre, si celui, auquel le fief doit revenir légalement par héritage, a consenti d'investir ceux auxquels il n'appartient pas selon la droite coutume, il n'a en aucune manière droit de réclamation d'un retour à lui. De même, s'il y avait deux frères et que l'un ait reçu l'investiture du fief, si, par la suite, il partage avec son frère le fief et que celui qui reçoit la partie du fief en ait vendu par la suite plus de la moitié, qu'il décède sans héritier légal, le fief fait retour au seigneur. De même, si quelqu'un a un fief sur le domaine de son seigneur, il ne pourra donner ce même fief pour quelque partie au titre d'un contrat sans le consentement de son seigneur, ou l'obliger en gage. Semblablement, s'il est détenu en dehors du domaine et que le seigneur ait le pouvoir judiciaire, ou un autre honneur, s'il l'aliène sans sa volonté, il retourne légalement au seigneur ».

§ 1. Un fief est PERDU en premier lieu par un DÉFAUT DE SANG, à savoir, pour les justes fiefs, par un défaut de descendance mâle du premier inféodé [1040] sans que les femmes ou ceux qui sont issus des femmes, les parents ascendants ou les collatéraux puissent empêcher l'échéance autrement que par faveur ; pour les fiefs perpétuels par un défaut du dixième degré [1041] ou autrement, selon la teneur du don ; dans ces cas, le seigneur peut, en vertu de sa propriété réservée, mettre la main sur le bien sans débat judiciaire [1042].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1041**
Voyez ci-dessus chap. XLI, § 3, sur la note 942.]

[***Theses selectæ*** **de Dionusus Godefried van der Keessel**
CDVII. Les parents consanguins faisant défaut, l'époux ne succède pas au fief, pas même sur le territoire de la loi de l'Azing, du fait que rien n'a été changé sur la succession des fiefs avec la loi de 1599, art.14.
CDVIII. Il a été déclaré chez Bort, part. V, chap. 3, reg. 3, p. 133, et cap. 4, nb 9, p. 135, avec le témoignage de beaucoup en 1525, que, la descendance masculine du fils faisant défaut, le fief juste n'était pas déféré à l'oncle paternel survivant, bien qu'il descende au premier vassal à partir du grand-père lui-même, mais il est ouvert au seigneur.]

[232] § 2. En second lieu, par une INFIDÉLITÉ ou un OUTRAGE du vassal [1043] qui doit d'abord être connu par les autres vassaux et le seigneur ne peut pas tenir le bien sans un jugement [1044].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1042 [du § 1] et 1043 [du § 2]**
Se trouvant un cas dans lequel le fief revient au seigneur, il peut en prendre possession avec son autorité privée, de la même façon avec laquelle le successeur féodal, le vassal étant mort, peut saisir la possession. Mais, si quelqu'un, en tant que successeur féodal, a déjà saisi le fief, qu'il ait bien ou mal agi, il n'est pas permis au seigneur de le chasser de sa propre autorité, mais il est tenu d'aller trouver le juge pour qu'il connaisse [ce qu'il y a] entre lui et le vassal, du fait que ne doit pas être accordé à chacun ce qui est permis au magistrat fortifié de l'autorité publique, afin qu'il n'y ait pas l'occasion d'un trouble plus important, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 176. Il a ainsi semblé à Charls Quint que toute manière illégale de procéder entre le seigneur et le vassal serait évitée, voir dans ce qui est mis dans l'introduction de l'*Instruction de la Cour féodale de Zélande* du 20 mars 1519. Ce qui aété aussi disposé expressément dans le statut de la comtesse Maria de Hollande du 14 mars 1467 accordé aux Hollandais, aux Zélandais et aux Frisons, voir Bort, *Tractaet van het Hollandsch leenrecht*, part. VII, tit. 2, cchap. 3, pour moi p. 317, et cela a été de nouveau confirmé à l'égard des Zélandais par le comte Philippe en 1495.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDIX. Un fief ayant été offert, qu'il soit ouvert comme héréditaire à raison du défaut de sang ou confisqué à raison d'une félonie, le seigneur, quant à la dette que le vassal a contractée, à partir de l'intention du droit nouveau et de l'équité, est tenu en secours dans la mesure où elle peut être payée à partir du bien féodal, comme il a été répondu le 31 janvier 1637, voir chez Bort, part. VII,

[1040] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 3, nb 6. Voyez ci-dessus, chap. XXX, § 1, dans la note 749.
[1041] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. 5, nb 77 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Libri feudorum*, I, tit. i [*De ceux qui peuvent donner un fief et qui ne le peuvent pas, comment il est acquis et conservé*], § 4 ; Bort, *Van't versterf van Hollandsche leenen*, part. XII ; voyez ci-dessus le chap. XXX, § 1, note 749.
[1042] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 9.
[1043] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, I, v ; voyez en outre Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 73, 74, 75 et 76.
Le passage en question des *Libri feudorum* a été proposé plus haut dans la note 1039
[1044] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 8 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 77 ; Goudelin, *De jure feudorum*, part. V, cap. 3, nb 2 et suivants.

tit. 2, chap. 4, nb 26, p.323, et le 2 décembre 1637, voir *Hollandsche consilien*, part. III, 2e st., cons. 10 ; et est effectif l'argument de la loi hollandaise du 21 mars 1686 dont [il a été parlé] dans la thèse CDIV ; il n'est pas clair [de savoir] si l'on doit le dire de même quant au fief juste, cf. *Hollandsche consilien* dans ledit endroit.

CDX. Dans les deux cas, à savoir de l'ouverture ou de la confiscation, le seigneur est tenu de rendre au vassal ou à son héritier les améliorations faites sur le bien féodal.]

§ 3. Quand le seigneur qui était outragé n'a fait au vassal durant sa vie aucune querelle sur le fief, ainsi, le successeur du seigneur ne peut pas faire une telle chose. Une mauvaise demande [d'investiture] malséante n'est aussi pas tenue pour un outrage sans autres circonstances, comme l'est une sommation judiciaire [1045] ; mais, par un certain autre délit qui ne touche pas le seigneur du fief, les biens féodaux qui meuvent du comté ne sont pas confisqués, bien que tous les biens étaient été déclarés échoir à raison de ce délit [1046].

[**Note de Willem Schorer**

Quand le seigneur. Ce que l'auteur signale ici quant au droit féodal triomphe aussi pour l'emphytéose, comme nous l'avons relevé sur le chapitre XL.]

[1045] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis* …, cap. ultimum, nb 6 ; voyez ci-devant le chap. XLI, § 48, note 1002**.**

[1046] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, xxxvii ; II, xxiv, § 2 à la fin ; privilège de l'impératrice Margriet donné à Delft le mardi avant Pentecôte 1326, art. 14. Voyez Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. I, decis. 300.

« Titre XXXVII. De la conservation de la paix et de ses violateurs : Frédéric, par la grâce de Dieu, empereur romain, toujours auguste, aux évêques, aux ducs, aux comtes, aux marquis et à tous ceux auxquels ces lettres parviendront, donne sa grâce, sa paix et son affection. Parce que, la clémence divine l'ayant réglé d'avance, nous montons le trône de la majesté royale, il est digne que nous soyons supérieur à la charge de celui-ci et que nous lui obéissions totalement dans l'ouvrage. De là, il y a que nous, désirant que les lois tant divines qu'humaines restent dans leur force et glorifier les églises ou les personnes ecclésiastiques, ayant l'intention de les défendre de l'attaque et de l'invasion de n'importe qui, aux personnes quelconques, nous voulons conserver leur droit, à travers toutes les parties du royaume, nous déclarons publiquement que la paix longtemps désirée et, auparavant, à toute la terre, nécessaire doit être tenue. Mais, comment cette même paix devra être tenue et observée, dans ce qui suit, sera déclaré clairement. Si un homme a tué une personne établie dans la paix, il subira la sentence capitale, à moins que, par un duel, un ne puisse prouver que, pour défendre sa vie, il a tué celui-ci. Mais, si, à tous, il est clair que, non nécessairement, mais volontairement, il l'a tué, alors, , ni par un duel, ni par n'importe quel autre moyen, il ne sera excusé, mieux, avec une sentence capitale, il sera condamné. Mais, si le violateur de la paix a fui la face du juge, ses biens meubles seront, par le juge, pour le peuple, confisqués et distribués ; mais ses héritiers recevront la succession que lui-même tenait, une telle condition étant intervenue, [à savoir] que, par un serment, ils promettent que ce violateur de la paix, jamais, du reste, avec leur volonté ou leur consentement, ne recevra de là quelque rétribution. Si les héritiers, ayant par la suite négligé la rigueur du droit, lui ont abandonné la succession, le comte assignera cette même succession à l'autorité royale et, de la loi royale, ils recevront le bénéfice. Si quelqu'un, durant l'édit de paix, a blessé une autre personne, à moins que, dans u, duel et pour défendre sa vie, il ne l'ait fait et l'a prouvé, la main lui sera amputée et, comme il a été dit plus haut, il sera jugé ; le juge, dans la cause, le poursuivra lui et ses biens selon la rigueur de la justice plus strictement. Si quelqu'un a pris quelqu'un et, sans effusion de sang, avec des fouets, l'a fouetté, a arraché ses cheveux ou sa barbe, il paiera, par le biais d'une composition, dix livres à celui auquel l'injure est considérée avoir été portée, et, au juge, il paiera vingt livres. Mais, si, un téméraire, sans frapper, l'envahit, en ce que, communément, il est dit "cisteros" et avec une chaude main et qu'avec des verges et des outrages, il l'a maltraité, pour un tel excès, il composera cinq livres et au juge, pour un tel excès, il paiera dix livres. Quiconque aura en envahi, pour son excès, [paiera] vingt livres et il lui livrera son bien-fonds à la faveur d'un gage et acquittera l'argent de l'invasion dans les quatre semaines. Si, dans les quatre semaines, il a négligé de payer son bien-fonds, ses héritiers, s'ils l'ont voulu, recevront la succession et, au comte, dans les sept semaines, paieront vingt livres. Mais, si le comte assigne cette même succession au pouvoir royal, au demandeur, il réparera le dommage et obtiendra le bien-fonds du roi selon le droit du bénéfice ».

« § 2. (…) Enfin, souvent, il a été demandé, le vassal étant tombé du fief à raison d'une juste faute, si, au seigneur ou au successeur du vassal, le bénéfice reviendra ; mais cette distinction, tant par la raison que par les usages, a été approuvée, de sorte que, si, certes, le vassal a fauté contre le seigneur d'une façon telle qu'il perde le fief, non à ses proches, mais au seigneur, le bénéfice est retourné, afin qu'il ait au moins cette vengeance de son injure. Mais, si, non contre seigneur, mais autrement, a gravement fauté ou commis quelque chose de grave, comme celui qui a tué son frère ou commis un autre grave crime (qui, sous l'appellation de parricide, est compris), il perd le fief et, non au seigneur, mais aux proches, il revient, si, cependant, le bénéfice était paternel. Si le vassal, à l'encontre de la constitution de l'empereur Lothaire de bonne mémoire, a aliéné le bénéfice, parce qu'il est considéré mépriser le seigneur, au seigneur, le bénéfice reviendra ; il a en effet été écrit qu'il reconnaît qu'il sera privé du prix ».

[**Sur la note 1046 de Groenewegen van der Made**

Si le vassal abuse de sa juridiction au préjudice des sujets, on considère que celui-ci doit être privé de l'exercice de la juridicrion et Rodenburg, *De jure, quod oritur e diversitate variorum statutorum*, tit. 2, cap. 5, nb 17, p. 102, atteste que cela a été plus souvent jugé en France.]

§ 4. En troisième lieu, par la CONFUSION des droits, comme par exemple quand le vassal acquiert la propriété ; cela peut être fait ainsi par d'autres approches comme par l'infidélité du seigneur ; car, puisque l'obligation est réciproque entre un seigneur et un vassal et que le seigneur doit aussi bien à son vassal une protection et une défense, comme le vassale est tenu d'un service envers son seigneur [1047], ainsi, le seigneur, par une notable infidélité, avec la connaissance des vassaux, peut-il perdre son fief qui, alors, échoit au vassal [1048].

[**Note de Willem Schiorer sur la note 1048 de Groenewegen van der Made**

[Il n'y a], selon l'auteur, aucun doute qu'entre le seigneur direct et le vassal, le contrat reste obligatoire de part et d'autre ; de là, le seigneur et le vassal commettent également une félonie à un point tel qu'en ne fournissant pas ce qui est de l'intérêt [du seigneur], le seigneur sera libéré, voir Strik, *De jure feudali*, lib. I, cap. 18, nb 3, et ainsi, à raison de l'investiture refusée sans cause au vassal, Radelant, *Decisiones Trajectinæ*, decis. 17, nb 223, signale que le seigneur est privé de la seigneurie directe et qu'il est aussi tenu quant à l'éviction et à ce qui est de l'intérêt [du vassal], voir Carpzov, *Responsa electa*, lib. VI, tit. 8, resp. 74, nb 11.]

§ 5. Un seigneur peut aussi accorder à son vassal qu'il possède le fief comme un alleu ou un libre bien en propriété [1049], sans que les parents du vassal puissent empêcher une telle chose.

[1047] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, vi.

« Titre VI. De la forme de la fidélité : Dans une lettre de l'évêque Philibert, [que l'on trouve] dans la cause XXII du Décret de Gratien, m'étant fait rappeler d'écrire quelque chose sur la forme de la fidélité, j'ai relevé pour vous ce qui suit brièvement à partir de l'autorité des livres. Celui qui jure fidélité à son seigneur, doit toujours avoir en mémoire ces six [mots] : sain et sauf, en sécurité, honorable, profitable, facile, possible. Sain et sauf, afin qu'il n'y ait pas de dommage pour le seigneur quant à son corps. En sécurité, afin qu'il n'y ait pas de dommage pour lui quant à son secret, ou ses fortifications, par lesquelles il peut se défendre. Honorable, afin qu'il n'y ait pas de dommage pour lui quant à sa justice, ou des autres choses qui sont considérées appartenir à son honorabilité. Profitable, afin qu'il n'y ait pas pour lui de dommage quant à ses possessions. Facile, ou possible, afin de ne pas lui rendre difficile le bien que son seigneur pouvait faire sans difficulté, ou de ne pas lui rendre impossible ce qui lui était possible. Il est juste que le fidèle veille à ces enseignements. Mais, parce qu'il ne suffit pas de s'abstenir du mal, si l'on ne fait pas ce qui est bien, il reste qu'il fournit pour ces six choses ci-devant dites, conseil et aide au seigneur, s'il veut être considéré digne de son bénéfice et s'être acquis de sa fidélité. Le seigneur aussi, doit rendre réciproquement à son fidèle la réciprocité pour tout cela ; s'il ne le faisait pas, il serait à juste titre jugé de mauvaise foi, comme celui qui a été arrêté en commettant, ou en consentant à leur prévarication, perfide et parjure ».

[1048] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, xlvii. Voyez en outre Grotius, *Du droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. IV

« Titre XLVII. Comment le seigneur sera privé de la propriété du fief : Je sais qu'à partir d'un fait, cela a été demandé et moi, j'ai demandé à plusieurs personnes, quand le seigneur, contre son vassal, a commis une claire félonie, si, de même que le vassal doit perdre son fief, de même, le seigneur sera privé de sa propriété. Et certes, ils disent que, pour toute félonie avec laquelle un vassal est privé de son fief, le seigneur sera privé de sa propriété. Les uns [parlent] seulement pour une grande félonie, d'autres pour aucune. Mais la première opinion m'agrée, sans tenir la distinction [de savoir] lequel sera un vassal, si c'est par le biais d'un serment ou non ».

Il ne peut être question de reprendre ici l'ensemble de ce chap. IV de Grotius qui est trop long pour une note. On se contentera donc de renvoyer à la traduction de l'ouvrage faire par P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 131-157.

[1049] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Observationes feudistæ*, obs. 1 ; en argument, *Libri feudorum*, II, xliv, § 2.

« Titre XLIV. Quelle est le droit, si, après l'aliénation du fief, le vassal l'a recouvré : (…) Assurément, si, avec la volonté du seigneur, il l'a vendu, que, par une pétition ou autrement, il l'a aliéné, si, de même, par la suite, il a recouvré le fief, il restera dans ses mains non selon de droit du bénéfice, mais selon un droit propre, selon le droit de la pétition ou autrement, suivant ce que, de même, il a recouvré, pourvu que tu saches que, si, sur la pétition, avec la volonté du seigneur, il l'a donné, puisqu'à la faveur de la pétition, il lui est donné peut-être chaque année, celui-ci, selon le droit du fief, sera jugé. Mais ce que, par la pétition, il a transféré et par la suite, recouvré, à la faveur d'un bénéfice, il ne le tiendra pas, mais comme pour le bien d'un autre donné par le biais de la pétition, même s'il a refusé le fief au seigneur, la pétition le retiendra ».

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXI. Il a été interdit par le décret du 25 juin 1619 de convertir les fiefs justes de Hollande en fiefs héréditauires ou en biens allodiaux, mais les fiefs héréditaires ne peuvent pas être libérés du lien féodal si ce n'est en payant le tiers du prix, voir ledit décret. Par la suite, il a été statué le 12 mars 1722 que ceux qui tiendront de États de Hollande des fiefs auxquels une juridiction n'est pas attachée, peuvent les délier du lien féodal en fournissant le dixième de la juste valeur. Cependant, cette loi ne semble pas regarder les fiefs justes. Bien que cette question soit en général maintenant oiseuse, du fait que [cela est dit] dans la lettre de la Cour dont la thèse CCCLXXXVI [fait mention], maintenant, plus aucun fief juste n'est réputé se trouver en Hollande. Dans la dernière loi hollandaise du 4 octobre 1797, le lien féodal peut être racheté même par ceux qui ont négligé de demander l'investiture à la faveur du vingtième du prix.]

§ 6. En quatrième lieu, par une PRESCRIPTION d'un tiers **[233]** de siècle. Car que cela ait lieu aussi pour les biens féodaux est entendu par la Cour féodale [1050].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXII.La sentence commune est qu'avec une prescription d'un tiers de siècle, ni le seigneur ni le vassal ne peuvent acquérir la liberation du lien féodal, [sentence] que les États de Hollande semblent avoir approuvée dans l'édit du 8 décembre 1662. Cependant, cette règle est limitée : 1°. Si le vassal, pour la raison qu'il soutient clairement que le bien n'est pas féodal, a refusé l'obéissance envers le seigneur. 2°. Si le seigneur lui a refusé son devoir. 3°. Si le seigneur n'a pas intenté une action juridiciaire à raison de la confiscation du fief. 4°. Si le fief a été aliéné à un possesseur de bonne foi à la faveur d'un bien allodial. Dans ces cas, la prescription d'un tiers de siècle sécurise le possesseur.]

§ 7. En cinquième lieu, par un TRANSFERT [1051].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXIII. La raison enseigne que le vassal, même contre le gré du seigneur, peut libérer le fief en réfutant qu'il est lié par le lien du fief, principalement après la cessation du service militaire.]

§ 8. Un tuteur ne peut, ni par un délit, ni par une négligence, ni par une prescription, ni par un transfert, perdre le fief de son pupille [1052] ou l'aliéner comme cela est entendu par les empereurs de l'empire romain en 1278 dans l'affaire de Floris, comte de Hollande.

[1050] (Note de Groenewegen) Voir en outre Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 294 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 [*De la prescription de trente ou quarante ans*].

[1051] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le chap. XLII, § 7.

[1052] (Note de Groenewegen) Voir en argument *Libri feudorum*, IV, tit. lxxxviii ; C. 9, 47, 12 ; D. 34, 9, 22.

« Titre LXXXVIII. La faute d'un des cohéritiers, aux autres, ne porte pas préjudice : Lorsque le fief héréditaire, à l'un des cohéritiers, par sa propre faute, est enlevé par les pairs par le biais d'un jugement, aux autres, cela ne prote pas préjudice. Mais cela est entendu d'une façon telle que, celui-ci étant vivant ou ses héritiers, le fief, aux autres, n'est pas entendu venir ».

Constitution de Dioclétien et Maximien, au consistoire, ont dit (sans date) : *« Les fils des décurions ne doivent pas, aux bêtes, être soumis.* Quand, par le peuple, il y a eut une exclamation, de nouveau, ils ont dit : *les voix vaines du peuple ne doivent pas être écoutées ; en effet, en leurs voix, il ne faut pas croire quand ils auraient souhaité qu'un coupable soit absous d'un crime ou qu'un innocent soit condamné ».*

Extrait du livre V des *Discussions* de Tryphoninus : *« Le tuteur qui, au nom de son pupille, a dit que le testament [était] faux ou contraire aux devoirs ne perd pas ses legs, s'il ne les a pas obtenus, avec la meilleure raison, il est défendu et, s'il a accusé l'affranchi du père de son pupille d'un crime capital, il n'est pas repoussé de la possession des biens à l'encontre des tablettes [du testament], parce que la nécessité de son office et la foi du tuteur doit être excusée. Personne, avec la fausse accusation des juges, ne notera d'infamie le tuteur qui, non avec ses propres différends, a intenté une accusation sous le nom du pupille, mais la mère du pupille, peut-être, l'y contraignant ou à l'instigation des affranchis du père. Et, si le tuteur a poursuivi en justice quelque débiteur au nom du pupille et, pour cette raison, ne l'a pas poursuivi, parce que, dans l'intervalle, à la puberté, le pupille est arrivé, il ne faut pas qu'il soit dit être tombé sous le coup du sénatus-consulte Turpillien. En effet, les droits ont été distingués, bien que plusieurs, sur la même personne, soient tombés, celui du tuteur et celui du légataire ; et lorsque, non avec le droit de sa propre personne, mais avec celui du pupille, il a porté l'accusation, il ne doit pas mériter une peine propre. Enfin, au pupille, ce qui a été laissé dans ce testament, à*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXIV. Du fait que les fiefs héréditaires peuvent être aliénés entre vifs, le tuteur aussi, s'y ajoutant le décret du magistrat, aliène le fief du pupille.]

*

Chapitre XLIV
Du droit d'usage [1053]

§ 1. Nous en venons aux droits utiles qui sont moindres que l'USUFRUIT.

§ 2. Ceux-ci sont des PARTIES DE L'USUFRUIT ou des DROITS PARTICULIERS.

§ 3. Les PARTIES DE L'USUFRUIT sont le DROIT D'USAGE et le DROIT DE DÎME.

§ 4. Le DROIT D'USAGE est *un droit de tirer un profit d'une chose, mais non de toutes sortes de fruits* [1054].

§ 5. Celui-ci est envisagé EN GÉNÉRAL ou avec des CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES.

§ 6. Le DROIT D'USAGE étant envisagé EN GÉNÉRAL dure pour la vie de celui auquel il est accordé [1055] et il s'étend **[234]** aussi loin que cela concerne la terre pour la tenir sans empêchement d'un propriétaire ou de ses fermiers et pour prendre les fruits, les olives, les fleurs, le foin, le bois pour un usage quotidien sans que celui-ci puisse transmettre à d'autres l'avantage pour de l'argent ou en présent [1056] ; [le droit d'usage existe] sur une maison, pour y

---

moins que, par l'empereur, cela n'ait été conservé, périt ; à ce point, celui-ci est un accusateur et celui-là, un défenseur et comme un patron. De même, Sabinus, dans ses livres Sur Vitellius, l'a écrit ».

[1053] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, II, v [*Du droit d'usage et d'habitation*], D. 7, 8 [*Du droit d'usage et d'habitation*] et D. 33, 2 [*Du droit d'usage, de l'usufruit, du revenu et du droit d'habitation donnés par un legs ou un fidéicommis*].

[1054] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, v *(Des droits d'usage et d'habitation)*, § 1.

« § 1. À savoir qu'il y a moins de droit dans l'usage que dans l'usufruit. Car celui qui a l'usage simple d'un bien-fonds est entendu n'avoir rien de plus que pour user des oliviers, des arbres fruitiers, des fleurs, du foin, des chaumes, des bois pour un usage quotidien, sur ce bien-fonds, il lui est permis de demeurer tant qu'au propriétaire du bien-fonds, il n'a pas causé un ennui et qu'à ceux par lesquels les travaux des champs sont faits, il n'est pas venu en empêchement ; à aucun autre, il ne peut vendre, louer ou céder à titre gratuit le droit qu'il a, quand celui qui a l'usufruit peut faire tout cela ».

[1055] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 8, 10 § 3 ; en argument ; D. 34, 1, 14.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - Mais il a été demandé chez les anciens si le droit d'habitation sera d'une seule année ou jusqu'à la mort ; et Rutilius dit que, tant que l'on vit, le droit d'habitation se présente, et Celsus approuve cette opinion dans le livre XVIII de ses Digestes ».*

Extrait du livre II *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« Mela dit que, si, à un jeune garçon ou à une fillette, des aliments sont laissés, jusqu'à leur puberté, ils sont dus. Mais cela n'est pas vrai ; en effet, aussi longtemps que le testateur l'a voulu, on les devra ou si n'apparaît pas ce qu'il pense, pendant tout le temps de leur vie, ils seront dus. 1 - De façon certaine, si, jusqu'à leur puberté, les aliments sont laissés, si quelqu'un a voulu suivre l'exemple des aliments qui, naguère, aux jeunes garçons et aux fillettes, étaient donnés, qu'il sache qu'Hadrien a établi dans une constitution que les jeunes garçons, jusqu'à dix-huit ans, et les fillettes, jusqu'à quatorze ans, étaient nourris et notre empereur a dit dans un rescrit que cette forme donnée par Hadrien devait être observée. Mais, quoique la puberté, généralement, ne soit pas ainsi délimitée, cependant, en considération de l'affection, sur la seule espèce des aliments, il n'est pas brutal que cette période de l'âge doive être observée. 2 - Mais, si les aliments que, de son vivant, [le testateur] a laissés, seront seulement procurés ceux qu'au moment de sa mort, il procurait ordinairement ; c'est pourquoi, si, peut-être, de façon différente, il les a procurés, sera cependant regardée la fourniture de cette période qui était proche du moment de sa mort. Qu'en est-il donc, si, lorsqu'il a testé, il procurait moins et plus, au moment de sa mort, ou le contraire ? Encore, il devra être dit que cette fourniture doit être suivie qui était la plus récente. 3 - Quelqu'un, à ses affranchis, a laissé des aliments de même que l'eau aussi par le biais d'un fidéicommis ; j'étais consulté quant au fidéicommis. Du fait que, dans cette région de l'Afrique ou, peut-être, de l'Égypte, il était exposé que l'affaire était faite, [région] où l'eau est mise en vente, je disais en conséquence que le profit appartenait au fidéicommis, que quelqu'un qui avait des citernes l'eût laissée ou non, afin qu'il y eût dans le fidéicommis autant que ce que chacun aurait acheté pour lui d'eau. Le fidéicommis n'était pas considéré sans effet, comme pour la servitude d'un bien-fonds non laissée au possesseur de la possession voisine : car [le droit] de puiser l'eau ou de mener un troupeau à l'eau est une servitude, cependant, à cette personne qui n'est pas voisine, sans effet, est laissé ; dans cette même situation, il y aura [les droits] de charroi, de presser des raisins sur ton terrain ou d'utiliser ton aire pour battre le blé et les autres légumes. En effet, cette [servitude] d'eau, à la personne, est laissée ».*

[1056] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, v*(Des droits d'usage et d'habitation)*, § 1 ; D. 7, 8, 11 et 11.

« § 1. À savoir qu'il y a moins de droit dans l'usage que dans l'usufruit. Car celui qui a l'usage simple d'un bien-fonds est entendu n'avoir rien de plus que pour user des oliviers, des arbres fruitiers, des fleurs, du foin, des chaumes, des bois pour un usage quotidien,

habiter avec sa famille et visiter les amis [1057], non pour la louer, à moins que la maison ne fût trop grande pour une famille [1058] ; [un droit d'usage existe] sur des bêtes pour faire son travail

---

sur ce bien-fonds, il lui est permis de demeurer tant qu'au propriétaire du bien-fonds, il n'a pas causé un ennui et qu'à ceux par lesquels les travaux des champs sont faits, il n'est pas venu en empêchement ; à aucun autre, il ne peut vendre, louer ou céder à titre gratuit le droit qu'il a, quand celui qui a l'usufruit peut faire tout cela ».

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« Et, sur ce bien-fonds, il lui est permis de séjourner tant que, pour le propriétaire du bien-fonds, il n'est pas importun et que, pour ceux, par le biais desquels les travaux campagnards sont faits, en empêchement, il ne se trouve pas ; et, à aucun autre, il ne peut vendre, mettre en location ou accorder à titre gratuit le droit qu'il a ».*

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais il doit avoir un plein droit d'usage, si [le droit d'usage] d'une maison de campagne et d'une maison de plaisance lui a été laissé. Clairement, il doit être plus dit que le propriétaire [peut] le vendre pour en recevoir les fruits et que, durant la période de la récolte des fruits, il doit aussi être autorisé qu'il puisse habiter dans cet endroit. 1 - En dehors du droit d'habitation qu'a celui auquel le droit d'usage a été donné, il aura aussi le droit de s'y promener et d'y apporter [quelque chose]. Sabinus et Cassius [disent] que, des bois pour son usage quotidien, du jardin, des arbres fruitiers, des légumes, des fleurs et de l'eau, il usera, non jusqu'à épuisement, mais pour son usage, à savoir non jusqu'à consommation complète ; de même Nerva ajoute que, des chaumes et des fascines aussi, il usera, mais que, des feuillages, des olives, du blé et des productions, il n'usera pas. Mais Sabinus, Cassius, Labéon et Proculus [disent] disent que, plus largement, de ce qui, sur le bien-fonds, naît, qui suffit pour sa nourriture et celle des siens, il se saisira et [aussi] de ce que Nerva a refusé ; Juventius [dit] aussi qu'avec des convives et des hôtes, il peut en user ; cette opinion me semble vraie ; en effet, contre un usager, plus largement, il faut agir en justice à la faveur de la dignité de celui auquel le droit d'usage a été laissé. Mais il en usera, comme je le pense, seulement dans la maison de campagne. Mais, pour les arbres fruitiers, les oliviers, les fleurs et les bois, il faut voir si, dans ce même endroit, il en usera seulement ou si aussi, dans une ville, cela pourra lui être apporté ; mais il est mieux [de dire] qu'il les reçoit et que, dans la ville, ils doivent lui être apportés ; en effet, leur charge n'en est pas lourde, s'ils sont en abondance sur le bien-fonds. 2 - Mais, si l'usage d'un bétail lui a été laissé, par exemple, d'un troupeau de brebis, Labéon dit que, pour le fumage [de la terre], il en usera seulement, mais que, ni de la laine, ni des agneaux, ni du lait, il n'usera ; cela, en effet, est plus dans les fruits. Plus largement aussi, je pense que, d'une petite [quantité] de lait, il usera ; en effet, ne doivent pas être aussi strictement interprétées les volontés des défunts. 3 - Mais, si l'usage d'un troupeau de bœufs est laissé, il en aura tout l'usage pour labourer et pour les autres choses, pour lesquelles les bœufs sont appropriés. 4 - L'usage d'un haras de chevaux ayant été aussi légué, il faut voir si l'on peut les dompter ou, pour le transport, en user sous un joug. Et, si, peut-être, était conducteur de char celui auquel l'usage des chevaux a été laissé, je ne pense pas que, pour des jeux de cirque, il en usera, parce qu'il est considéré comme les louer ; mais, si le testateur, sachant que ce denier est de cette disposition et de cette vie, le laisse, il est considéré aussi, quant à cet usage, avoir pensé. 5 - Si l'usage d'un service, à quelqu'un, a été laissé, à son service, il en usera, à celui de ses enfants et de son conjoint, et il ne sera pas considéré, à un autre, l'avoir accordé, si, dans le même temps, avec ceux-ci mêmes, il en use ; bien que, si, à un fils de famille, l'usage d'un esclave a été laissé ou qu'à l'esclave, au père ou au maître, il a été acquis, il réclame seulement l'usage de celui-ci même, non aussi de ceux qui, sous sa puissance, se trouvent. 6 - Mais il ne mettra pas en location les services d'un esclave en usufruit, ni, à un autre, pour en user, ne l'accordera et, ainsi, Labéon [le dit-il] ; comment, en effet, pourra-t-il, accorder à un autre les services, alors que lui-même doit en user ? De même, cependant, Labéon pense que, si quelqu'un a pris à bail un bien-fonds, un esclave en usage peut y travailler ; qu'importe-t-il, en effet, [de savoir] dans quelle affaire, du travail de ce dernier, on use ? C'est pourquoi, si l'usager a pris à bail pour préparer la laine, il pourra aussi, par le biais de servantes en usage, accomplir le travail, de même, s'il les a obtenues pour tisser des vêtements, pour fabriquer un immeuble de rapport ou un navire, il pourra, pour cela, user des services de l'esclave en usage ; n'est pas heurtée cette opinion de Sabinus [qui dit] que, l'usage d'une servante ayant été donné, pour filer de la laine, celle-ci ne doit pas être envoyée et que, de ses services, une rémunération sera prise, mais qu'il la contraint de faire pour lui la laine légalement ; en effet, est considéré le faire pour lui celui qui ne met pas en location les services de celle-ci, mais a exécuté le travail qu'il a pris à bail. De même, Octavenus l'approuve ».*

[1057] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, v *(Des droits d'usage et d'habitation)*, § 2 ; D. 7, 8, 2 § 1 et les lois suivantes.

« § 2. De même, celui qui a le droit d'usage d'une maison est entendu n'avoir de droit que jusqu'au point que lui-même y habite et il n'a pas le pouvoir de transférer à un autre ce droit ; il est à peine considéré comme reçu qu'il lui soit permis de recevoir un hôte. Et, avec son épouse et ses enfants, de même ses affranchis et aussi d'autres personnes libres dont il n'use pas moins que des esclaves, il aura le droit d'habiter et, de manière convenable, si, à la femme, le droit d'usage de la maison appartient, avec son mari, il lui sera permis d'y habiter ».

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - L'usage d'une maison a été laissé au mari ou à la femme ; si [c'est] au mari, il ne peut pas, à cet endroit, habiter seul, mais [le peut-il] aussi avec sa famille ou avec ses affranchis, telle était la question ; et Celsus a écrit que [c'est] avec ses affranchis ; il peut aussi recevoir un hôte, car, ainsi l'a-t-il écrit dans le livre XVIII de ses Digestes et Tubero approuve cette opinion. Mais je me suis rappelé que, chez Labéon, dans ses Livres posthumes, il a été traité [de savoir] si aussi, il pourra recevoir un locataire et Labéon dit que celui qui, lui-même, y habite peut recevoir un locataire ; de même, des hôtes, ses affranchis … »*

Extrait du livre III *Sur Vitellius* de Paul : *« … et ses clients ; … »*

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« … du reste, ceux qui, sans lui, ne peuvent certes y habiter. Mais Proculus relève, quant au locataire, que n'est pas appelé de bonne façon un locataire celui qui habite avec lui. Suivant cela, s'il perçoit un loyer, pendant que lui-même aussi y habite, cela ne devra pas lui être funeste ; qu'en est-il, en effet, si l'usage d'une maison si spacieuse a été laissé à un homme ordinaire, de sorte que, d'une petite partie, il se contente ? Mais, avec ceux qu'à la place d'esclaves, il a pour son*

avec elles, en employer le fumier et le lait en entretien, non pour profiter de la laine ou du petit [1059].

§ 7. Mais, à partir de CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES, le DROIT D'USAGE est étendu plus largement ou plus restreint [1060]. Ainsi, les habitants du Gooiland ont-ils un droit d'usage héréditaire de la forêt du Gooiland. Le droit de division appartient avec cela aux terres communes, lequel est grand ou petit selon la coutume de la place. Semblablement, le droit héréditaire de pêcher dans l'eau d'autrui.

§ 8. Le droit d'HABITATION SUR UNE MAISON est un droit d'usage pour la vie, mais il est entendu porter avec lui un libre droit de louage [1061].

§ 9. Mais celui qui LOUE un terre ou une maison n'est pas tenu selon les lois écrites d'avoir un certain droit propre ou une action réelle sur la chose louée, alors, seulement une action personnelle sur le loueur. Alors, chez nous, toute location donne un certain droit propre [1062] comme étant un DROIT D'USAGE d'une courte période ; il apparaît à partir de là que la terre ou la maison louée étant vendue, le locataire doit poursuivre toutefois sa location ; cependant, un locataire de terre n'a pas ce droit sans une location écrite [1063], le locataire peut aussi, **[235]** à un autre, transférer son droit [1064], excepté là où les *keuren* locales empêchent ou modèrent une telle chose.

§ 10. Un DROIT D'USAGE est ACQUIS ou PERDU de la même façon qu'un usufruit [1065], étant excepté qu'un droit d'usage héréditaire n'est pas perdu par la mort.

---

service, il habitera, bien qu'ils soient libres ou les esclaves d'autrui. 1 - Mais, si, à l'épouse, l'usage en a été laissé, Quintus Mucius a le premier autorisé qu'avec son mari, celle-ci pouvait habiter, de sorte qu'envers celle-ci, avec le mariage, il faudra le garantir, quand elle veut user de la maison. Car, en sens contraire, il n'était pas douteux que la femme, avec son mari, puisse habiter. Qu'en est-il donc, si, à une veuve, [la maison] a été léguée, un mariage ayant été contracté après l'établissement du droit d'usage, avec son [second] mari, pourra-t-elle y habiter ? Est vrai ce que Pomponius, dans son livre V [A Sabinus], et Papinien, dans le livre XIX de ses Questions, approuvent, [disant] que celle-ci, avec son [second] mari, même mariée par la suite, pouvait y habiter. Pomponius dit de façon plus large qu'avec son beau-père, elle y habitera ».

[1058] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 8, 4.

Ce passage a déjà été donné dans la note précédente, il s'agit du dernier extrait cité.

[1059] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, v *(Des droits d'usage et d'habitation)*, § 4.

« § 4. Mais, si l'usage d'un troupeau ou de brebis a été légué, l'usager n'usera ni du lait, ni des agneaux, ni de la laine, parce que ceux-ci sont dans les fruits. Clairement, pour fumer son champ, des troupeaux, il peut user ».

[1060] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 8, 12 § 4 et 22 ; D. 7, 5, 5 § 1.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 4 - L'usage d'un haras de chevaux ayant été aussi légué, il faut voir si l'on peut les dompter ou, pour le transport, en user sous un joug. Et, si, peut-être, était conducteur de char celui auquel l'usage des chevaux a été laissé, je ne pense pas que, pour des jeux de cirque, il en usera, parce qu'il est considéré comme les louer ; mais, si le testateur, sachant que ce denier est de cette disposition et de cette vie, le laisse, il est considéré aussi, quant à cet usage, avoir pensé ».*

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« . 1 - Si l'usufruit de l'argent a été légué, ou d'autres biens qui, en une consommation complète, consistent et qu'une garantie n'intervient pas, il faut voir, l'usufruit étant terminé, si l'argent qui a été remis ou les autres biens qui, dans une consommation, se trouvent, pourront être réclamés avec une condiction. Mais, si, certes, l'usufruit durant encore, quelqu'un a voulu réclamer avec une condiction la garantie, il peut être dit qu'il peut réclamer la garantie omise avec une condiction d'un montant incertain ; mais, si, l'usufruit étant terminé, [il réclame] le montant, Sabinus pense que l'on peut le réclamer avec une condiction ; Celsus, dans le livre XVIII de ses Digestes, approuve cette opinion qui ne me semble pas sotte ».*

[1061] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, v, § 5.

« § 5. Mais, si celui auquel le droit d'habitation, de quelque façon, a été établi, il n'est considéré ni comme un droit d'usage, ni comme un usufruit, mais comme un droit propre. Pour ceux qui ont ce droit d'habitation, à raison de l'utilité des choses, selon la sentence de Marcellus, notre décision ayant été promulguée (cf. C. 3, 33, 13)*, nous avons permis non seulement, dans celle-ci, de demeurer, mais aussi, à d'autres, de la louer ».*

[1062] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le liv. III, chap. XIX à la fin.

[1063] (Note de Groenewegen) Voyez le ci-devant dit chap. XIX, § 3.

[1064] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 65, 6.

Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Lucilius Victorinus et donnée en 224 : *« Personne ne se voit interdire de louer pour en jouir le bien qu'il a pris à bail, si l'on n'a rien convenu d'autre ».*

[1065] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, v, pr.

« Celui-ci, avec les mêmes façon avec lesquelles l'usufruit est établi, est aussi un simple droit d'usage et il est terminé avec les mêmes façons avec lesquelles l'usufruit cesse ».

*

Chapitre XLV
Du droit de dîme [1066]

§ 1. Un DROIT DE DÎME est *un droit de prendre le onzième de certains fruits.*

§ 2. Nous disons *le onzième* [1067]. Bien que le nom paraisse porter avec elle une autre chose ; cette marque, avec d'autres, nous fait entendre que notre dîme n'est pas venue en Hollande desdites lois spirituelles [1068], qui ont introduit, par une imitation de la loi Lévitique [1069], parmi les chrétiens que le dixième des fruits serait destiné à l'entretien du service des églises [1070] ; **[236]** mais bien avant, à partir de l'ancien droit allemand, plus vieux que la chrétienté, par lequel une certaine partie des fruits était accordée aux princes pour l'entretien de leur statut. Pour cette raison, celui qui voudra diligemment rechercher l'origine des dîmes que les évêques d'Utrecht ou les maisons religieuses y avaient anciennement eues, il trouvera qu'ils ne les ont pas acquis à partir des lois spirituelles, mais à partir des dons des rois et des princes que l'on trouve depuis l'an 700 et plus tard. Aussi trouvons-nous aussi que les premiers comtes de Hollande ont reçu certaines dîmes des personnes religieuses, mais bien qu'ils ont destiné différentes dîmes aux maison religieuses d'Egmont, Rinjsburg et autres ; à partir de cela, il est à croire que les dîmes de Zélande, jadis possédées par les évêques et par des dons de celles-ci par le chapitre de Saint-Pierre à Utrecht et par cette même maison religieuse aux comtes échangées pour certains bien situés dans le pays de Dordrecht entre la Merwe et la Lek, devaient autrefois être venues d'une main séculière, bien que le comte de Hollande, par la suite en 1281, ait trouvé bon de recevoir de l'évêque une telle réclamation comme il l'entreprit pour

---

[1066] (Note de Groenewegen) Voyez là-dessus Grégoire de Toulouse, *Syntagmata juris*, liv. II, cap. 20 avec le suivant ; Leonard Lenaert Leys, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 39 ; Sylvester, *Summa* au mot *Decima* ; Bellarmin, *Controversiæ*, t. II, controv. 2, liv. I, cap. 25 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, resol. I, cap. 17 ; Vasquez, *Controversiæ*, cap. 89 ; Zepper, *De legibus mosaicis*, liv. IV, cap. 10 ; Maestert, *De Institutis legum romanarum*, liv. II, dubit. 36.

[1067] (Note de Groenewegen) Voir le privilège du comte Guillaume de Hainaut de 1331 imprimé dans les privilèges de la Hollande du Sud, p. 248 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 235, après le nb 2 ; sentence du Haut Conseil en Hollande et les ajouts faits dans la révision le 21 janvier 1623 dans l'affaire de Bernard van den Boogaert, seigneur de Nieuwrode, demandeur dans le cas de la révision, contre les bourgmestres et gouverneurs de Naerden et des villages de Huyzen, Blarikom, Larem et Hilversum ainsi qu'ils ont fait le procès.

[1068] (Note de Groenewegen) Pour une autre signification, il y a Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De decimis* au mot *decimas* et d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 266, cap. 22 [*Des dîmes ecclésiastiques*], nb 5. Voyez Zepper, *De legibus mosaicis*, liv. IV, cap. 10, quæst. 3 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata juris*, liv. II, cap. 20, nb 2.

[1069] (Note de Groenewegen) Voir Lv. 27, 30 ; Nb 18, 21 ; Dt 14, 22-28 et 26, 12.

« (30) Toute dîme du pays prélevée sur les produits de la terre ou sur les fruits des arbres appartient à Yahweh ».

« (12) Voici : aux fils de Lévi, je donne pour héritage toute dîme perçue en Israël, en échange de leurs services, du service qu'ils font dans la Tente du Rendez-vous ».

« (22) Chaque année, tu devras prendre la dîme de tout ce que tes semailles auront rapporté dans tes champs, 23. Et, en présence de Yahweh ton Dieu, au lieu qu'il aura choisi pour y faire habiter son nom, tu mangeras la dîme de ton froment, de ton vin nouveau et de ton huile, les premiers-nés de ton gros et de ton petit bétail ; ainsi, tu apprendras à toujours craindre Yahweh ton Dieu.

(24) Si le chemin est trop long pour toi, si tu ne peux pas apporter la dîme parce que le lieu choisi par Yahweh pour y faire habiter son nom est trop loin de chez toi, quand Yahweh ton Dieu t'aura béni, 25. tu la convertiras en argent, tu serreras l'argent dans ta main et tu iras au lieu choisi par Yahweh ton Dieu ; 26. là tu échangeras cet argent contre tout ce que tu désireras, gros ou petit bétail, vin ou boisson fermentée, tout ce dont tu auras envie. Tu mangeras là en présence de Yahweh ton Dieu et tu te réjouiras, toi et ta maison. 27. Tu ne négligeras pas le lévite qui est dans tes portes, puisqu'il n'a ni part ni héritage avec toi.

(28) Au bout de trois ans, tu prélèveras toutes les dîmes de tes récoltes de cette année-là et tu les déposeras à tes portes ».

« (12) La troisième année, année de la dîme, lorsque tu auras achevé de prendre la dîme de tous tes revenus et que tu l'auras donnée au lévite, à l'étranger, à la veuve et à l'orphelin, et que, l'ayant consommée dans tes villes, ils s'en seront rassasiés (…) ».

[1070] (Note de Groenewegen) Voir dans le Sexte, tout le tit. xiii dans le liv. III, et dans les Clémentines, III, viii *(Des dîmes, des prémices et des offrandes).*

les dîmes des terres nouvelles gagnées, ce qui probablement, s'est fait pour éviter une dispute. En preuve de notre propos, sert remarquablement l'attestation de l'abbé de Floricamp, passée en 1340, qui témoigne que de comte de Hollande, il y a quatre cents ans, avait coutume en Frise, au-delà de la Vlie, d'être reconnu comme le souverain des Frisons, assis (selon l'ancien usage germanique) sur un bouclier brun [1071] et élevé par les quatre plus nobles de Frise occidentale, et que, sous d'autres droits réclamés là, lui étaient accordées par les Frisons toutes les dîmes de Frise qui étaient situées dans leur pouvoir comme aussi le traité entre le **[237]** comte et les Frisons occidentaux fait en 1299, dans lequel il est compris que les gens de la Frise occidentale et leurs descendants apporteront à leurs propres frais au comte la dîme qu'ils étaient tenus de donner chaque année dans une ville opportune qui sera indiquée au comte ou à son messager, dans le cas où le comte ne l'a pas vendue ; mais, dans le cas où il ne la vendait pas auparavant, ainsi, l'acheteur collecterait lui-même celle-ci à ses propres frais et on ne contraindrait celui qui achète la dîme ni ne le presserait à acheter la dîme, si ce n'est par sa libre volonté ; mais il recevrait sa dîme sans contradiction, comme il est tenu de la recevoir ; celui qui voudra aussi suivre tout en remontant dans le temps aussi loin que la mémoire peut porter, trouvera que toutes les dîmes sont venues du sein du comte.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1062 de Groenewegen van der Made**

Bien que ce droit vienne au nom des dîmes, comme l'observe l'aurteur, il ne s'ensuit cependant pas de là que, précisément, il soit sur le dixème des fruits, du fait que le huitième, parfois le vingtième, le trentième, le quarantième, et chez nous, comme Grotius l'enseigne ici, le onzième de s revenus sont dus, voir Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 24, nb 1 ; *Précis du droit Belgique*, p.71 ; Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. II, tit. 8, defin. 125, nb 15 ; van der Schelling, *Hollands tiendrecht*, chap. 21, § 1.

Lers dîmes sont différemment divisées ; en effet, elles sont ecclésiastiques ou séculières. Celles-ci sont payées à partir de l'ancienne loi lévitique et approuvées dans le droit canonique, aux interprètes des sacrifices. Celles qui sont aussi appelées temporelles sont celles que le prince ou le vassal qui possède les territoires donnés en fiefs, depuis les biens-fonds et les terres, se réserve à partir des fruits en reconnaissance la seigneurie. Et elles sont de nouveau divisées en féodales et allodiales ; celle-ci sont connues seulement en Hollande et dans les régions voisines et viennent de la seigneurie du prince et non du droit ecclésiastique, enseigne aussi van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 24, nb 3, après Grotius. En outre, sont prédiales celles qui proviennent des fruits des terres, ou personnelles celles qui sont payées à partir du travail, de l'industrie ou des acquis avec un gain licite ; cependant, il n'y a aucun usage de celles-ci, pas même entre ceux qui suivent le droit pontifical sur ce point, voir van Leeuwen dans ledit endroit, nb 8. Van cder Schelling, dans sondit traité, chap. 20, et Bort, *Van de domeinen van Holland*, chap.10, nb 9 et suivant, ont recherché plus longuement l'origine des dîmes.]

§ 3. C'est aussi de cette manière que les vassaux qui possèdent un haute ou une basse justice en vertu de leur seigneurie, ont voulu affirmer un droit aux dîmes ; mais la matière étant examinée par des conseillers impartiaux, on a trouvé que personne n'avait un droit aux dîmes dont l'investiture ne portait pas expressément une telle chose, puisque les dîme n'ont aucune communauté avec la justice.

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur enseigne ici que le droit de dîmes ne se présente pas aux vassaux, à moins qu'ils ne puissent prouver que ce doit leur avait été accordé au moment de l'investiture ; ce qui est vrai en Holland mais tombe en Zélande, voir van der Schelling, *Hollands tiendrecht*, chap. 21, dernier § ; Bort, *Van de domeinen van Holland*, chap.10, nb 4 et 5, et ci-dessus, liv. II, chap. IX, § 24, sur la note 253.]

[1071] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *De antiquitatibus Batavorum*, cap. 2 ; Cluver, *De antiquitatibus Germanorum*, liv. I, cap. 46, dans le passage *Dux erat* ; Charondas le Caron, *Pandectes du droict françois*, liv. I, cap. 1.

§ 4. Nous avons dit *de certains fruits*, surtout du blé ; cependant, on trouve aussi de petites dîmes comme d'herbes potagères, de bois, d'herbe, de foin, de navet, de radis, de chou, d'ail, de pommes, de poires, de noix, des dîmes de petits animaux, comme de poulains de veaux, d'agneaux, de jeunes cochons, d'oies, d'abeilles et d'autres petits des animaux ; alors, puisque sur cela, ici, beaucoup de contestations naissent par une différence de l'utilisation, contre cela, il a été pourvu par l'empereur Charles [Quint], en 1520 [1072] et mis à la charge de tous, ecclésiastiques comme laïcs, qu'ils ne pourraient prendre aucune dîme de certaines sortes **[238]** de biens dont eux et leurs ancêtres n'avaient pas eu le profit quarante ans avant la publication de cette loi, après cela, à savoir en 1530, à l'occasion de la naissance de certaines disputes, par le même empereur, il est déclaré [1073] que les fruits de pays nouvellement gagnés et les premiers nés dans de maisons nouvellement construites devraient donner des dîmes, dans le cas où ils avaient payé de semblables dîmes dans leur paroisse avant les ci-devant dits quarante ans, mais des sortes dont aucune dîme n'étaient payée ; et si certaines nouvelles sortes étaient semées, plantées ou élevées, étant auparavant inconnues, que, sur cela, l'usage des paroisses situées autour serait suivi, là où l'on avait semé, planté ou élevé de telles sortes avant cette période. Mais, concernant les sortes tout à fait inconnues auparavant, que, là-dessus, le droit commun ne serait pas suivi, qu'aussi, personne, sur le point des dîmes qui pouvaient être payées ou non, ne devrait s'aider d'un certain droit de prescription moindre que de quarante ans avant la publication de la ci-devant dite première loi.

[**Note de Willem Schorer**

Cependant, on trouve etc. Van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 24, nb 9, est en désaccord avec l'auteur et enseigne que dans nos usages et ceux des autres, aucune dîme des fruits des arbres ni des herbes potagères des jardins n'est due ; on lui ajoute van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Tienden* - "Dîmes", § 2, p. 714 [pour notre édition, Schorer donnant une autre pagination]. Mais Carpzov, *Jurisprudentia ecclesiastica sive consistorialis*, lib. I, tit. 8, defin. 133, nb 1, signale que les dîmes doivent être payées aux ministres de l'église à partir de tous ces fruits. Dans la Gueldre, sont aussi payées les dîmes du houblon et du tabac, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Tienden*, § 3, et le 27 janvier 1562, la Cour a jugé que les habitants d'Amsterdam devaient les dîmes à Breda, voir van Kennip en Kaapzaad, *Decisien en resolutien van Holland*, decis. 334.]

[**Sur la note 1073 de Groenewegen van der Made**

Ces dîmes [payées] à partir de la portée des animaux sont ordinairement rachetées avec de l'argent dans nos usages et ceux des autres, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 24, nb 14, communément [appelées] *krytende tienden* - "dîmes qui pleurent", parce qu'en l'absence de la mère, ces animaux poussent des cris de douleur. Autrement, le dixième de la portée est dû et il est reconnu dans l'ordre de la naissance ; mais, si n'apparaît pas qui est le dixième, un petit est fourni et, chez nous en général, la portée est ordinairement rachetée vers le moi de mai ou au moment où il est assez robuste pour qu'il puisse vivre sans sa mère et ne périsse pas de faiblesse, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 24, nb 12 et 13 ; Antonella, *De tempore legali*, lib. II, cap. 37, nb 3.

Il est aussi demandé, comme [le fait] ici l'auteur dans la note 1074, si, à partir des jachères qui sont des terres nouvellement ramenées à la culture avec le travail et l'industrie, les dîmes devront être procurées pour elles, à celui auquel doivent être procurées les dîmes prédiales. Si les dîmes de quelque région ont simplement été accordées, il faut affirmer que pour les jachères, les dîmes doiuvent être procutées ; mais, si les limites certaines des terres n'ont pas été exprimées ou que la prestation des dîmes est appuyée sur la seule prescription et sur aucune concession, van Leeuwen, *Censura forensis*, lib.II, cap. 24, nb 15, enseigne que, dans ce cas, aucune dîme n'est due. À partir du

[1072] (Note de Groenewegen) Par le placard enregistré au greffe de la Cour de Hollande dans le *Livre mémorial* du greffier Sandelyn, I, fol ; 312 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 326, et vol. II, decis. 26, nb 13 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De decimis.*

[1073] (Note de Groenewegen) Par le placard enregistré dans le *Livre mémorial* du ci-devant dit greffier, III, fol. 268, contre Paul van Christijnen, et Zypæus, *Notitia juris Belgici*, dans ledit endroit.

droit de la Gueldre, le droit des dîmes n'est pas étendu aux jachères, à moins que cela n'ait été expressément accordé par le pouvoir suprême, comme cela a été plus souvent et de nouveau jugé ici par la Cour, signale Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Tienden*, § 9. La raison en est que, dans les contrats, on fait toujours attention à l'état des biens dans lequel ils étaient au moment du contrat, voir van der Schelling, *Hollands tiendrecht*, chap.40, nb 15, auquel est ajouté Bort, *Van de domeinen van Holland*, nb 6, p. 97, et ainsi aussi a-t-il été jugé en 1667 dans un jugement de révision, la sentence de la Cour Suprême ayant été confirmée, voir de même, nb 62, et à Malines en 1560, nb 63. En outre, il est requis qu'au moment de la concession, les jachères existent, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Tienden*, § 10. En Hollande, à partir de l'ordonnance du 1er octobre 14520, dont l'auteur a fait mémoire, il avait été interdit à tous, de quelque condition qu'ils soient, de réclamer de nouvelles dîmes et d'autres charges, à moins qu'eux-mêmes ou majeurs, avant quarante ans, n'aient réclamé ces droits, voir van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Tienden*, § 1, p. 714 [pour notre édition, différente de celle de Schorer]. Damhouder, *Praxis civilis*, cap. 37, nb 21, et là, Thulden, signale que les dîmes de églises ne peuvent jamais être prescrites par les laïcs.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXV. Ceux qui ont le droit de dîme ne regardent pas à ceux [qui ont le droit] de la dîme des jachères, mais plus la région de Hollande. À la faveur de jachères, ne sont pas tenues les terres asséchées, que, pour les sortir de l'inondation ou avec du bitume sur des mottes de gazon, elles aient été submergés temporairement, dont les dîmes sont dues aux possesseurs originels de ce droit, comme cela a été décidé par la Cour Suprême le 17 juillet 1792.]

§ 5. De quelle manière doivent être introduites les dîmes, le traité fait en 1288 entre le comte de Hollande et les Frisons occidentaux nous l'enseigne, en portant que les Frisons occidentaux donneraient au comte la onzième gerbe et de prendre la dîme là où le blé pousse. Et, lorsque ce blé est sujet à la dîme, ainsi, celui auquel est le blé appellerait trois fois de décimateur, à chaque fois, aussi fort que l'on puisse l'entendre sur sept acres ; et, si le décimateur ne venait alors pas, , ainsi, celui auquel est ce blé retirerait la dîme devant deux de ses voisins et garderait la dîme l'espace durant de vingt-quatre heures ; si, par la suite, un dommage s'était produit sur la dîme, **[239]** que l'on ne l'on ne chargerait pas l'homme auquel ce blé appartient [1074].

[**Note de Willem Schorer**

De quelle manière les dîmes. [Pour voir] comment les dîmes sont collectées, voyez aussi van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 24, nb 16, et van Zype, *Notia juris Belgici*, p. 26, aux mots *ne quis tamen* - "afin que personne, cependant" . Cela est observé en Zélande d'une façon telle que le colon, la veille, le soir venant, avant qu'il mette les fruits séparés du sol dans une grande, s'adresse au seigneur décimateur sous une peine de dix livres chaque fois qu'il a négligé de le faire, [peine] qui échoit pour la moitié au fisc et au seigneur décimateur, voir la *Keure* de Zélande, chap. 3, art. 36. Ce à quoi s'accorde fermement la coutume de Hollande, où vingt-quatre heures doivent précéder, comme il a été jugé par la Cour de Hollande le 13 févvrier 1544, voir van der Schelling, *Hollands tienrecht*, chap.44, nb 8, et ici aussi l'auteur. Cela a ailleurs été interdit par l'édit du 5 janvier 1557 sous une double peine, voir *Précis du droit Belgique*, p. 71, comme aussi en Gueldre sur les dîmes du houblon et du tabac, voir *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Tienden*, § 12. Qu'en est-t-il si le décimateur lui-même n'est pas venu dans le temps préétabli ? Dans les différents statuts, il a été disposé que, dans ce cas, il était permis au colon de transporter les fruits, pourvu qu'il laisse la part due au décimateur en présence de deux voisins appelés à cette fin, voir van der Schelling, *Hiollands tiendrecht*, nb 9. Ce droit a été accordé par le comte Johan de Hollande le 7 novembre 1299 aux Frisons occidentaux, voir Mieris, *Groot Charter-boek van Holland*, part. I, p. 617, et cela triomphe aini en Flandre, voir *Placaten van Vlaanderen*, part. I, p. 604.]

[1074] (Note de Groenewegen) Voyez la *Keur* de Voorn du 3 février 1519, art. 99 ; la *Keur* de Zélande du 1er avril 1495, cap. 3, art. 36.

§ 6. Les dîmes peuvent être féodales et allodiales et être acquises comme un autre fief ou un bien allodial et, de la même manière, être perdues.

[**Note de Willem Schorer**

Cependant, dans le doute, les dîmes féodales sont présumées, voir van der Schelling, *Hollands tiendrecht*, chap. 22, nb 4, et leur rachat est seulement accordé aux frères entre les collatéraux en Zélande, voir Fredrik van Sande, *Consuetudines feudales*, § 5, nb 6, p. 33. Du reste, van der Schelling, dans son chap. 43, nb 15, indique différents édits dans lesquels les monopoles sont été interdits. Enfin, il faut être attentif à ce qu'en Hollande, le fermier des dîmes qui appartiennent au fisc ne peut demander aucune remise du loyer à raison d'une tempête, voir l'ordonnance des États de Hollande du 22 octobre 1693, qui se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1196. Ce qui, à raison des conséquences, a été ainsi affermi et reçu à l'encontre du droit commun, voyez ci-dessous, liv. III, chap. XIX, § 12, sur la note 736. Mais Loenius, *Decisiones*, cas. 34, enseigne que cela n'est pas du ressort du droit ordinaire à partir des sentences de la Cour portées en des termes plus forts.]

*

Chapitre XLVI
Du droit de cens [1075] et du droit de superficie

§ 1. *Les droits particuliers* étant moindre que l'usufruit et n'étant pas proprement une partie de l'usufruit peuvent être distingués selon que sont leurs descriptions. Cependant, les principaux en usage [sont] le DROIT DE CENS et le DROIT DE SUPERFICIE.

§ 2. Le DROIT DE CENS ou DE RENTE est *le droit de recevoir un revenu annuel sûr et non-rachetable, que chacun conserve lorsqu'il transfère la propriété de son bien immeuble* [1076].

§ 3. Nous disons *non-rachetable* ; en cela, les cens sont distincts des rentes qui sont toujours tenues pour être rachetables dans ces pays, comme il plaisait à celui qui devait la rente, mais le censier ne peut pas laisser perdre le cens s'il le veut [1077].

§ 4. Nous disons *lorsqu'il transfère la propriété de son [bien immeuble]* ; car, bien qu'en matière d'emphytéose, celui qui reçoit la rente **[240]** soit appelé propriétaire, cela se produisait parce qu'il a le droit de réversion [1078] ; mais le censier n'a aucun droit de réversion [1079] et, pour cela, la plus grande partie qui a le plus de valeur de la propriété est [tenue] par celui qui paie le cens, qui, avec une bonne raison, est appelé propriétaire. Dans certains places, on appelle le bien sujet au sens une vielle propriété, comme est appelé un ancien bourgmestre celui qui, jadis, a été bourgmestre.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1078 de Groenewegen van der Made**

Il diffère aussi de la rente emphytéotique ; ici, en effet, la rente annuelle doit être fournie en reconnaissance de l'actuel domaine ; mais pour le cens, [c'est] en signe de la propriété passée. En outre, l'emphytéote tombe de son droit dans certains endroits, la rente n'ayant pas été payée, mieux, bien que, sur la caducité, rien n'ait été disposé, la remise en l'état initial n'est pas accordée à l'encontre de celle-ci, comme il a été jugé à Utrecht le 4 décembre 1554 et le 31 juillet 1581, voir

[1075] (Note de Groenewegen) Voir Charles Dumoulin sur la coutume de Paris, tit. *Des cens* ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. *Des cens* ; Benedictus Bovius de Tarvisio, *De censibus* ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 58 *(Des cens, des censeurs, des répartiteurs et des inspecteurs)*.

[1076] (Note de Groenewegen) Voir Charles Dumoulin sur dit tit. *Des cens*, nb 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 58 *(Des cens, des censeurs, des répartiteurs et des inspecteurs)*.

[1077] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le liv. III, chap. XIV, § 14, note 523.

[1078] ((Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 22.

[1079] (Note de Groenewegen) Voir la glose sur Décrétales III, xxxvi *(Des maisons religieuses, afin qu'à l'évêque, elles soient soumises)*, 6, et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 11, 58 *(Des cens, des censeurs, des répartiteurs et des inspecteurs)*, nb 5.

Responsa Ultrajectina, part. I, cons. 152, nb 7-10, p. 471. Nous avons déjà relevé cependant ci-dessus, chap. XL, § 19, sur la note 920, du fait que le cens ne tombe jamais en confiscation à raison de la rente non payée, et cela a aussi été ainsi jugé le 22 décembre 1616, voir *Decisien en resolutien van Holland*, decis. 110. Cependant, dans ce cas, le censier est tenu aux dépenses et à ce qui est d'intérêt, voir Samuel Strik, *Examen juris feudalis*, cap. 2, § 27. Mieux, Surdus, *Decisiones*, lib. II, decis. 342, nb 6, pense qu'il tombe en confiscation. Quoi qu'il en soit, Fredrik van Sande, *Tractatus præliminaris ad Consuetudines feudales*, nb 10, p. 2, signale que le cens non payé à sa date après les solennités édictées est dû au double le jour suivant. En outre, On distingue le contrat d'emphytéose du contrat censuel ; dans le contrat d'emphytéose, le propriétaire conserve pour lui le domaine direct et le droit de retrait ; le censier [ne fait] pas de même, à moins qu'il n'ait été autrement disposé dans les statuts, comme ci-dessous, liv. III, chap. XVI, § 12, sur la note 643. Sur cela, cependant, on convient que presque partout, dans chaque transfert des possession ou des successions, l'investiture doit être renouvelée par les anciens seigneurs ou leurs représentants sous la charge de la moitié du revenu et du prix d'une cruche de vin à payer à chaque voisin (communément : *een halve pacht met een kanne wyn* - "une moitié du fermage avec un pot de vin"), voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 17, nb 3 et 4. En outre, il observe dans le nb 5 que, dans certains lieux de Hollande, il s'était affermi dans l'usage que celui auquel la rente annuelle devait être fournie, étant mort le débiteur du cens, réclamait à chaque héritier le cens ou la rente en entier ; et, dans le cas inverse, le créancier du cens étant mort, jusqu'à ce que le partage de sa succession soit fait et que ce droit échoie à l'un des héritiers, le censier devait l'entier cens à chaque héritier, concussions que Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 11, 58 *(Des cens, des commissaires répartiteurs des impôts, des gens chargés de la poursuite et des inspecteurs)*, nb 6, condamne et abomine. Du reste, il est demandé sir, dans le doute, le contrat sera présumé emphytéotique ou censuel. Il est répondu que, quand, lors du transfert, le propriétaire se réserve le domaine direct, il est présumé pour une emphytéose ; [il en va] autrement, si, quant à cette réservation, elle n'est pas établie en faveur du cens ; car cette réserve d'une partie du domaine consiste en un fait, en conséquence, elle n'est pas présumée, mais doit être prouvée, voir Strik, *Examen juris feudalis*, cap. 2, § 28.]

§ 5. Les cens a eu anciennement coutume d'être payé deux fois en Hollande, ainsi quand le bien soumis au cens était aliéné ou quand il arrivait à quelqu'un de main morte ; mais les usages locaux ou des dispositions particulières donnent ici dans un changement.

§ 6. Le droit de cens avait aussi coutume d'avoir un droit d'exécution [1080] dont il sera parlé dans la partie de la procédure.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1080 de Groenewegen van der Made**

Un droit d'exécution est un droit de gage et de préparation à l'exécution qui est employé pour que les obscurités des procès soient évitées. Il est aussi connu que, pour les dîmes et les cens, à raison de la rente non payée à sa date, une peine très lourde est stipulée, ce que l'on appelle *accroître les cens par recouvrement*, ainsi, pour que la peine s'accroisse au-delà d'une autre aussi grande. Mieux, les dîmes sont en Zélande féodales depuis le chapitre de l'ancien monastère d'Utrecht stipulé dans les lettres d'investiture, pour que, si, à une certaine date, à la Saint Laurent martyr, le 10 août, on ne paie pas la rente annuelle à son procurateur qui vaque depuis le rougeoiement de l'aurore à la tombée du soleil, les dîmes tombent en confiscation. Ailleurs, de la même façon, sous la même peine, à une autre date, le paiement doit être fait. Cependant, van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 17, nb 121, atteste que ladite peine est abolie dans nos usages, en affirmant avec de nombreux interprètes que les clauses pénales sont retirées de l'usage et qu'il a été ainsi répondu en ajoutant beaucoup d'autorité à cette fin, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 212, p. 479, et au passage, *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 81, nb 6, de même Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 46, nb 72. Ce que van Merle**,** *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 100, chap. 1, nb 10, enseigne quant au pacte de préparation de l'exécution entre personnens privées. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 13 et 14, est en désaccord avec ceux-ci et il semble

[1080] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 11 mars 1517 ; la décision exécutoire de la Cour de Hollande du 21 décembre 1623 enregistrée dans le *Livre mémorial* du greffier F. Criep, fol. 144 verso ; Bonius de Tarvisio, *De censibus*, art. 70.

admettre, à juste titre pour moi, tant le pacte de préparation de l'exécution que les stipulations pénales, pourvu que l'on ne convienne rien à l'encontre des bonnes mœurs, afin que, sur elles, une condamnation volontaire ne soit pas obtenue. Il défend en outre que, que les moindres intérêts n'ayant pas été payés au moment fixé à l'avance, de plus importants intérêts non seulement pour le futur, mais aussi rétroactivement pour le passé sont à bon droit stipulés, pourvu que cette stipulation ne frappe pas contre la loi des intérêts et la Cour a jugé que celle-ci n'était pas à bon droit demandée, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 51. On peut ajouter à cela ce qui est tenu dans les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*,part. VI, p. 314, et la Cour a prononcé en mars 1616 dans sa sentence que la stipulation pénale n'était pas valide, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, p. 333. Et il a été à bon droit répondu qu'elle était aussi à bon droit ajoutée par le testateur dans son testament, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 22, nb17, p. 216, pourvu qu'elle n'ait pas été ajoutée pour éluder la loi, comme ici, nb 14 et 15.

Du reste, ceux qui rejettent le pacte de préparation de l'exécution usent du proverbe commun que le procès doit commencer depuis la citation en justice, non depuis l'exécution ; et cela est vrai, si rien n'a été stipulé contre ; mais celui qui a stipulé contre renonce à son droit, ce qu'il peut en tout cas faire, pourvu que cela ne soit pas fait en fraude du bien public ou d'un bien privé et le grand Bijnkershoek répond : si, même pour cette raison, le pacte de préparation de l'exécution doit être rejeté, toutes les condamnations volontaires doivent aussi être rejetées, du fait que, pour elle, il commence depuis l'exécution, et qu'ils soient condamnés en tant que débiteurs à partir des choses jugées aussitôt qu'il a contracté ; et il observe que, ce que van Leeuwen qui a prononcé que ce pacte était illicite, a été contraint de dire, il y avait peu d'écart entre le pacte de préparation de l'exécution et la condamnation volontaire ; mieux, il équivalait à une sentence, voir Jean Imbert, *Institutions forenses ou pratique judiciaire*, liv. III, p. 345.

Pour ces stipulations, il faut observer que, si celle-ci a été faite à une date certaine, elle interrompt le délai en faveur de l'homme, voir Mysinger, *Centuriæ observationum*, cent. 3, obs. 94 ; Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. II, nb 23 et 24, p. 383 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit.1, nb 30 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 37 *(De la stipualtion contractée et de sa mise à exécution)*, 21.

Mais ce proverbe est valide quand quelqu'un est simplement obligé à un acte ; car le débiteur est immédiatement établi en retard selon Decker, *Dissertationes et decisiones posthumæ*, dissert. 14, cap. 3, nb 25, p. 175 et ainsi aussi, Wamesius, *Consiliorum centuriæ*, cent. 4, cons. 95, nb 28, parce que le débiteur a pu prévoir l'arrivée de la date et aviser à lui avec une satisfaction ou un paiement ; c'est pourquoi, à partir de leur opinion, la peine mise dans la stipulation est immédiatement due. Cependant, cela est de nouveau limité d'une façon telle que le débiteur, avant le commencement du débat judiciaire, puisse purger le retard, voir Brunemann sur D. 45, 1 *(Des obligations qui se concluent par un échange de paroles)*, 84. Mais, pour cette justification, un aussi petit délai que le délai écoulé est admis ;en outre, il est requis que rien ne soit de l'intérêt de l'adversaire à raison de ce retard et que son droit ne soit pas rendu plus mauvais, ce qui est laissé au jugement du juge et remis à la connaissance de celui-ci, voir D. 45, 1, 135 § 2 et Brunemann sur D. 45, 1, 137, nb 6 et 7. D'autres requièrent du moins un rappel, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 46, nb 76 et *ex professo*, Æmilius Ferreri, *Liber singularis de mora*. Il soutient que cela a non seulement lieu quant à la date ajoutée par un homme, mais aussi par la loi et, de même, il signale que cela est vrai pour une condiction, du fait qu'à partir de son arrivée, le retard n'est pas fait sans interruption, nb 22. Perez, sur C. 4, 32 *(Des intérêts)*, et Struve, *Exercitationes*, exert. 27, th. 67, signalent qu'une seule interruption, quelle soit judiciaire ou extrajudiciaire, faite au lieu et au moment opportuns suffit. Cependant, il y a un unique cas dans lequel [l'interruption] judiciaire est requise, à savoir, s'il y a besoin d'un décret de paiement, voir Ferriri dans ledit endroit, nb 25. Il tombe aussi de la règle dite ci-devant quand le contrat est obligatoire de part et d'autre et que la date pour accomplir quelque chose a été ajoutée, voir Wamesius, dans ladite cent. 4, cons. 90, nb 17, et que la date du paiement est écoulée, quand le paiement est fait le jour suivant très tôt, signale Antonio de Gamma, *Decisiones Lusitaniæ*, decis. 211, nb 8. L'auteur le pense aussi ainsi, voir liv. II, chap. XL, § 19, aux mots *doch by ons* - "cependant, chez nous". Antonella, *De tempore legali*, lib. IV, cap. 3, indique aussi plusieurs exceptions à cette règle. Quoi qu'il en soit, la Cour d'Utrecht a jugé qu'il était conforme à l'équité que le colon ou un autre débiteur, étant écoulé le délai fixé à l'avance pour le paiement, bien qu'il offre [le paiement de] la dette, ne devait pas moins être condamné aux frais du procès, voir Radelant, *Decisiones Trajectinæ*, decis. 5, nb 1. Mais, quand le demandeur est cru avoir renoncé

tacitement, voyez D. 4, 8 *(De ce qui a été reçu ; ceux qui ont reçu le jugement pour prononcer la sentence)*, 23, D. 18, 3 *(Du pacte commissoire)*, 6 § 2, et là Godefroy.

Du reste, s'il n'a été fait aucune mention de délai, Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. II, nb 25, p. 383, signale que le paiement doit immédiatement être procuré, comme aussi pour les autres contrats.]

§ 7. Le droit de cens est acquis comme un autre bien immeuble et le transfert doit s'en faire comme celui d'un autre bien immeuble, il est aussi perdu de manière semblable.

§ 8. Le DROIT DE SUPERFICIE est *le droit qui chacun a à une construction qui se tient sur le sol d'un autre* [1081].

§ 9. Celui-ci n'est pas une pleine propriété, parce que personne, selon les lois, ne peut être plein propriétaire de la construction, n'ayant aucune propriété du sol. Mais c'est un droit de pouvoir construire sur le sol, de tenir ce qui est construit et de l'utiliser jusqu'à ce que le propriétaire du sol paie la valeur de la construction [1082] ou autant qu'il est convenu.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXVI. La raison du droit ne souffre pas que le droit de superficie acquis sur le sol d'autrui avec un achat ou un autre titre semblable, la valeur du bien ayant été payée par le propriétaire, puisse être enlevé au superficiaire contre son gré, et cela n'est pas approuvé à partir des statuts de Zélande, chap. 2, art. 15.]

§ 10. Ce droit est acquis ou perdu comme un bien immeuble et est suffisamment entendu être accordé **[241]** lorsque le propriétaire du sol permet à quelqu'un de construire sur son terrain [1083].

§ 11. Ce droit peut aussi pour cette raison être aliéné, cependant non sans un transfert [1084].

§ 12. Et ceux-ci ne sont pas des droits qui servent à une utilité actuelle.

*

Chapitre XLVII
De l'espoir d'une propriété

§ 1. Des droits QUI SERVENT À UNE UTILITÉ FUTURE, il y a l'ESPOIR particulier DE PROPRIÉTÉ.

§ 2. L'ESPOIR DE PROPRIÉTÉ est *un droit que quelqu'un a sur la chose d'un autre, par laquelle le propriété doit un jour ou l'autre lui venir.*

[1081] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 18, 2.

Extrait du livre XXV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Nous appelons constructions usufruitières celles qui, sur un sol pris à bail, ont été placées ; la propriété de celles-ci, selon le droit civil et le droit naturel, appartient à celui auquel le sol [appartient] ».*

[1082] (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 1, 38 à la fin.

Extrait du livre III des *Digestes* de Celsus : *« Sur le bien-fonds d'autrui, qu'imprudent, tu as acheté, tu as construit ou tu as semé [quelque chose], ensuite, il est évincé ; un bon juge, différemment, l'établira à partir des personnes et des causes. Imagine que le propriétaire allait faire cela même ; il rendra la dépense, afin de recevoir le bien-fonds, seulement jusqu'à ce qu'il en est devenu de plus de prix et, si plus, au prix du bien-fonds, s'est ajouté seulement ce qui a été dépensé. Imagine qu'un pauvre qui, s'il est contraint de le rendre, aura, de ses lares paternels et de ses tombes ancestrales, à être privé ; il est suffisant pour toi qu'il soit permis d'ôter de ces biens ce que tu pourras, pendant qu'ainsi, le bien-fonds ne se détériore pas plus que si, au commencement, il n'allait pas être construit. Mais nous établissons que, si le propriétaire s'est préparé à donner autant que le possesseur allait donner, ces choses ayant été enlevées, la possibilité lui en est faite ; à des malignités, il ne faut pas être favorable, par exemple, si tu veux enlever un enduit de stuc que tu as introduit, et des peintures, cela ne sera en rien apporté, si ce n'est pour que tu gênes. Imagine que cette personne soit celle du propriétaire qui allait vendre le bien-fonds reçu bientôt ; si elle ne le rend pas, nous avons dit combien, dans le premier cas, on devait rendre, ceci ayant été déduit, toi, tu dois être condamné ».*

[1083] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de Delft du 11 novembre 1536 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 14, art 45.

[1084] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 20. Voyez en outre ci-devant le chap. XXXVI, note 825 dans les ajouts.

§ 3. Nous disons *d'un autre* ; car celui-ci est tenu pour un propriétaire [1085], bien qu'il tire le profit effectif et qu'en cela, il soit semblable à l'usufruitier ; mais la différence consiste en ce que celui qui ne tire le profit sur aucune partie en vertu de l'usufruit peut venir à la pleine propriété, mais l'actuel utilisateur, dans ces cas, par la mort de celui qui a l'espoir de la propriété [1086] ou celui-ci abandonnant son droit [1087], détient la pleine propriété en vertu de son présent droit.

§ 4. Ce droit n'est pas, par un contrat ou une stipulation, **[242]** acquis ; car, bien que quelqu'un par cela, puisse acquérir un droit sur un autre pour lui laisser suivre après un certain temps la propriété d'une certaine chose, ainsi, il ne reçoit cependant aucun droit sur la chose [1088].

[1085] (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 1, 66 ; D. 50, 17, 203.

Extrait du livre II des *Questions* de Paul : *« Pour cette raison, à bon droit, nous ne revendiquerons pas moins ce qui est nôtre, la propriété qui est espérée s'éloigner de nous, si la condition du legs ou de la liberté est réalisée ».*

Extrait du livre VIII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Ce que quelqu'un ressent comme un dommage qui provient de sa propre faute, il n'est pas entendu le ressentir comme un dommage ».*

[1086] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 51, 1 § 7 ; D. 35, 1, 31 et 59 ; D. 31, 77 § 27.

Constitution de Justinien adressée au Sénat de Constantinople et donnée en 534 : *« 7 - Mais, si au contraire, quelque chose, sous une condition accidentelle, potestative ou mixte, est laissé, dont le résultat dépend de la fortune, de la volonté d'une personne honorable ou des deux, ou sous un terme certain, il faut attendre l'issue de la condition sous laquelle cela a été laissé, ou le terme, pour qu'alors, cela échoie, du fait que la condition est remplie ou que le terme a été incertain. Si, dans la période intermédiaire, celui qui, à partir du testament, a pris le profit décède ou que, celui-étant vivant, la condition a fait défaut nous disposons que ce qui, pour cela, avait prévalu reste de la même façon chez ceux par qui cela a été laissé, à moins que celui-ci ou le substitué ne reçoive ce qui a été laissé ou que l'héritier joint ou le légataire joint ne l'acquiert pour lui, du fait qu'il est d'un droit certain que, dans les institutions, les legs, les fidéicommis et les donations à cause de mort, qu'il peut être substitué ».*

Extrait du livre II des *Questions* d'Africanus : *« Dans un testament, il a été ainsi écrit : "que Stichus et Pamphile soient libres et, si, en mariage, ils se sont unis, que mon héritier soit obligé de leur donner cent" ; Stichus, avant l'ouverture des tablettes, est mort. [Africanus] a répondu que la part de Stichus avait fait défaut ; mais aussi, que celle de Pamphile était aussi considérée avoir fait défaut sous condition et que c'est pourquoi la part de celui-ci, chez l'héritier, resterait. Mais, si les deux sont vivants et que Stichus ne veut pas prendre une épouse, alors que la femme s'est préparée à se marier, à celui-ci, certes, le legs sera dû, mais la part de Stichus deviendra sans effet. Car, lorsqu'à l'un, un legs a été ainsi fait : "à Titius, s'il a pris Seia pour épouse, que mon héritier donne cent", si, certes, Seia est morte, il est entendu, à la condition, avoir fait défaut ; en revanche, si lui-même décède, à son héritier, celui-ci ne transmet rien, parce qu'avec sa mort, la condition est entendue avoir fait défaut ; mais, les deux étant vivants, si, certes, lui-même ne veut pas prendre une épouse, parce qu'avec son acte, la condition fait défaut, du legs, il n'obtient rien ; mais, la femme ne voulant pas se marier, alors que lui-même s'y est préparé, le legs lui est dû ».*

Extrait du livre XIII *Sur les Lois Julia et Papia* d'Ulpien : *« Le legs meurt, si meurt cette personne à laquelle le legs a été fait sous condition. 1 - Qu'en est-il donc, si elle n'est pas morte, mais qu'elle a cessé, dans la cité, de se trouver ? Par exemple, à quelqu'un, un legs a été fait "s'il est consul" et que celui-ci, dans une île, a été déporté ? Dans l'intervalle, le legs n'est-il pas éteint, parce que, dans la cité, il peut être remis dans son état initial ? Je pense que cela est plus plausible. 1 - De même, il ne faudra pas le dire, si cette peine, contre lui, a été statuée qui impose la servitude, parce que la servitude, à la mort, est assimilée ».*

Extrait du livre VIII des *Réponses* de Papinien : *« 27 - A des affranchis, [le testateur] a demandé qu'ils ne vendent pas un bien-fonds et que, dans la famille des affranchis, ils le conservent. Si, à l'exception de l'un, les autres ont vendu leurs parts, celui qui n'a pas vendu les parts des autres, auxquels il n'a pas accordé la volonté de vendre, les réclamera toutes ; en effet, il est considéré avoir invité au fidéicommis ceux qui ont comparu au jugement ; autrement, il sera tout à fait absurde que, réciproquement, la réclamation soit introduite, à savoir pour que, de l'un, quelqu'un réclame la partie aliénée, alors qu'il a perdu sa partie en l'aliénant. Mais, cela peut procéder ainsi, si, de façon égale, ils ont aliéné ; du reste, selon que chacun, le premier, a vendu, il n'en fera pas une part pour les suivants ; mais celui qui a, plus tardivement, vendu, envers celui qui n'a pas vendu, est entendu en avoir fait, sur les parts des premiers, une part. En revanche, si personne n'a vendu et que le plus récent, sans enfants, a quitté la vie, la réclamation du fidéicommis ne subsistera pas ».*

[1087] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 6, 42, 11 et là, Godefroy.

Constitution d'Alexandre adressée à Papinien et donnée en 241 : *« Chaque fois que, par tous ceux qui, une fois faite l'aliénation, à la réclamation du fidéicommis, pourront aspirer, la vente est faite ou que, certains ayant vendu, les autres y ont consenti, l'autorité du contrat ne peut en aucune manière être annulée ».*

[1088] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 2 et là, les docteurs ; Fachinæus, liv. II, cap. 15 ; Sande, *De prohibitione rerum alienandarum*, part. IV, cap. 2. Voyez en outre Groenewegen dans son traité *De legibus abrogatis* sur C. 4, 6 *(De la condiction à raison des biens donnés)*, 3.

§ 5. Mais, par une dernière volonté parfaite ou imparfaite, ce droit est obtenu [1089] comme ci-devant [1090], on le dit de l'institution fidéicommissaire ou du legs chargé d'un fidéicommis, là où aussi, il est envisagé combien, sur ses points, les conventions matrimoniales peuvent être comparées avec les dernières volontés ou non.

§ 6. Le DROIT DE RETRAIT peut aussi être porté en quelque façon en un espoir de propriété. Cependant, ici, il en sera plus proprement parlé lorsque nous traiterons des contrats [1091].

*

Chapitre XLVIII
De l'hypothèque [1092]

§ 1. Ayant traité des droits qui sont utiles au profit, nous devons avancer vers un DROIT *sur la chose d'autrui* qui sert à la SÉCURITÉ *d'une dette*, ce qui est la description de ce qui est appelé du nom d'HYPOTHÈQUE [1093].

§ 2. *Est un bien* HYPOTHÉCABLE *tout bien qui* appartient *à celui qui hypothèque* [1094] en pleine ou incomplète propriété, d'une façon telle qu'aussi, un usufruit, **[243]** un bien féodal, un bien emphytéotique et des obligations sont hypothéqués [1095].

Constitution de Gordien adressée à Nocturnus et donnée en 239 : *« Il est du droit le plus sûr que, la faveur de l'Édit n'ayant pas été demandée, le patron ou la patronne, ou leurs parents, les enfants et les héritiers, même s'ils sont étrangers, ne doivent pas être appelés en justice par des affranchis ou leurs enfants ; et, en cette affaire, nul pardon ne sera accordé à la rusticité, du fait que, par la raison naturelle, le respect est dû aux personnes de ce type. En conséquence, tandis que tu as confessé à ton patron que ton fils t'a appelé en justice, sans la permission du gouverneur, c'est sans réflexion que tu demandes que te soit concédée par un rescrit la peine garantie par l'Édit perpétuel ».*

[1089] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 43, 3 § 3.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 3 - Mais si au contraire, sous une condition ou un terme incertain, a été laissé un legs ou un fidéicommis de l'ensemble, avec une substitution ou une restitution particulières, il fera certes mieux et, si, dans ces causes, il donne garantie de toute vente ou avec une hypothèque qu'avec de plus lourdes charges au titre de l'éviction, il ne se met pas à la place d'un autre. 3a - Si au contraire, avec la cupidité de l'avarice, à raison de l'espoir de ne pas remplir la condition, il s'est précipité à la vente ou à l'hypothèque, il saura que, la condition étant remplie depuis le commencement, la cause sera remise à la nullité et doit être entendue ainsi, comme si elle n'avait pas été écrite ou ni du tout faite, de sorte que ni l'usucapion ni la prescription de longue durée, contre le légataire ou le fidéicommissaire, ne procèdent. 3b - Ce que, semblablement, nous pensons pour les legs de cette sorte qui, soit purement et simplement, soit sous un terme certain, soit sous une condition, soit sous un terme incertain, auront été laissés ; mais, dans tous ces cas, au légataire, certes, ou au fidéicommissaire, toute possibilité sera ouverte de revendiquer le bien et de se l'assigner, aucun obstacle ne lui étant opposé par les détenteurs ».*

[1090] (Note de Groenewegen) Voir chap. XX, §§ 2, 3 et 4, et [chap. XXII], § 43.

[1091] (Note de Groenewegen) Voir ci-après le chap. XVI du liv. III.

[1092] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 1 [*Des gages, des hypothèques et comment ceux-ci sont contractés et des pactes de ceux-ci*] et C. 8, 13 [*Des gages*] et 14 [*Dans quelles causes une gage est contracté tacitement*] ; Negusanti, *De pignoribus* ; Meyrer, *De preferentia creditorum* ; coutumes d'Anvers, cap. 66.

Le titre du Digeste comprend 35 extraits, C. 8, 13, 27 constitutions et C. 8, 14, 7 constitutions.

[1093] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *De pigneraticia actione*, nb 2.

[1094] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 13, 7, 9, 20 et 41.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si le débiteur m'a remis le bien d'autrui en gage ou, de façon déloyale, s'y est appliqué, il doit être dit qu'a lieu l'action en sens contraire. 1 - Mais, non seulement à raison de l'argent, mais aussi, à raison d'une autre cause, un gage peut être remis, comme, si quelqu'un, à une autre personne, a remis le gage, afin qu'en sa faveur, il donne garantie. 2 - Proprement, nous appelons gage ce qui, au créancier passe, hypothèque, quand la possession ne passe pas au créancier. 3 - Tout l'argent doit avoir été payé ou, à ce titre, [il doit] avoir été fait satisfaction, pour que naisse l'action de gage. Mais nous recevons que satisfaction a été faite, comme l'a voulu le créancier, bien que cela n'ait pas été payé ; qu'avec d'autres gages, il ait voulu que garantie lui soit donnée que, de celui-ci, [le créancier] se détachera ou que [ce soit] avec des garants, en donnant un [nouveau] débiteur, en remettant quelque prix ou avec une convention pure et simple, naît l'action de gage. Et, de façon générale, il devra être dit que, chaque fois que le créancier a voulu se détacher du gage, [le débiteur] est considéré lui avoir fait satisfaction, si, comme lui-même l'a voulu, il lui a donné garantie, bien qu'en cela, il ait été trompé. 4 - Celui aussi qui a remis le bien d'autrui en gage, une fois l'argent payé, peut, avec l'action de gage, faire valoir en justice son droit. 5 - Celui qui, avant le paiement, avec l'action*

[*Un bien hypothécable etc.* Le créancier reçoit pour la sûreté du crédit non seulement un bien propre du débiteur, mais aussi parfois, celui d'autrui ; ainsi, le mari, à partir de sa puissance maritale, bien que la communauté de tous les biens ait été exclue aussi contre le gré de son épouse, il peut obliger le bien de la femme et ceux qui ont pratiqué la table funèbre ne sont pas contraints de restituer les biens d'autrui mis en gage pour eux aux propriétaires, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 3, nb 4 et 7. Ce qui a été parfois fermement tenu en faveur du commerce et de l'agriculture, comme nous le verrons § 17, sur la note 1112.]

[**Sur la note 1095 de Groenewegen van der Made**

L'auteur oppose énergiquement les *biens obligés* par incurie et les *biens obligés par une servitude*, mais ici, pour *biens obligés*, il faut lire *terre obligée*, comme Grotius lui-même [le dit] ci-dessus, liv. II chap. XXXIII à la fin et à partir de ce qui est écrit chap. XXXIV et XXXV.

Du reste, dans nos usages, il est plus vrai que les servitudes rurales et les servitudes urbaines sont obligées à bon droit en gage et sont établies en sûreté du crédit, ainsi, pour qu'avec le bien-fonds dominant dont le prix sera plus important à raison de la servitude acquise, elles puissent être vendues, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 8, tit. 4, nb 8.]

§ 3. Mais il est interdit d'hypothéquer des servitudes urbaines et des instruments d'une culture par le droit civil, celles-ci, pour ne pas défigurer la ville [1096], ceux-là, pour ne pas faire obstacle à la culture [1097].

---

de gage, a agi en justice, bien qu'à bon droit, il n'ait pas agi en justice, cependant, s'il offre lors du procès, l'argent, doit obtenir le bien mis en gage et ce qui est de son intérêt ».

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Le bien d'autrui, en gage, peut être donné avec la volonté du propriétaire ; mais si, lui l'ignorant, [en gage], il a été remis et 'il l'a confirmé, le gage sera valide. 1 - Si, à plusieurs personnes, un bien, en même temps, en gage, est remis, la cause de tous est égale. 2 - S'il a dépendu du créancier d'empêcher que le paiement lui soit fait, à bon droit, on agit en justice avec l'action de gage. 3 - Parfois, quoique l'argent ait été payé, cependant, l'action du gage doit être empêchée, comme, quand le créancier a acheté son gage du débiteur ».*

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« Tu as remis le bien d'autrui en gage, ensuite, tu as commencé à être le propriétaire de ce bien, une action utile de gage est accordée au créancier. On ne doit pas le dire de même, si moi, pour Titius qui a obligé mon bien sans ma volonté, je vais être un héritier ; en effet, dans cette mesure, la poursuite du gage ne doit pas être accordée au créancier et il ne suffit pas, pour présenter une action utile de gage, qu'en soit le propriétaire celui qui, aussi, doit l'argent. Mais, si l'on a convenu que, quant au gage, de son mensonge, la preuve soit faite, de façon malhonnête, il résiste en empêchant que l'action utile soit élevée ».*

[1095] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 13 (14), 21 ; C. 8, 23 (24), 1 ; C. 8, 16 (17), 4.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Vitus et donnée en 294 : *« Demander que l'on donne des biens obligés de l'extérieur pour libérer du paiement d'une dette ne peut pas obtenir la propriété de ceux-ci ».*

Constitution d'Antonin adressée à Gabinius et donné en 213 : *« Il a été souvent dit dans les rescrits que le bien, à raison de la cause de ce qui a été jugé, sur l'ordre de celui auquel le droit de commander appartenait, selon le droit du gage, pouvait être tenu et vendu. Car, à la place d'une juste obligation, succède, à partir de la cause du contrat, l'autorité de celui qui commande ».*

Constitution d'Alexandre donnée en 225 : *« On a décidé il y a quelque temps, de façon générale et particulière, que la dette aussi d'un débiteur pouvait être mise en gage. C'est pourquoi, si ce débiteur n'a pas fait satisfaction à celui auquel toi, tu as fait un prêt, celui dont la dette a été donnée en gage, à moins qu'il ne l'ait payée à celui auquel il la devait, n'étant pas encore rendu plus certain par toi de ton obligation, avec des actions utiles, sera contraint de te faire satisfaction jusqu'à ce que ce que tu aies prouvé que cela était dû par le créancier, dans la mesure, cependant, où il le doit lui-même ».*

[1096] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 8, 10, 2.

Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Diogène et donnée en 223 : *« Il a été interdit dans un Édit du divin Vespasien et dans un sénatus-consulte que des constructions soient démolies et d'en enlever les marbres pour faire du commerce. Du reste, il a été disposé par une clause spéciale qu'il était permis de transférer d'une maison dans une autre certaines choses. Mais il n'est pas permis aux propriétaires de les transférer d'une façon telle que, une fois toutes les constructions mises à terre, l'apparence publique en soit déformée ».*

[1097] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 16 (17), 7 et 8 avec la Novelle qui suit, § *Agricultores.*

Constitution de Constantin adressée à tous les provinciaux et donnée en 312 : *« Les exécuteurs donnés par un quelconque juge pour réclamer ces dettes qui, civilement, sont demandées, n'enlèveront pas les laboureurs esclaves, les bœufs de labour ou les instruments de labour, à raison d'un gage, des possessions, ce à partir de quoi le paiement des tributs est retardé. En conséquence, si un garant, un créancier, un administrateur du pays ou du bourg, ou un décurion, dans cette affaire, a été découvert, il sera soumis à un châtiment à évaluer par le juge ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1097 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur signale ici quant au droit romain procède certes ; mais, dans le doute, [il faut savoir] si cela conviendra aux usages, du fait qu'aussi, le bailleur interdit tous les instruments ruraux à bon droit, comme nous le verrons ci-dessous, § 17, sur la note 1112.]

§ 4. Les mineurs qui ne peuvent pas aliéner leur bien, ne peuvent pas aussi l'hypothéquer [1098].

§ 5. À l'encontre de cela, tous ceux qui peuvent aliéner ont aussi le pouvoir d'hypothéquer et, parmi ceux-ci, est aussi compris un patron de navire comme celui qui peut, par nécessité, charger le navire par une bomerie [1099].

§ 6. Un banqueroutier ne peut pas faire une hypothèque ; et une hypothèque qui est faite avant au préjudice du créancier, avec la connaissance de celui auquel cette hypothèque était faite peut être annulée, comme il a été dit ci-dessus des aliénations [1100].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1100 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessus, liv. II, chap. V, § 4, sur la note 160.]

§ 7. Une HYPOTHÈQUE est TACITE ou EXPRESSE [1101].

§ 8. TACITE, *celle qui est mise en œuvre par la loi* [1102].

§ 9. EXPRESSE, *celle qui vient d'un consentement du propriétaire* ; car ce gage que l'on prend en justice n'est pas proprement une hypothèque comme ne donnant à l'un des créanciers aucun droit au-dessus de l'autre [1103].

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Probus, comte des largesses impériales, et donnée en 414 : *« Il ne convient pas d'enlever, à raison des gages, ce qui regarde la culture d'une terre ».*

Novelle, § *Agricultores* : *« Les agriculteurs occupés sur un bien rural, tandis qu'ils résident dans les villas, tandis qu'ils cultivent les terres, seront en sécurité sur n'importe quelle partie des terres, d'une façon telle que personne ne sera trouvé si audacieux qu'il présume envahir, prendre ou enlever violemment des personnes, des bœufs et des instruments des terres ou s'il y a quelque chose d'autre qui regarde l'ouvrage rural des terres. Mais, si quelqu'un a présumé violer un statut de cette sorte avec une audace téméraire, il rendra au quadruple ce qui a été enlevé et il encourra une marque d'infamie selon le même droit, ne devant pas moins être puni d'un châtiment impérial ».*

[1098] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 16 (17), 1.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Secundus et donnée en 197 : *« Il est raisonnable que tes nourrissons et les autres biens, dont il est à croire que personne n'allait pas les donner spécialement en gage, avec la convention générale d'un pacte qui a été faite au sujet de tes biens, ne soient pas dans la cause d'un gage ».*

[1099] (Note de Groenewegen) Voir les lois maritimes des anciennes villes de la Hanse, recès de 1591, art. 55.

(Notre traduction du vieil allemand) *« Art. 55 : Si un patron, sans nécessité, engage le navire en bômerie ou, sans nécessité, fait voile dans un port, là où il n'a pas frété, ainsi, un tel patron de navire doit être tenu de le rembourser à partir du revenu que l'armateur a pu compter là-dessus. Mais, s'il a vendu alors les biens du marchand et le navire, qu'ils sont affaiblis et aussi, qu'aux amis, il a dérobés le navire et le bien, on ne doit pas le souffrir dans une ville de la Hanse, en particulier dans celles-ci, à leur libre et plus grande peine sans grâce ».* Cf. pour le texte allemand J.-M. Pardessus, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, Imprimerie royale, Paris 1831, t. III, p. 525.

(Note du traducteur) Nous reprenons ici l'expression ancienne avec laquelle on appelait le prêt à la grosse aventure, que l'on retrouve également en anglais *bottomry* ou en néerlandais, *bodemerij*.

[1100] (Note de Groenewegen) Voir liv. II, chap. V, §§ 2, 3 et 4.

[1101] (Note du traducteur) Nous avons traduit *verbatim* les deux termes néerlandais *stilweygend* et *besproken* que Grotius traduit dans la marge par "légale" ou "conventionnelle", ce qu'expliquent les définitions qu'il donne dans les deux paragraphes suivants.

[1102] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 20, 4 et C. 8, 14 *(Dans quelles causes un gage ou une hypothèque est tacitement contracté).* ; Negusanti, *De pignoribus*, part. II, membr. 4, nb 1.

[1103] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 5, 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 20, 4 *(Ceux qui seront tenus pour plus puissants dans un gage ou une hypothèque et de ceux qui succèdent à la place des premiers créanciers)*, 10 et sur D. 42, 8 *(Pour que soit restitué ce qui, en fraude des créanciers, est fait)*, 6 § 6.

Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Quand l'un des créanciers demande, [en possession] des biens du débiteur, d'être envoyé, il est demandé si seul, celui qui le demande peut posséder ou, quand l'un le demande et que le préteur l'a*

§ 10. Ont des HYPOTHÈQUES TACITES les personnes suivantes.

§ 11. En premier lieu, un censier ou un ancien propriétaire sur **[244]** le bien chargé du cens pour recouvrer son cens [1104].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1104 de Groenewegen van der Made**

Une hypothèque se présente à l'ancien seigneur à la faveur du cens sur le bien-fonds censuel avec un privilège ; de même, au propriétaire direct sur un bien-fonds emphytéotique à la faveur de la rente, et au vendeur, sur le bien-fonds vendu livré sous cette loi qu'il reste lié pour le reste du prix, voir Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De rebus auctortitate judicis possidendis seu vendundis*, lib. 42, tit. 5, nb 47 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 20. Cependant, pour que le dernier cas tire son effet il requiert une tradition publique en présence du juge du lieu, afin que le même bien ne soit pas obligé envers plusieurs personnes, voir van Wesel sur la nouvelle loi d'Utrecht, art. 22, nb 19 et 20.

De même, à partir des ordonnances des États, le droit a aussi été accordé aux personnes qui exposent au soleil (communément, ceux qui exposent au soleil les toiles et les filets) à la faveur du prix de la blancheur, ce qui aussi, dans différentes ordonnances des États Généraux a été accordé à ceux qui ont vendu ou fait passer leur part de capital dans la Compagnie des Indes orientales et occidentales sur la partie cédée mais non encore payée, si le vendeur, sur le prix, a tenu sa foi envers l'acheteur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 31. Wassenaar dit plusieurs choses dans sa *Praxis judicialis*, cap. 22, nb 59.]

§ 12. En second lieu, le pays asséché entouré de digues, c'est-à-dire le cercle endigué, pour les frais des digues, des levées, des moulins, des écluses, des canaux et choses semblables [1105].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1105 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, le droit d'hypothèque légale se présente non seulement à l'ensemble des terres pour les dépenses sur la réparation des conduites d'eau, des moulins, mais aussi, il est préféré à tous les créanciers, bien qu'ils jouissent du privilège d'une hypothèque antérieure, voir Voet,

---

permis, à tous les créanciers, s'il y en aura l'accès. Et, de façon plus avantageuse, il est dit que, lorsque le préteur l'a permis non tant à la seule personne de celui qui le demande qu'aux créanciers et que, sur le bien, cela est considéré avoir été permis ; cela aussi, Labéon le pense. Et ne sera pas considérée la personne acquérir pour une autre, parce que, pour elle, n'acquiert rien celle à laquelle le préteur l'a permis, mais elle fait quelque chose dans l'ordre ; et c'est pourquoi, aux autres aussi, elle est utile. Clairement, si l'a demandé celui qui n'est pas un créancier, il ne doit pas être dit que même celui qui est créancier peut posséder, parce qu'une telle demande ne fait rien ; [il en va] autrement, comme si le créancier, auquel il a été permis de posséder, par la suite, avait reçu sa dette ; en effet, les autres pourront faire jusqu'au bout la vente des biens. 1 - Celui qui se voit ordonner de posséder est considéré se l'être vu ordonner à la place dont le soin regarde celui qui l'ordonne. 2 - Si, à raison de la nature du bien (comme si un bien-fonds avait été inondé) ou à raison de la puissance des brigands, il ne peut pas posséder, à bon droit, il est dit que cela ne sera pas possédé ».

[1104] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 4, 47, 1, 2 et 3.

Constitution d'Alexandre adressée à Capito et donnée en 230 : *« A partir certes du contrat par lequel tu dis que ta belle-mère s'est accordée avec ton père, alors qu'il a donné une terre en dot, pour qu'elle reconnaisse ces tributs, une action ne peut t'être accordée contre elle, même s'il est prouvé que l'accord a été ramené à une stipulation. Mais, si le bien-fonds évalué a été donné en dot, d'une façon telle que la partie de l'instrument le signifie, il n'y a pas d'action sur le fondement de la vente, de sorte que l'on s'en tient aux volontés ».*

Constitution de Constantin adressée au gouverneur Antonius Marcellus et donnée en 319 : *« En traitant des gains du bien de l'annone, nous avons appris que cette cause concernait principalement les reliquats, parce que certains, qui captent les nécessités alimentaires de quelques-uns, achètent des biens-fonds sous cette condition qu'ils n'apportent pas leurs restes au fisc et qu'ils les possèdent comme en étant exemptés. 1 - C'est pourquoi on a décidé que, si on trouvait quelqu'un avoir eu un contrat de cette sorte et avoir acheté, sous cette loi, une possession, tant pour les cens entiers que pour tous les reliquats de cette même possession, il sera tenu redevable, du fait qu'il est nécessaire que celui qui achète le cens d'un bien acheté reconnaisse qu'il n'est pas permis à quelqu'un de l'acheter ou de le vendre sans le cens ».*

Constitution de Julianus adressée au Préfet du prétoire Secundus et donnée en 363 : *« Tous, pour les terres qu'ils possèdent, reconnaîtront les dépenses publiques et ne seront pas secourus par des conventions contraires ; si un vendeur ou un donateur voulait conserver chez lui la charge d'une contribution avec un accord illégal et si la déclaration censuelle n'a pas encore été transmise, mais reste peut-être chez le premier propriétaire de la terre, ceux-ci mêmes dissimulant que ne les possédant pas, ils se la voient réclamer pour les possédants ».*

[1105] (Note de Groenewegen) Voyez les *Decisien van den Hove van Holland*, decis. 24 et 35.

Commentarius ad Pandectas, lib. 20, tit. 2, nb 31, et lib. 20, tit. 4, nb 19, et cela non seulement sur les espèces qu'il a dépensées pour conserver les digues, les canaux, pour réparer les routes, etc., mais Nieuwstadt, *Decisiones*, decis. 24 et 25, l'affirme aussi quant au double du profit et rapporte que cela a été ainsi jugé dans un jugement contradictoire par la Cour. Toutefois, ce qui a été prononcé quant au double du profit est considéré avoir été fait contre le gré de l'équité, du fait que ce profit est accidentel ; déjà, il est clair quant au droit que la cause de la perrtte est plus forte que celle du profit, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 41, C. 6, 30 *(Du droit de délibération et de l'acceptation ou du refus de la succession)*, 22 § 5. Voyez ci-dessus, liv. II, chap. XII, § 17, sur la note 311. Matthæus, *De auctoritate*, lib. I, cap. 19, nb 12, dit que cela a semblé aux gens d'Utrecht, de même, aux gens de l'Over-Ijssel.]

§ 13. En troisième lieu, quelqu'un qui a prêté de l'argent pour construire ou réparer une maison ou un navire, ou qui a fait le travail pour cela sur cette maison ou ce navire ; on appelle la lettre qui est faite de cette dette le *bijl-brief*[1106] ; est ici ajouté ceux qui ont pris à crédit quelque chose pour un entretien nécessaire de la chose hypothéquée [1107].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1107 de Groenewegen van der Made**

Ce que dit Groenewegen dans sa note est non seulement vrai, mais celui qui a prêté un matériau pour la réparation d'une maison ou d'un navire a une hypothèque légale avec un privilège et, sur ce navire ou cette maison, il est préféré aux autres créanciers ; ce qui a été répondu dans le droit de la Gueldre, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 41, nb 1 et 2. Cependant, cela ne triomphe pas dans une vente, à moins que celui qui prête n'ait expressément pourvu à lui quant à une hypothèque, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 28, defin. 107 ; Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 65, nb 142, p. 258. Toutefois, il indique ceux qui enseignent le contraire dans le nb 143 et de nouveau, dans le nb 144, il oppose à cette sentence toute la troupe des praticiens et de ceux qui repussent cette doctrine ; cependant, il admet dans les nb 145 et 146 différentes exceptions, comme pour le pupille, le soldat, le fou et d'autres. En tout cas, bien que celui qui prête de l'argent n'ait pas établi pour lui une hypothèque conventionnelle, il a un privilège personnel ainsi, pour qu'il soit préféré aux créanciers chirographaires, voir de même, Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 65, nb 151, et ici Groenewegen. En outre, il faut être attentif à ce que, si deux personnes ont prêté de l'argent, l'une à intérêts, l'autre à titre gratuit, celui-ci doit être préféré à celui-là, voir de même Berlich, concl. 65, nb 152. Toutefois, trois choses sont requises pour un prêt : I. Que l'argent ait été remis en prêt nommément pour la réparation d'une maison. II. Qu'il n'ait pas été converti à un autre usage. III. Que la maison à réparer existe, voir Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 12, nb 4 ; Carpzov, *Definitiones forenses*, part. I, const. 28, defin. 105 et 106.

[1106] (Note du traducteur) La définition de ce mot que donne François Halma dans son *Dictionnaire flamand-françois*, By Jacob de Weystein, Leyde/By Jacob van Poolsum, Utrecht 1758, p. 72, est la suivante : *« Promesse authentique, par laquelle quelqu'un qui a acheté un vaisseau, s'oblige de payer au charpentier qui l'a construit, le reste de la somme qu'il lui doit de l'achat ».*

[1107] (Note de Groenewegen) Celui qui a prêté de l'argent pour réparer une maison ou un navire ou qui a fait le travail pour cela a bien une hypothèque tacite, voir D. 20, 2, 1, D. 12, 1, 25, coutumes d'Anvers, tit. 66, art. 44. Mais non celui qui a prêté de l'argent pour construire une nouvelle maison, comme cela a été jugé par la Cour de Hollande et de Frise, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 20, 4, 5, ni aussi, celui qui a prêté de l'argent pour faire ou acheter un navire, à moins qu'il ne fût garanti sur ce navire avec un *bijl-brief* (certificat de constructeur), autrement, celui-ci a seulement une action personnelle privilégiée, voir D. 42, 5, 26 et 34, ladite décision 35, Faber, *Rationalia* sur D. 12, 1 [*Des choses prêtées, si un montant certain est réclamé, et de la condiction*], 25, Leonard Lenaert Buys sur D. 20, 2 [*Dans quelles causes, un gage ou une hypothèque est tacitement contracté*], 1.

Extrait du livre X des *Réponses* de Papinien : *« Dans le sénatus-consulte qui, sous l'empereur Marc Aurèle, a été fait, le gage d'un immeuble de rapport donné au créancier qui a accordé un prêt d'argent, à raison de la remise en son état initial d'un bâtiment à construire, appartiendra aussi à celui qui, le propriétaire adjudicataire lui en donnant le mandat, a administré les espèces [prêtées] ».*

Extrait du livre unique *De l'office des consulaires* d'Ulpien : *« Le créancier qui, à cause de la remise en état de bâtiments, a prêté, sur la dette, aura un privilège de réclamation ».*

Extrait du livre XVI *Sur l'Édit du préteur en bref* de Paul : *« Celui, pour construire, équiper ou aussi, acheter un navire, a fait un prêt a un privilège ».*

Extrait du livre V des *Règles* de Marcianus : *« Pour ce que quelqu'un, pour fabriquer, vendre, armer ou équiper un navire, ou avec quelque autre moyen, a prêté ou qu'à raison de la vente du navire, il réclame, il a un privilège après le fisc ».*

Et il est prouvé par le biais de conjectures, s'il apparaît que la réparation a été faite, mais si n'apparaît pas à partir de quel argent. Voir de même Berlich dans ladite concl. 65, nb 135. Il faut le statuer autrement pour les dépenses de plaisir, si ce n'est dans la mesure où la maison en est vraiment devenue de plus de prix, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 28. De façon générale, tous ceux qui ont prêté de l'argent pour la conservation d'un gage sont préférés aux créanciers même fortifiés avec une hypothèque expresse antérieure, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 35 ; Voet, lib. 20, tit. 4, nb 19 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, aux mots *mirum esse* - "il est étonnant", et la Cour l'a jugé selon cela le 15 octobre 1616 en annulant la sentence des gens de Haarlem, voir Johan Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 33, pourvu qu'ils aient prêté pour un bien immeuble, car, si [c'était] pour un meuble, la rétention en est accordée, voir Voet, lib. 20, tit. 2, nb 28, pourvu qu'ils le possèdent, autrement, seule demeure une action personnelle. À partir de cela, il s'ensuit qu'il n'a pas été répondu de façon suffisamment soigneuse, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 142, p. 356 à la fin et dans les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 51, p. 93, ni par l'auteur ni par Groenewegen ici dans sa note, qui accordent seulement une hypothèque légale à celui qui prête pour la conservation d'un bien ; à cette fin, il est ajouté D. 20, 4 *(Ceux qui sont tenus pour plus forts dans un gage ou une hypothèque et de ceux qui, à la place des permiers créanciers, succèdent)*, 5 et 6. Mais, dans ces lois, le contraire esdt clairement statué, car ici, la seconde hypothèque est préférée à la première, ce qui ne peut pas avoir lieu pour la simple hypothèque légale, du fait que celui qui est le premier dans le temps est légalement le plus fort.

Personne ne doute que le privilège se présente à celui qui prête l'argent pour la réparation d'une maison, mais on doute [de savoir] s'il en sera aussi de même du droit quant à un navire. Vinnen, dans ses notes sur Piet Peck, *Commentarius ad rem nauticam* sur D. 14, 2, 2 § 6, lettre B, a affrimé que la raison pour un navire était différente que pour une maison, du fait que la dignité, la splendeur et l'ornement de la ville le font pour protéger les bâtiments et les avoir en bon état ; de là, certaines précautions de façon particulière, comme de ne pas retirer une solive jointe à la maison d'autrui, comme nous l'avons vu ci-dessus, liv. II, chap. III, § 5, sur la note 98. Mais cette raison n'émeut pas, du fait que celui qui prête l'argent pour la conservation d'un bien est préféré aux autres créanciers, parce que, ce prêt n'ayant pas été fait, la chose allait périr. Pour cette raison aussi, quant à nos usages, van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 9, § 7, affirme cette question. Voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 29, et Huber, dans ses *Explications préalables* sur ledit titre des Gages, § 8, qui concèdent une hypothèque tacite chez nous également sur un navire et sur une maison, bien que, dans le droit romain, le contraire triomphe, voir Voet sur ledit titre, et Huber atteste la même chose quant au droit frison dans l'endroit cité. Pour cette raison aussi, si quelqu'un fait comparaître devant le tribunal un débiteur fugitif qui s'enfuit avec ses biens, il est préféré aux autres créanciers, car il a fait en sorte que la chose soit sauvegardée pour les autres, voir van Merle, *De arresationibus*, cap. 19, nb 24 ; Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 22, nb 59, et ci-dessous, liv. III, chap. XI, § 2 à la fin. Cela est étendu à raison de l'égalité de la ration, à celui qui prête pour la nourriture des marins, voir Brunemann sur D. 20, 4 *(Ceux qui sont tenus pour plus forts dans un gage ou une hypothèque et de ceux qui, à la place des permiers créanciers, succèdent)*, 5 et 6, nb 4 et 5, et cela est aussi en accord avec le statut d'Amsterdam, voir Roseboom, *Keuren van Amsterdam*, cchap. 37, de même, [avec celui] de Naples, voir Rocco, *Tractaet over schepen en vrachtgelden*, art. 92, nb 39, 40 et 41 ; et la Cour l'a aussi ainsi jugé en février 1582, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 35. Tobias Boel, sur Loenius, cas. 47, a débrouillé plus longuement cette matière. Mieux, celui qui a prêté de l'argent ou un matériau, comme [le dit] aussi ici l'auteur, pour construire un nouveau navire jouit en Hollande de ce privilège, signale Wassenaar dans ledit endroit, et à cette fin, il use de l'autorité de Costalius, de van Christijnen et de Roseboom ; mais l'homme très savant se trompe, du fait qu'aucun des deux n'aurait peut-être jamais rêvé quelque chose de tel et que le contraire a tout à fait été disposé dans la loi municipale d'Amsterdam, voir les coutumes d'Amsterdam, chap. 37, art. 18. À cela, on peut ajouter de ce que nous relèverons sur le livre III, chap. XI, à la fin.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXVII. Celui qui a prêté de l'argent pour construire un nouveau bâtiment ou un nouveau navire, à partir d'une sentence plus vraie, n'a pas une hypothèque tacite, bien qu'il ait été reçu chez nous que l'hypothèque tacite accordée dans le droit civil à celui qui construit un bâtiment regarde n'importe quelle nécessaire réparation du bâtiment ou du navire.]

§ 14. En quatrième lieu, quelqu'un qui a prêté de l'argent pour se soigner ou une tombe, sur tous les biens du défunt [1108].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1108 de Groenewegen van der Made**

Ces dépenses des funérailles sont imputées à la communauté conjugale et c'est pourquoi elles ne grèvent pas le seul héritier du défunt, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 11, tit. 7, nb 15. Cette hypothèque affecte le bien, bien qu'il soit passé à un tiers possesseur, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 110. Quoi qu'il ait été dit cependant sur les dépenses des funérailles, cela doit être restreint aux dépenses nécessaires, voir Brunemann sur D. 11, 7 *(Des actes religieux et des dépense des funérailles, et pour qu'il soit permis de conduire les funérailles)*, 45, et cela a été expressément fermement tenu à Middelburg pour les *dettes raisonnables du mort*, voir l'ordonnance sur le fait de concurrence et de préférence, art. 40. En outre, les salaires des médecins, des chirurgiens, de même, des pharmaciens, jouissent d'un droit de privilège, comme [le dit] van Leeuwen avec plusieurs choses, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 13, nb 9. Cela n'est cependant pas indistinctement vrai, car celles-ci sont rapportées aux seuls frais réclamés pour le soin de la dernière maladie, voir Voet, lib. 11, tit.7, nb 15, comme cela a été aussi disposé à Middelburg ; mais les serviteurs sont préférés pour le loyer de la dernière année écoulée et du dernier soignant, voir ledit art. 40. Ce qui est limité ailleurs, si, au moment où est mort le maître ou a cédé au tribunal, ils cohabitent avec lui et n'ont pas stipulé les intérêts d'un loyer déjà dû, voir Voet, ib. 20, tit.4, nb 37. Van Leeuwen, dans ledit endroit [de son ouvrage *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 13, nb 9], aux mots *by de doctors* - "par les docteurs", enseigne aussi ce que tient ici Groenewegen quant aux vêtements funèbres.

Il faut relever ici que l'époux survivant n'est pas tenu aux dépenses demandées pour les vêtements funèbres à Middelburg, mais que cette charge incombe aux héritiers, voir les coutumes de Middelburg, rubr. *Des successions*, art. 4. Ainsi a-t-il aussi agréé au gens d'Utrecht que l'époux survivant ne se lamente pas à ses frais, mais à ceux de l'époux défunt, voir Voet, lib. 11, tit. 7, nb 14. Bien que, de façon régulière, chacun qui souhaite porter de tels vêtements en l'honneur du défunt, soit obligé de le faire à ses frais, voir Voet dans ledit endroit, et van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 9, § 10, rapporte également que cela a été ainsi jugé.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXVIII. Celui qui aprêté de l'argent pour les funérailles ou la dernière maladie du défunt use certes d'un privilège aussi avant les créanciers hypothécaires ; mais il n'est pas considéré avoir une hypothèque tacite.]

§ 15. En cinquième lieu, le trésor public sur les biens de ses débiteurs [1109], à l'exception des amendes [1110].

[1108] (Note de Groenewegen) Voir D. 11, 7, 14 § 1 et 45. Dans ces frais d'enterrement, les vêtements de deuil ne sont pas compris, voir la coutume d'Anvers, tit. 47, art. 29, tit. 66, art. 13 ; Cooren, *Observationes*, obs. 38. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 13 *(De l'action relative au bien de l'épouse transfusée dans l'action sur le fondement d'une stipulation et de la nature procurée aux dots)*, 1 § 7.

Extrait du livre XXV sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - S'il y a un colon ou un habitant qui est mort et qu'il n'y a pas d'où payer les funérailles, à partir des biens apportés, Pomponius écrit que celui-ci doit avoir des funérailles et, s'il y a quelque superflu, cela, à la faveur du loyer dû, est tenu ».*

Extrait du livre VIII des *Fidéicommis* de Marcianus : *« La dépense des funérailles, toujours, de la succession, est déduite, [dépense] qui, aussi, doit précéder toute dette, lorsque les biens ne sont pas solvables ».*

[1109] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu lorsqu'il a eu une certaine administration des moyens communs du pays et que la dette en est née, autrement non, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 12, defin. 1 et les docteurs là ; les allégations de Rebuffe sur les *Constitutions royales*, t. II, le traité *De constit. reditu*, art. 1, glos. 14, nb 31.

[1110] (Note de Groenewegen) Voir D. 49, 14, 11 et 17 ; C. 10, 7, 1.

Extrait du livre IX des *Lettres* de Javolenus : *« Aucun bien ne peut, au fisc, appartenir, si ce n'est ce qui, pour les créanciers, sera de reste ; en effet, est entendu appartenir aux biens de chacun ce qui, de l'argent d'autrui, subsiste ».*

Extrait du livre II *Des peines* de Modestinus : *« En somme, il faut savoir que la réclamation de toutes les peines fiscales, pour les créanciers, est placée au second plan ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1109 de Groenewegen van der Made**

Voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 8, de même Matthæus, *De auctoritate*, lib. II, cap. 9. Ce droit se présente aussi aux fermiers de l'impôt dans les six mois, comme [le disent] ici Voet et ainsi aussi, van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 9, § 10. Ce droit d'hypothèque tacite se présente aussi en Zélande non seulement au fisc sur les biens des fermiers de l'impôt ou de ceux qui ont eu l'administration des biens du fisc, et cela pendant trentre mois, voir le placard de Zélande du 3 août 1682 dans le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1056, mais aussi à ces fermiers de l'impôt sur les biens de ceux qui doivent des redevances au fisc au moment de la préparation de l'exécution accordée à eux pendant six mois, non au-delà, voir les placards de Zélande du 19 septembre 1670 et du 28 juillet 1674, la Résolution du 12 avril 1688, dans le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1119. Mieux, par le placard du 10 décembre 1691, dans le *Groot Placaet-boek*, dans ledit vol. p. 1059, cette hypothèque tacite a été établie d'une façon telle que le fisc est préféré à tous les autres créanciers, aussi aux pupilles, non à ceux qui ont un droit plus ancien ou plus fort *(*[en néerlandais*] préférablement devant tous les autres, même ceux qui sont des pupilles n'ayant aucun droit plus ancien ou meilleur).* Que veulent en eux ces derniers termes de l'édit ou que signifient-ils ? Voyez le chap. X.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXIX. La région de Hollande a l'hypothèque tacite sur les biens de ceux qui doivent des redevances, des droits réels ou personnels, voyez les décrets de Hollande du 4 mai 1746 et du 31 juillet 1749, un droit qui a été aussi accordé à certains qui ont payé d'avance ces taxes, comme aux pêcheurs le 20 mars 1680, et à d'autres les 25 août 1724 et 12 avril 1738.

CDXX. Un semblable droit se présente à la République sur les biens des administrateurs, voir [la loi] du 19 juillet 1625, l'édit du 22 juin 1695, art. 36 à la fin et 37 à la fin, comme aussi sur les biens de ceux avec lesquels elle a contracté, car nous recevons cette hypothèque légale du droit civil ; voyez l'avis du 5 février 1665 joint à la thèse IX. Le décret de Hollande du 25 février 1768, dont la sentence est très différente, ne s'y oppose pas.]

§ 16. En sixième lieu, un pupille sur les biens de son tuteur pour le dommage qui est souffert par un défaut de son administration [1111].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1111 de Groenewegen van der Made**

Sur l'hypothèque légale que le pupille a à la faveur d'une administration, il est controversé [de savoir] s'il y aura seulement un privilège personnel, s'il le transmettra aussi aux héritiers, également, comme la femme, pour recouvrer la dot, qui transfert ce privilège à tous les enfants nés d'elle, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 65, nb 89, p. 253. Carpzov, *Responsa electa*, lib. IV, tit. 4, resp.

Constitution d'Alexandre adressée à Marcellus et donnée en 224 : *« La réclamation de la peine est placée après pour ceux qui poursuivent leur bien. C'est pourquoi, de même que, sur le montant du capital, la poursuite du fisc est plus puissante, de même, sur le triple qui, au titre de la peine, a été ajouté, une forme propre doit être supportée ».*

[1111] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 37, 20. Voyez en outre D. 26, 7, 5 § 4 et 9 § 1 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 299-300.

Constitution de Constantin donnée en 314 : *« À la faveur de l'office de l'administration du tuteur ou du curateur, les biens, s'il y a des débiteurs, entant qu'obligés au titre d'un gage, il ne se voient pas interdire de réclamer les moindres pour eux. De même, il en est, si le tuteur ou le curateur, ayant été établi, n'a pas administré les biens des mineurs ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Le débiteur du père qui a administré la tutelle du fils, de l'action de tutelle, sera tenu aussi à raison de ce qu'au père, il devait ».*

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si un père de famille a donné celui, en faveur duquel il a donné garantie, comme tuteur à son fils, à l'office du tuteur, il convient que, lorsque le terme [du paiement] de l'argent est écoulé, au créancier, il paie la dette ; et c'est pourquoi, celui-ci ayant cessé [de le faire], si le pupille, soumis à sa tutelle, a payé à partir de la cause de la garantie, non seulement, avec [l'action] de mandat, mais aussi, avec [celle] de tutelle, il pourra agir en justice ; en effet, lui sera imputé pourquoi, en sa faveur, il n'a pas payé. Si, au terme, ce tuteur était le débiteur, pour certains, il est considéré ne pas entrer dans l'action de tutelle, si seulement ce terme, après la fin de la tutelle, est survenu ; si le terme, la tutelle durant encore, est arrivé, ils pensent que, de toute façon, il est tombé dans l'action de tutelle. Moi, je pense que cela et ce qui [est dit] plus haut est ainsi vrai, si, dans ses richesses, le tuteur a commencé à défaillir ; du reste, si le tuteur était approprié, il n'entre en rien dans l'action de tutelle. Et personne ne pense que cela n'a pas d'effet ; car, si l'on a dit que, dans l'action de tutelle, il n'est pas tombé et qu'au privilège, il y a lieu, les garants seront tenus, s'il a été donné garantie que le bien [du pupille] sera sauvegardé ».*

33, nb 4 et 5, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 18 et 19, l'affirment. Et ils enseignent en outre que ce droit de gage légal, une bonne fois né, n'expire pas par la fin de la tutelle ni par la reddition des comptes, mais seulement par la restitution des reliquats ; ce qui a été restreint à Gand à cinq ans, voir l'interprète de la coutume de Gand, pour moi p. 117. Il a été expressément disposé le 20 décembre 1668 par les États que ce droit cessait aussi à Dordrecht et sur son territoire après l'écoulement de quatre ans, voir le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 467 et 468. Cependant, Stokmans, *Decisiones Curiæ Brabantiæ*, decis. 96, nb 9 et 10, atteste simplement que, sur ce point, il a été dérogé au droit romain par les usages du Brabant à cet effet que celui qui s'est acquis une hypothèque spéciale postérieure est préféré au mineur, bien que fortifié avec une hypothèque tacite légale antérieure, et ainsi a-t-il été jugé le 1er mars 1656.

[Pour savoir] si l'action de tutelle contre le tuteur ou son héritier était prescrite, voyez les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 46 et 47, et quand celle-ci sera jugée avoir commencé, part. III, cons. 174, nb 4. À ceux-ci, peuvent être ajoutés, part. I, les cons. 227, 299 et 300, et part. IV, le cons. 364. Mais il a été bellement demandé si le pupille aurait une hypothèque légale à la faveur d'une dette que le tuteur devait déjà à ses parents. Le cas était le suivant : Titus a reçu de Seius un prêt de deux mille florins en promettant des intérêts. Seius, ensuite, a institué le petit-fils Titius tuteur ; le grand-père est mort et Titius, qui a entrepris la tutelle, bientôt, a émigré. Il était déjà demandé si les pupilles, pour les espèces dues au grand-père, jouiraient du privilège de l'hypothèque légale. Ce qui est abondamment affirmé, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 382, et D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 54 n'est pas objectée à bon droit [qui dit] que personne ne transfère plus de droit à autrui que lui-même avait eu ; car cette hypothèque ne se présente pas au pupille au regard de son père ou de son grand-père, mais à partir d'une concession spéciale, pour que ses biens restent en bon état contre la négligence des tuteurs et les biens des tuteurs, non seulement actuels, mais aussi futurs, ont été liés, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 49. Maintenant, nous voyons que le pupille a une hypothèque légale sur les biens du tuteur. Mais supposons que les biens du tuteur ne suffisent pas à la sécurité de l'administration. Alors, il doit y veiller au jugement du juge, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 16, nb 20 et 21, ce à quoi, à Flessingue, le tuteur est toujours tenu par le biais de deux garants obligés pour le tout, voir l'ordonnance sur la Chambre des pupilles, art. 30.

Il est de nouveau controversé [de savoir] si l'hypothèque légale se présentera aussi au pupille sur les biens du demandeur en justice. Il y en a qui distinguent si le demandeur aura été établi par le juge ou par le tuteur lui-même. Dans ce cas, ils l'affirment, dans l'autre, ils le nient. Mais Voet accorde indistinctement de droit au pupille. Voyez Tobias Boel sur Loenius, cas. 110.

Du reste, il faut relever qu'à partir de notre droit, comme nous l'avons relevé ci-dessus chap. XII, § 17, sur la note 311, que les biens du mari étaient aussi liés légalement à la faveur du recouvrement de la dot envers l'épouse, mais qu'ils ne jouissaient pas non plus de l'hypothèque privilégiée accordée par Justinien pour eux, comme aussi l'indique Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 65, nb 3 et 4, quant au droit saxon. Cependant, il indique différentes taisons pour lesquelles ce droit est refusé aux épouses, par exemple si la femme a pratiqué avec son mari un commerce commun ou une auberge commune (dont, déjà, [il a été parlé] ci-dessus, liv. I, chap. V, § 23, sur la note 102). Si, avec la mauvaise administration domestique ou la vie immodérée de la femme, le mari en est venu à une indigence, cela pourra être prouvé et, si , le sachant, elle a épousé un mari vivant de façon prodigue ou déjà endetté avant les noces. Que celui qui souhaite apprendre un grand nombre de causes aille voir cet auteur.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXI. Les pupilles et les autres qui sont sous une tutelle ou sous une curatelle ont une hypothèque tacite sur les biens des tuteurs ou des cutrateurs, aussi en faveur de ce que le tuteur lui-même devait avant la tutelle. Ce droit d'hypothèque passe aux héritiers du pupille. Dans la loi de Dordrecht du 20 décembre 1668, art. 28, il a été spécialement disposé que cette hypothèque finissait quatre ans après la majorité ; ce qui a de même été établi quant aux autres hypothèques légales, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 71.

CDXXII. Un semblable droit droit d'hypothèque tacite se présente au pupille sur les biens du parâtre auquel la mère tutrice s'est mariée dans un second mariage ; mieux, sur les biens de la marâtre que le père tuteur a prise pour épouse, comme l'enseignent clairement les différentes lois pupillaires, qui doivent cependant être entendues quant à ce cas dans lequel la communauté des

biens a été reçue dans les secondes noces. Mais, toute communauté ayant cessé, la raison du droit approuve que les biens de la marâtre soient libres de cette charge.]

[245] § 17. En septième lieu, un bailleur d'une maison en ville ou dans le plat pays, sur les biens meubles, aussi, sur les bêtes qui sont apportées dans la maison par le locataire [1112] ; semblablement, un bailleur d'une terre, sur les fruits qui se trouvent sur le sol [1113] et le bailleur conserve ce droit dans le cas où il poursuit actuellement le bien qui est emporté de son sol [1114].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1112 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici est d'un droit expédient et cela a aussi ainsi semblé à la Cour le 17 février 1677, car, au regard des dépenses agréables des funérailles, selon Brunemann sur D. 11, 7 *(Des actes religieux, des dépenses des funérailles et pour qu'il soit permis de conduire des funérailles)*, 37, il a préféré le loueur, voir *Bellum juridicum*, cas. 15, et cela non seulement pour les loyers, mais aussi pour lé détérioration du bien-fonds, voir Brunemann sur D. 20, 2 *(Dans quelles causes un gage ou une hypothèque est tacitement contracté)*, 2, et cela a été ainsi disposé à Anvers, voir coutumes d'Anvers, tit. 66 *(De la préférence des créanciers)*, art. 11, p. 208. Cependant, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 3, est en désaccord, n'admettant pas cette hypothèque tacite, si ce n'est s'y étant ajoutée une fermeture, mais celle-ci, quant au droit où les statuts cessent, n'est pas nécessaire, du fait qu'elle est contractée à partir d'une introduction, comme [le dit] à meilleur droit Perez sur C. 8, 14 *(Dans quelles causes un gage ou une hypothèque est tacitement contracté)*, nb dernier. Cependant, la limitation faite par Groenewegen dans sa note doit en tout cas être admise, comme Voet, lib. 20, tit. 2, nb 5, admet celle-ci. Toutefois, dans le statut d'Amsterdam, le contraire a été fermement tenu, car non seulement ici, les biens propres du preneur sont liés envers le bailleur, mais aussi ce que le preneur s'est fait prêter par d'autres, cependant non les matériaux donnés au preneur pour fabriquer quelque chose, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 51, art. 81. Ainsi aussi a-t-il été disposé sur la matière à Flessingue ; mais cela triomphe ici autrement pour les biens prêtés, cependant, avec la limitation ici employée, à savoir, à moins que le bien n'ait été donné en prêt pour un usage domestique, voir la coutume de Flessingue, chap. 7, art. 9, p. 71. Avec ce statut d'Amsterdam, est aussi en accord la loi municipale d'Anvers, étant excepté le seul appareillage pour la cervoise (*les chaudrons de brasseurs*), voir les coutumes d'Anvers, tit. 59 *(Des louages)*, art. 17, p. 172, et tit. 66 *(De la préférence des créanciers)*, art. 11, p. 208. À Middelburg, à bon droit, le bailleur ferme aussi les biens à partir desquels le preneur reçoit quelque utilité, voir les coutumes de Middelburg,

---

[1112] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 2, 2 et les deux extraits suivants ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 [*De l'offre de bail et de la prise de bail*], 5. Étant bien entendu pour autant que les ci-devant dits biens apportés soient la propriété du locataire, si, au moins, avec la connaissance antérieure et la connaissance ils sont apportés dans la maison pour y rester, voir Negusanti, *De pignoribus*, part. II, membr. 4, nb 152-153 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 8, art. 14, nb 8 ; Afflitto, *Decisiones*, decis. 184 et les docteurs sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 5.

Extrait du livre unique *Relativement à la formule hypothécaire* de Marcianus : *« Pomponius, dans le livre XL de ses Différentes leçons écrit : non seulement pour les loyers, mais aussi, si un locataire a détérioré l'habitation avec sa faute, au titre de quoi, sur le fondement du louage* (ex locato)*, il y aura une action, ce qui a été amené et apporté, en gage, sera obligé ».*

Extrait du livre LXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un grenier a été pris à bail, une auberge ou un emplacement, Neratius pense qu'une convention tacite, quant à ce qui y a été amené et apporté, a lieu ; cela est vrai ».*

Extrait du livre Ier des *Parchemins* de Neratius : *« De cette règle, nous usons, [à savoir] que ce qui, dans des biens-fonds urbains, a été introduit est considéré être en gage, comme si l'on en avait tacitement convenu ; dans les biens ruraux, on observe le contraire. 1 - On peut douter que les écuries qui ne se trouvent pas dans des constructions qui les contiennent doivent être tenues au nombre de ces biens. Et certes, à des biens-fonds urbains, elles n'appartiennent pas, sans aucun doute, du fait que, des autres constructions, elles sont séparées ; cependant, pour ce qui regarde la cause d'un tel gage tacite, elles ne diffèrent pas beaucoup des biens-fonds urbains ».*

[1113] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 2, 7.

Extrait du livre XIII *Repris des différentes leçons* de Pomponius : *« Sur des biens-fonds ruraux, les fruits qui y naissent sont tacitement entendus être en gage envers le propriétaire du fonds loué, même si, nommément, on n'en a pas convenu. 1 - Il faut envisager que non tout ce qui a été apporté ou introduit, mais seul ce qui, ici, se trouvera, sera en gage ; c'est là ce qu'il est mieux [de dire] ».*

[1114] (Note de Groenewegen) Voir les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 196 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 20, 2 *(Dans quelles causes un gage ou une hypothèque est tacitement contracté)*, 9.

art. 7, p. 41, et ainsi, les délégués aux assemblées ont promulgué un édit le 24 octobre 1679, à partir d'un mandat spécial des États de Zélande du 24 septembre de l'année précédente, dans lequel il a été disposé que les choses apportées et introduites sur un bien-fonds rural, aussi, ce qui appartenait à un autre bien-fonds, était à bon droit fermé par la bailleur pour le loyer de la dernière année écoulée à lui dû et pour la sûreté de l'année qui court encore. En outre, pour que les bailleurs des biens-fonds ruraux ne soient pas dépouillés par l'avarice des preneurs, les États de Zélande ont promulgué un édit les 26 juin 1664, dans lequel, dans l'art. 12, il est interdit aux preneurs de couper des arbres frugifères et d'autres, de quelque qualité qu'ils soient, et cela aussi en relation avec la coupe des arbres, communément *les coupes volontaires* et des autres avant l'écoulement de quatre années, à moins qu'ils n'aient été pourvus du consentement écrit du propriétaire sous une peine de dix florins à appliquer au fisc à la faveur de chaque arbre coupé ; en outre, il doit réparer tout le dommage [causé] au propriétaire au prix que celui-ci aura juré lors du procès ou autrement, au jugement du juge ; il se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1035. Mais, de ces détours, revenons sur la route.

L'hypothèque ci-devant dite ne cesse pas, même si le bailleur a reçu un garant à la faveur du loyer ou un gage conventionnel, du fait que précaution abondante ne nuit à personne, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 6, nb 12. Cependant, Boel sur Loenius, cas. 33, a repoussé longuement cette sentence et enseigne que, dans ce cas, une novation est intervenue, mais peut-être trop subtilement, bien qu'il ait été ainsi jugé par la Cour de Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 177, et il n'y a aucune différence pour ce qui touche cette hypothèque entre les majeurs et les mineurs, voir Voet, lib. 20, tit. 2, nb 4.

Du reste, il faut observer que les statuts varie sur le temps que dure cette hypothèque. Ainsi, à Middelburg, elle se présente au bailleur pour la seule année écoulée après la confection de la fermeture à la faveur des autres choses qui s'ensuivront immédiatement, voir les coutumes de Middelburg, art. 5, p. 20. À Flessingue, la fermeture est tout à fait requise, voir ledit chap. 7, art. 9. De plus, il faut relever que le bailleur, à raison des fruits tant naturels que civils, est préféré à tous les créanciers qui ont même une hypothèque expresse antérieure, de même, aux pupilles protégés avec une hypothèque légale, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 63, et *ex professo*, cons. 68. Mais ici, dans le nb 4, il est répondu que le bailleur est même préféré à celui qui prête pour la conservation du bien, ce qui doit à peine être simplement admis, car, § 13 de ce chapitre, sur la note 1107, nous avons vu que tous ceux qui ont prêté pour conserver le bien jouissaient légalement d'une hypothèque privilégiée, voir Voet, lib. 20, tit. 4, nb 19. Également, les créanciers privilégiés étant déjà en concours, à raison de la règle très connue, l'un ne jouira pas de son privilège, en conséquence, celui qui est le premier dans le temps est plus fort en droit, voir Lauterbach sur D. 42, 5 *(De la possession des biens avec l'autorité du juge ou de leur vente)*, nb 49 ; Voet, lib. 20, tit. 4, nb 16 ; van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 11, nb 4 et 5 ; Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 65, nb 155, p. 259. Cependant, la Cour de Hollande, en février 1582, a jugé que les privilégiés qui jouissaient d'un privilège à partir de la même cause concouraient entre eux, voir Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 35, et ainsi aussi [le disent] Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 22, nb 60, et Voet, lib. 20, tit. 4, nb 36. Vinnen sur Piet Peck, *Commentarius ad rem nauticam*, tit. *De exercitoria actione*, p. 95, signale de là que, si les différents créanciers avaient prêté l'argent nautique non au marin, mais au marchand sous la mise en gage des marchandises, il n'y avait aucun droit de préférence entre eux, mais qu'ils concouraient en même temps et il atteste que cela avait été observé dans la Chambre des prêts maritimes ainsi à Amsterdam, dont [il sera parlé] ci-dessous, liv. III, chap. XII. Aussi, si deux hypothèques avaient été établies à une seule et même date, ainsi, pour qu'il ne puisse pas être su de quelle époque est la première ; en effet, dans ce cas, la Cour de Malines a jugé en février 1620 que les créanciers étaient en concours, voir *Précis du droit Belgique*, p. 162. Et Mornac, sur D. 20, 4 *(Ceux qui sont tenus pour plus forts dans un gage ou une hypothèque et de ceux qui, à la place des premiers créanciers, succèdent)* observe, quand la question quant à la priorité de temps est soulevée, que non le jour ou l'heure, mais le moment lui-même ou le point du temps doit être examiné.

Du reste, cette règle doit être observée entre les [créanciers] hypothécaires que les privilégiés sont préférés aux non privilégiés et les plus privilégiés aux moins privilégiés, voir Voet, lib. 20, tit. 4, nb 16. Ce qui procède de la même manière entre les [créanciers] chirographaires, voir de même nb 36.

IL faut seulement faire attention à ce que, si le bien est vendu à deux personnes, ne jouit pas de ce droit de préférence celle à laquelle le bien avait été déjà livré, bien qu'elle soit seconde dans le temps, à moins qu'elle n'ait connu la vente, voir *Decisiones Rotæ Romanæ*, decis. 12, nb 1 et 2, p. 14.]

[**Sur la note 1113 de Groenewegen van der Made**

À partir du fait que le bailleur du bien-fonds rural a les fruits qu'il y a obligés tacitement à la faveur du loyer, Huber, dans ses *Prælectiones* sur les *Institutes*, IV, vi *(Des actions)*, § 11, et sur les *Pandectes*, D. 20, 2 *(Dans quelles causes un gage ou une hypothèque est tacitement contracté)*, § 9 lui refuse l'hypothèque légale sur ce qui a été amené et apporté. Mais van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 9, § 3, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit.2, nb 2 et 3, attestent que cela triomphe autrement dans les usages. Mieux Huber, sur les lois alléguées, signale que dans la Frise elle-même, ce gage a été admis à la faveur d'un loyer semestriel.]

[**Sur la note 1114 de Groenewegen van der Made**

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 3, n'ayant pas été ajoutée la fermeture, refuse au bailleur la poursuite des biens sortis, et ainsi aussi, la Cour a jugé le 27 novembre 1607, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 84, que, si les biens fermés ont été transportés et vendus ailleurs, le bailleur jouissait d'un droit de préférence sur les espèces venues de là. En faveur de la sentence de l'auteur, cela a été à bon droit répondu, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 31, nb 5. Mieux, ce droit se présente au bailleur à un point tel qu'en aucune façon, ni par le colon lui-même ni par n'importe qui d'autre, il ne peut être enlevé, voir de même, cons. 32, nb 20 et suivant, et ce privilège est sauvegardé pour le bailleur, bien que le preneur ait laissé autant de biens qu'il suffit au paiement du loyer, voir *Bellum juridicum*, p. 113.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Goderfied van der Keessel**

CDXXIII. Les bailleurs des biens-fonds tant ruraux qu'urbains ont une hypothèque tacite sur ce qui y a été transporté et apporté, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 72, et le *Supplément*, part. IV, p. 214-215 ; ajoutez la *Keur* de Zélande, chap. 2, art. 35, les coutumes de Middelburg, rubr. 9, art. 7, joint à la rubr. 5, art. 5, la coutume de Flessingue, chap. 7, art. 9, le statut de Haarlem sur les louages de 1710, art. 13 et suivants, la *Keur* de Haarlem, part. I, p. 211, où ce droit est expliqué de façon plus soigneuse. Sur un bien-fonds rural, les fruits nés ici même sont tenus du même lien, mieux, ceux transportés dans un grenier, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 84. Mais il faut user de ce droit ou d'une saisie-arrêt pur le conserver, avant les biens à fermer soient transportés en dehors du bien-fonds. Ailleurs, leur poursuite se présente encore dans le mois après leur transport, voir la *Keur* de Leyde, art. 135.

CDXXIV. Ceux qui exposent au soleil des vêtement de toile, à la faveur du prix aussi dû antérieurement, ont sur eux un droit de rétention dans les lois du 20 janvier 1614 et du 9 mai 1732, et de préférence, s'ils les ont livrés, comme ils le doivent, au curateur des biens de celui qui n'est pas solvable avec les autres biens à vendre de celui-ci, voir le décret du 3 avril 1677.]

§ 18. En huitième lieu, les villes sur les biens de leurs administrateurs pour un dommage souffert par un défaut de leur administration [1115]. Un semblable droit est accordé à la Compagnie des Indes orientales [1116].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici que les villes ont une hypothèque légale sur les biens des administrateurs, qui est aussi étendue aux temples et autres édifices publics destinés à de pieux usages (*les églises*), voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 13, nb 11, aux mots *ten achtste* - "en huitième lieu", Voet, lib.20, tit. 2, nb 25 et 26. Ilsignale ici à la fin que ce droit se présente aussi aux bourgs et

[1115] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ*…, liv. III, defin. 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 50, 1 *(Des municipes et des habitants)*, 10.

[1116] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu, sur l'argent que ceux des administrateurs ont dans cette même communauté, voir l'octroi des États généraux du 2 mars 1601, art. 32, semblablement pour la Compagnie des Indes orientales, octroi des États généraux du 3 juin 1622, art. 33.

aux pays sur les biens de ceux auxquels la réclamation des charges a été remise, communément *les taxes de l'aube et les taxes des moulins*.]

[**Sur la note 1116 de Groenewegen van der Made**
Aussi, pour la Compagnie des Indes occidentales, comme [il a été] déjà [dit] ci-dessus, § 11, sur la note 1104.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDXXV. Les cités, et à leur ressemblance, les pays ont aussi une hypothèque tacite sur les biens de ceux qui réclament les taxes, voir le décret des États du 19 juillet 1625, la décision de la Cour de 1636 chez Loenius, cas. 69, le décret des États du 24 février 1679, les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 79, comme aussi l'Église sur les biens de ses administrateurs, decis. 355.]

§ 19. En neuvième lieu, le navire et le bien du marchand sont obligés pour le fret envers le patron de navire et ses matelots [1117] et le navire est entendu être subsistant aussi longtemps que la quille existe [1118].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1117 de Groenewegen van der Made**
Les marchandises, à la faveur du fret, de même à la faveur des dépenses de quelque qualité qu'elles soient, sont légalement obligées envers le marin, à moins qu'il ne les ait livrées ; après la livraison, pour le fret, seule susbsite pour lui une action personnelle ; en effet, les meubles n'ont pas de suite, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 196.]

§ 20. En dixième lieu, si le navire qui appartient au patron est obligé envers le marchand pour une compensation de ses biens vendus par le patron, pourvu que le marchand fasse la poursuite dans l'année et un jour, et qu'il le fasse prouver par le sceau de patron, dans le cas où le navire est arrivé dans la main d'un tiers [1119].

[246] § 21. En onzième lieu, un administrateur d'un marchand ou un fondé de pouvoir sur les marchandises à lui confiées pour le dommage qu'il pourrait souffrir par la perte de son crédit pour le propriétaire desdites marchandises [1120].

[1117] (Note de Groenewegen) Et pour un autre argent, voir les lois maritimes de Wisby, art. 5 ; l'ordonnance maritime de Philippe II de 1563, tit. II *Des patrons de navires et des marchands*, art. 13, bien que, cependant, aucune mention du fret des matelots ne soit faite.

« Art. 5 : Les matelots auront quatre deniers par lest pour la charge, et trois deniers par lest pour la descharge, et ce pour leur loyer de guindage ». Cf. Cleirac, *Us et coustumes de la mer*, Par Guillaume Millanges, Bourdeaux 1647, p. 166-167.

(Notre traduction du néerlandais) *« Art. 13 :Le navire étant arrivé à la place de son déchargement, on doit le décharger dans les quinze jours, si ce n'est par un notable inconvénient ou obstacle ; le patron de celui-ci ayant disposé le bien en dehors du navire, le patron pourra conserver le bien déchargé là jusqu'au moment où le marchand lui paie le fret et un autre argent ou qu'il lui en aura fait satisfaction »*. Pour le texte néerlandais, cf. J.-M. Pardessus, *Collection des lois maritimes …*, *op. cit.*, t. IV, p. 69.

[1118] (Note de Groenewegen) Voir D. 32, 88 § 2.

Extrait du livre V sur la *Loi Julia et Papia* de Paul : *« 2 - Mais, un navire ayant été légué et désuni, ni le matériau, ni le navire ne sont dus »*.

[1119] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 40.

« Art. 40 : Le Maistre à la contribution du jet payera sa part des marchandises jettées, jusques à concurrence de la valeur du navire, ou de tout le fret au choix du marchand, et le marchand pour la valeur des autres marchandises restantes ; et neantmoins pourra le marchand prendre, et avoir si bon luy semble ledit navire au prix que le Maistre l'aura estimé ». Cf. Cleirac, *Us et coustumes de la mer*, *op. cit.*, p. 178.

[1120] (Note de Groenewegen) Voir *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 45 ; coutumes d'Amsterdam confirmées par un grand nombre de témoins le 16 janvier 1596, imprimées parmi des privilèges de ladite ville, pour moi, p. 92 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 203 ; le titre de C. 8, 26 *(Aussi à raison de l'argent chirographaire, un gage est tenu).*

Ce titre ne comprend qu'une seule constitution, qui est la suivante : Constitution de Gordien adressée à Festus, et donnée en 29 : *« Le gage disparaît, si, une novation ayant été faite, tu as transféré sur un autre le droit de l'obligation et il n'est pas disposé que ce bien, au titre du gage, serait tenu. 1 - Si un pacte entre toi et celui qui, par la suite, ayant été établi propriétaire du bien-fonds, a entrepris une nouvelle obligation, est intervenu pour que, de même, les bien-fonds, envers toi, au titre d'un*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1120 de Groenewegen van der Made**

Le commerçant de détail ou l'artisan, bien qu'il ait obligé envers lui le maître, peut aviser à lui avec la rétention du bien amélioré par son service, jusqu'à ce que la dépense lui ait été payée et il sera plus fort que les autres créanciers, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 14, tit. 3, nb 9. Et ceux-ci sont tenus comme privilégiés parmi les [créanciers] chirographaires, voir Voet, lib. 20, tit. 4, nb 37.

Chez nous, la rétention publique n'attribue aucun droit à celui qui fait l'arrêt, voir Voet, lib. 4, tit. 2, nb 64, à moins que cela n'ait été expressément disposé comme à Flessingue, voir la coutume de la ville de Flessingue, art. 8, p. 76. Cela doit cependant être entendu ainsi, pour que celui qui ferme le premier soit préféré aux autres, certes, qui ferment, voir Knobbaart, *Loi civile de Gand*, rubr. 4, art. 9, obs. 6 (et il est plus que clair que c'est là l'intention aussi de la loi municipale de Flessingue), mais non à ceux qui ont une hypothèque conventionnelle ou légale, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 19, nb 48. Il est cependant requis que la fermeture des biens soit faite avant que le débiteur échoie au tribunal, voir de même, cons. 22, nb 19, et cons. 24, nb 16. Cependant, il a été autrement disposé dans le statut de Nimègue, voir ledit cons. 24, nb 17. Du reste, à partir du droit commun, comme nous l'avons dit, il est clair que celui qui ferme ne jouit d »aucun droit de préférence, comme [cela est dit] dans ledit cons. 17, nb 12 et ni la reconnaissance du chirographe faite lors du jugement ni la sentence du juge ne produisent cet effet, tant que les gages n'ont pas été pris pour poursuivre ce qui a été jugé, mais seulement fait pour l'exécution, ainsi, de sorte qu'un autre survenant, l'exécution étant en suspens, il concoure, voir Voet, lib. 20, tit. 2, nb 32.

En outre, il faut relever que la règle, quant à l'obligation des biens immeubles, si ce n'est le quarantième ayant été payé devant la loi du lieu, ne cesse pas pour les hypothèques tacites ou légales, voir Voet, lib. 20, tit. 1, nb 11. Ce qui est en tout cas vrai en Zélande où, pour établir une hypothèque, il est requis qu'elle soit corroborée avec les sceaux des échevins. Dernièrement, les États de Hollande ont promulgué le 30 octobre 1766 un édit du quarantième dans lequel il a été disposé que, si l'acheteur de biens immeubles affectés d'hypothèques avait reçu celle-ci en diminution des espèces à partir du contrat des débiteurs, après que le quarantième de tout le contrat de vente a été payé, il ne serait pas tenu de payer le quarantième de cette hypothèque ; [c'est] le contraire si, de nouveau, sont établies des hypothèques, voir *Europische Staats-secretaris*, novembre 1766, p. 585, *Nederlandsche Mercurius*, novembre 1766, p. 188.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXVI. Le marchand est préféré aux autres sur le prix que le mandataire a ramené de ses marchandises et sur les marchandises que le mandataire a achetées en son propre nom à partir de son argent tant qu'ils sont trouvés dans les biens de celui-ci, voir *Handvesten van Amsterdam*, p. 539 ; Roseboom, chap. 37, nb 28 et 29.]

§ 22. Une HYPOTHÈQUE EXPRESSE [1121], ou un gage, est *générale* ou *particulière.*

§ 23. GÉNÉRALE, celle qui est faite sur tous les biens de celui qui hypothèque. Celle-ci a une force sur un bien immeuble comme le ferait une hypothèque particulière et avec une semblable distinction [1122]. Mais, sur les biens immeubles, celle-ci n'a aucune force, à moins que l'hypothèque ne soit faite devant certains tribunaux de ces pays, sans avoir égard à la place où l'hypothèque était faite ou le bien pourrait être situé [1123].

---

gage, soit tenu, bien qu'ayant fait valoir en justice ton droit avec une action personnelle, tu as fait une condamnation, cependant, tu as la poursuite du gage. 2 - Et, si, en possession tu as été établi, à moins que cet argent aussi, par le débiteur, ne te soit rendu ou offert, [argent] qui, sans le gage, est dû, tu ne seras pas contraint de le rendre à raison de l'exception de dol. En effet, légalement tu soutiens que les débiteurs qui offrent cet argent au titre duquel ils ont obligé les gages, ne doivent pas être entendus, à moins qu'en faveur de celui-ci, ils n'aient aussi fait satisfaction, [argent] qu'ils avaient simplement reçu en prêt. 3 - Cela, pour un second créancier, n'a pas lieu ; en effet, la nécessité ne lui est pas imposée d'offrir la dette chirographaire au premier créancier ».

[1121] (Note de l'éditeur) Si les mots *sous une obligation comme selon les lois* portent avec eux une hypothèque ou une obligation des biens, voyez les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 267.

[1122] (Note de l'éditeur) Voir les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 247.

[1123] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 25.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1123 de Groenewegen van der Made**

Les biens emphytéotiques sont compris sous l'hypothèque générale, de même les fiefs héréditaires. Ceux-ci sont en effet, pour la plupart des choses, sont ramenés à l'instar des biens allodiaux, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, ainsi, pour que, même sans consulter le seigneur, ils puissent être mis en gage et aliénés, voir Voet, *Commentarius ad Padectas*, lib.20, tit. 1, nb 6. Cela a été autrement reçu en Gueldre et jugé le 27 janvier 1610, et cela triomphe aussi en Zélande. Il y a cependant des auteurs qui le comprennent autrement, que Pieter van Noeyen, *Over het consent van een leen-heer, voornamelyk tot het verband der leengoederen in Gelderland (Sur le consentement d'un seigneur, en particulier à l'obligation des biens féodaux dans la Gueldre)*, nb 5, p. 25, indique dans sa dernière dissertation particulière. Cependant, il dit avec Voet, nb 16, qu'il doit être fait une distinction entre les fiefs qui ont été ramenés à l'instar des biens allodiaux, et ceux dont aucune disposition n'est libre pour le vassal sans consulter le seigneur. Les biens sujets à un fidéicommis ne sont pas compris sous cette cette hypothèque, du fait que ceux-ci, se trouvant une condition ou un cas de fidéicommis, ne sont pas entendus être les biens propres du fiduciaire, mais plut ceux d'autrui, ni les biens de l'héritier, parce qu'ils ne se sont jamais trouvés dans les biens du débiteur du défunt, mais [sont] tout à fait les biens du défunt, si l'héritier a établi une hypothèque générale ; car, sous celle-ci, non seulement les biens actuels, mais aussi les biens futurs sont compris, de même les meubles, les immeubles et les biens incorporels ; en outre, les marchandises qu'il y a dans une boutique. Dans nos usages, la vaisselle nécessaire n'est pas exceptée et il n'y a ici aucune différence entre l'hypothèque légale et l'hypothèque conventionnelle, voir Voet, lib. 20, tit. 1, nb 6 et 7. Quant à l'hypothèque générale, voyez Abraham de Pape, *Observationes* sur les *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, vol. II, p. 22 et suivantes.

De plus, il faut relever que l'hypothèque générale [faite] en considération des immeubles a été destituée de tout droit de préférence, à moins qu'elle n'ait été établie devant quelque juge de Hollande et rédigée solenellement par écrit, et que le quartième de la dette n'ait été payé au fisc. Si on a satisfait à ces requis, on est préféré aux créanciers qui n'ont pas une hypothèque spéciale et il n'importe pas [de savoir] si elle aura été établie en présence d'un juge urbain de Hollande ou un juge de la campagne. Enfin, il faut faire attention à ce que l'hypothèque générale n'a pas d'effet au-delà du territoire, ainsi, pour qu'en Hollande, les biens immeubles situés ailleurs ne soient pas affectés, voir Voet, lib. 20, tit. 1, nb 10 et 11.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXVII. L'hyopthèque, soit générale soit spéciale, que ce soit des biens immeubles ou des biens meubles, n'est pas valide, à moins que le quarantième de l'argent dû le jour même de l'établissement du gage, n'ait été payé au trésor public, loi du 5 février 1665. Sont exceptés 1°. les dettes contractées légalement par la Chambre des pupilles, 2°. les hypothèques tacites ou légales, 3°. le contrat de bômerie [ou prêt à la grosse aventure], 4°. le gage des biens meubles qui a été livré au créancier, 5°. les hypothèques d'un bien immeuble établies au moment même de l'aliénation, qui sont appellés *Kustingen* - "sûretés, hypothèques".

CDXXVIII. Bien que, dans le droit commun hollandais, l'hypothèque générale des biens immeubles établie devant quelque juge hollandais soit valide partout, une exception a été cependant reçue à Leyde sur ce point pour l'hypothèque établie ailleurs que dans cette cité qui n'affecte pas les immeubles situés dans cette ville, voir la *Keur* de Leyde, art. 139, endroit que Boel sur Loenius, *Decisiones*, cas. 17, p. 116, restreint de mauvaise façon au cas de la loi du 26 septembre 1656.]

§ 24. Et, une telle chose ayant été déjà faite, celle-ci a une force aussi longtemps que le bien obligé est dans les mains du débiteur ou de ses héritiers ; mais, quand le bien est arrivé dans la main d'un tiers, ainsi, l'hypothèque serait sans force dans le cas où le possesseur avait acquis ce même bien par un titre onéreux [1124] ; alors, s'il **[247]** l'a acquis par un titre lucratif, ainsi le bien resterait obligé par l'hypothèque générale [1125].

[1124] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 10 *(Des obligations et des actions)*, 14. Un telle chose a été souvent entendue par la Cour de Hollande et en particulier le 4 décembre 1615 dans l'affaire de Jacob Corineliszoon Faes, demandeur, contre Digmans Martenszoon, défendeur. Mais aussi, à Amsterdam,

[**Note de Willem Schorer sur la note 1124 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur signale ici quant à l'hypothèque générale est très vrai ; il existe deux autres sentences portées par la Cour, à côté de celle indiquée par Groenewegen, du 3 juillet 1609 et du 29 juillet 1611, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 196.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXIX. L'hypothèque conventionnelle établie de façon générale est éteinte avec le transfert à titre onéreux à autrui de l'immeuble. Une autre chose doit être dite quant à l'hypothèque légale qui a été laissée à la disposition du droit civil, pour laquelle il est cependant raisonnable qu'aussi chez nous, le possesseur de bonne foi use du bénéfice de rang à bon droit devant le débiteur principal et ses garants, voir la Novelle IV, cap. 2.]

§ 25. Une HYPOTHÈQUE PARTICULIÈRE est sur un bien *meuble* ou *immeuble.*

§ 26. Sur un bien MEUBLE, elle peut être faite avec une LIVRAISON DU BIEN ou SANS LIVRAISON DU BIEN.

§ 27. Avec une LIVRAISON DU BIEN, elle est valide, de quelque façon que celle-ci ait été faite [1126] en considération de cela.

---

sous une hypothèque générale, ne peut pas être annulée par une hypothèque particulière celle qui est la plus récente, comme il sera dit ci-après dans le § 40. Ainsi, il est jugé en suivant cela par le Haut Conseil de Hollande qu'à Amsterdam, un telle hypothèque générale ne peut pas être perdue par un transfert et qu'avec cela, la vente d'un bien immeuble passe à l'acheteur avec la ci-devant dite charge de l'hypothèque. Voyez la sentence du Haut Conseil de Hollande du 19 mars 1633 dans l'affaire de Jacob Masure, demandeur, contre Jan Jurriaenszoon, défendeur et des bourgmestres d'Amsterdam ajoutés avec lui. Cela est en accord avec les lois romaines, voyez la Novelle CXII, cap. 1 à la fin ; C. 8, 13(14), 15 ; C. 8, 27 (28), 12.

Novelle CXII : Constitution de Justinien adressée à Theodotus, Préfet du prétoire de l'Orient, et donnée en 541 : *« Chapitre I : (…) Mais nous prescrivons que cela soit observé, si, peut-être, auparavant, par une hypothèque générale ou particulière, nommément, ce même bien a été obligé envers d'autres créanciers ; alors, en effet, selon la teneur de notre loi, nous décrétons que les privilèges du temps, à chacun des créanciers, soient conservés. À partir de cela, il sera clair que nous ne voulons pas que les hypothèques générales soient beaucoup plus comprises sous un mot litigieux, mais nous prescrivons que leurs actions selon les établissements des anciennes lois, soient examinées et obtiennent une force. Et nous disposons cela quant aux [hypothèques] litigieuses, quant à l'hypothèque particulière et aussi générale, [à savoir] que, déjà, aucun doute n'est né quant à celles-ci dans les jugements, mais qu'ils seront terminés selon la distinction dite ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Basilida et donnée en 293 : *« Il est très certain que le débiteur qui ne vend pas, ne donne pas et ne lègue pas, ou ne laisse pas par le biais d'un fidéicommis peut rendre la condition du créancier plus mauvaise. D'où, si tu as la ferme conviction que tu peux prouver que le bien a été obligé envers toi, tu dois poursuivre les gages ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Zoticus et donnée en 293 : *« Si le débiteur t'a vendu un bien obligé selon le droit du gage, il a transféré la propriété avec sa cause à l'acheteur ».*

[1125] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 42, 8, 6 § 11 ; D. 44, 4, 4 §§ 28-29 ; D. 50, 17, 41 § 1. Voyez Rebuffe sur les *Constitutions royales*, *De litteris obligatione*, art. 4, glos. 2, nb 39.

Extrait du livre LXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - De la même façon, nous disons que, si, à quelqu'un, un don a été fait, il ne doit pas être demandé si, le sachant celui auquel le don a été fait, cela aura été fait, mais, seulement, si seront trompés les créanciers ; n'est pas considéré, d'une injure, être affecté celui qui l'a ignoré, alors qu'un profit en est arraché et un dommage n'est pas infligé. Contre ceux, cependant, qui, l'ignorant, de celui qui ne sera pas solvable, ont reçu la libéralité, une action devra être accordée dans la mesure où ils se sont enrichis, au-delà, non ».*

Extrait du livre LXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 28 - Si, alors que la succession légale de Gaius Seius t'est arrivée et que moi, j'ai été institué héritier, que tu m'as conseillé par le biais d'un dol de ne pas accepter la succession et que, par la suite, moi, j'ai rejeté la succession, que toi, tu l'as, à Sempronius, cédée en en recevant le prix et que celui-ci, de moi, réclame la succession, l'exception de dol de celui qui la lui a cédée ne peut être soufferte. 29 - Mais, si quelqu'un, à partir de la cause d'un legs, a revendiqué [quelque chose] ou celui, auquel, à partir de la cause d'une donation, un bien a été procuré et qui le revendique, souffrira-t-il, quant au dol, l'exception "à partir de la cause de celui à la place duquel il a succédé" ? Et Pomponius pense plutôt qu'il doit être repoussé ; et moi, je pense qu'avec l'exception, ceux-ci ne doivent pas être repoussés, du fait qu'ils ont obtenu une cause de profit ; une chose est, en effet, d'acheter, une autre, à partir de ces causes, de succéder ».*

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Dans une chose obscure, il vaut mieux être favorable à une réclamation qu'à un gain imprévu ».*

[1126] (Note de Groenewegen) Excepté pour un paiement, les lettres de rente et ce qui est semblable comme étant interdit par le placard des 40 deniers, art. 14.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1126 de Groenewegen van der Made**

Ce que relève Groenewegen sur ce § est vrai ; et de même, [dans ses *De legibus abrogatis*] sur C. 8, 17 *(Ceux qui, sur un gage, sont tenus pour plus forts)*, 11, il enseigne que les plus grands vaisseaux sont tenus parmi les immeubles, ainsi, pour qu'ils ne soient pas à bon droit obligés, si ce n'est devant un juge hollandais une fois le quarantième payé. Mais l'hypothèque spéciale des biens immeubles ne subsiste pas autrement, si ce n'est ayabt été contractée devant le juge de la situation du bien, du fait que les biens meubles sont imaginés être actuels pour leur propriétaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 21.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXX. Il est certain que les garanties concernant les intérêts qui sont chez nous appelées des *Obligations*, peuvent etre obligées en gage sans le paiement du quarantième, pourvu qu'elles soient livrées au créancier.]

§ 28. Sans une LIVRAISON DU BIEN, elle est valide, bien que directement, pour autant que cela concerne le débiteur [1127], mais non au préjudice d'un autre créancier, à moins que la livraison ne fût faite devant trois témoins ou un notaire et deux témoins [1128].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1128 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que le gage de biens meubles n'est pas utile au créancier, à moins qu'avec les solennités [faites] en présence d'un notaire et et en employant le témoignage de deux ou trois témoins la tradition ne s'ajoute, bien que le § 27 ait enseigné que la mise en gage des biens meubles était à bon droit faite avec une tradition et aussi sans une tradition ; car, en tout cas, la tradition y étant ajoutée, il est si clair qu'aucune solennité n'est requise de sorte qu'il n'y a personne qui dise le contraire. À partir de là, de prime abord, je suis d'avis que cette sentence a dépassé avec une erreur de la plume, Grotius et que pour *à moins que la livraison* (*handzetting*), il faut lire *à moins que l'hypothèque* (*onderzetting*) et alors, la sentence sera plus claire et l'auteur admettra le constitut possessoire. Il est plus que clair que Groenewegen, ici dans sa note, a ainsi entendu l'auteur et admis ce droit à partir de l'ajout de l'exception reçue dans l'usage d'Amsterdam. Cependant, il est péremptoirement vrai que cette sentence n'était pas de l'auteur, car, ayant été consulté par la suite le 28 février 1632 sur cette matière, il a répondu tout à fait le contraire et pas même, bien que le débiteur dise qu'ils possédera ses biens dans l'avenir au nom du créancier à titre précaire, du fait que cette clause est présumée être intervenue seulement en fraude de la coutume qui réclame la tradition des biens meubles et cela, au préjudice des autres créanciers ; la réponse de celui-ci se trouve dans les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 174, nb 5. [Il a] aussi [été répondu] ainsi à Deventer le 1er

---

[1127] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 1 ; D. 20, 1, 34 § 1.

Extrait du livre XL *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Le gage est contracté non seulement avec la seule tradition, mais aussi avec une convention pure et simple, quoiqu'il n'ait pas été livré. 1 - Quand, en conséquence, un gage a été contracté avec une convention pure et simple, voyons si, quand quelqu'un a montré de l'or comme, en gage, allant le donner et qu'il a donné du bronze, il aura obligé l'or en gage ; il s'ensuit logiquement que l'or est engagé, mais pas le bronze, parce que, sur cela, ils n'auront pas consenti. 2 - Si quelqu'un, cependant, alors qu'il donne du bronze en gage, a affirmé que c'était de l'or et qu'ainsi, en gage, il l'a donné, il faudra voir s'il aura obligé le bronze en gage et si, parce que sur l'objet, il y a un consentement, en gage, il sera considéré se trouver ; il est mieux [de dire] cela. Sera, cependant, tenu de l'action de gage en sens contraire celui qui l'a remis, au-delà du stellionat qu'il a commis ».*

Extrait du livre XXVII des *Digestes* de Scævola : *« 1 - De même, il demande, alors qu'une telle lettre a été envoyée :* (texte en grec) *"Empruntant de toi cinquante deniers, je t'ai demandé de ne pas recevoir un garant de moi, mais un gage (en effet, tu sais bien que la boutique et mes esclaves n'ont été obligés envers personne, si ce n'est envers toi) et de suivre la foi d'un homme de bien" ; un gage a-t-il été contracté ou cette lettre n'est-elle d'aucune importance, du fait que, sans jour et sans [indication] du consul, elle se trouve. [Scævola] a répondu qu'alors que l'on était considéré avoir convenu de gages, l'obligation des gages ne cessait pas, pour la raison que le jour et les consuls n'avaient pas été ajoutés ou les tablettes, signées ».*

[1128] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 17, 11 ; Cooren, *Observationes*, obs. 38 *; Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 232-235 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 17, 11. Mais, à Amsterdam une obligation générale devant un notaire et deux témoins même aussi à l'égard de biens meubles et des dettes existantes n'est pas entendue être valide au préjudice des autres créanciers, voir la coutume ici commandée par plusieurs témoins les 4 et 6 avril 1622, enregistrée au secrétariat de la ci-devant dite ville dans le *Compostboek*, fol. 146-147, dans le passage imprimé sous le privilège de la même ville de 1624, pour moi, p. 102-103.

avril 1684, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, cons. 35, nb 12, ce à quoi s'accorde le statut d'Anvers, voir les coutumes d'Anvers, tit. 53 *(Des obligations)*, art. 3, p. 151. Voet, lib. 20, tit. 1, suit cette sentence. Il y en a d'autres qui n'admettent pas ce remède du droit et le soutiennent né uniquement dans le cerveau des interprètes, parmi lesquels, de Haan dans ses notes sur la coutume de Gand, rubr. 6, art.9. Cependant, Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De adquirenda vel amittenda possessione*, lib. 41, tit. 2, nb 16, est en désaccord et il atteste que cette façon a été reçue dans l'usage chez les Français, les Italiens, les Allemands et les autres peuples, et il signale que le fondement de cette jurisprudence doit être recherché dans D. 20, 1 *(De l'acquisition, et de la perte de la possession)*, 18, comme [le dit] plus longuement Brunemann sur cette loi, et Finckelthaus, *Observationes*, obs. 24, nb 20, signale qu'en réalité possède celui au nom duquel il est possédé.

Il est communément déterminé quel sera le mode de tradition de la possession dont le possesseur de la totalité des biens a déclaré qu'il la posséderait dans l'avenir pour un autre et au nom d'un autre. Cependant, il faut parfaitement relever qu'elle ne produit tout à fait aucun effet établi, chaque fois que le débiteur a livré des biens meubles à un autre créancier et a ainsi lui-même transféré à une autre la propriété de ceux-ci, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 12. La raison en est que cette mise en gage ne peut pas empêcher la tradition ; et il n'attribue pas contre un tiers possesseur l'action hypothécaire, pourvu qu'il n'ait pas été conscient d'une fraude, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons.39, nb 1 et 2,part. V, cons. 29, à moinsque la tradition des clés ne s'ajoute, voir Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, cons. 66, nb 6, bien qu'elles n'aient pas été éloignées de la maison du débiteur, voir Schomaker dans ledit cons., nb 6, 7 et 8, pourvu que les clés soient livrées par celui qui voulait transférer la possession, voir Gabrielo Alvarez de Velasco, *Decisiones et consulationes*, t. II, cons. 179, nb 6. Mais il est controversé [de savoir] si la tradition des clés suffira dans un endroit d'où le magasin ou le grenier ne pourra pas être aperçu, voir de même Wamesius dans ladite cent. 4, cons. 66, nb 13. Voyez Vinnen sur cette tradition symbolique et aussi les notes très subtiles de Janus a Costa sur les *Institutes*, II, i, § 4, comme aussi, l'auteur, liv. II, chap. V, § 12, et ainsi [le dit] l'interprète des statuts d'Anvers dans ledit endroit. Car ici, est ajoutée une exception, à moins qu'il ne trouve quelque chose qui a l'effet d'une tradition. Ce que Voet, dans ledit endroit, admet quant au droit hollandais par le biais de l'édit du 5 février 1665 (il se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. III, p. 1005), pourvu que la dette, le quarantième en ayant été payé devant quelque juge de Hollande, soit enregistrée dans les actes publics. Pour que toute fraude soit évitée en Zélande, dans l'ordonnance des États du 3 mars 1671, il a été interdit que, et cela, sous peine de nullité, le transfert des biens meubles qui sont à la campagne soit fait sans une tradition aussi sous un prétexte quelconque, à moins que les déclarations à faire trois dimanches n'aient précédé et que celui-ci ne soit enregistré devant le juge par le greffier ordinaire, voir *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1052, ce qui a été de nouveau renouvelé le 3 août 1682, voir de même, p. 1056. Le 3 mars 1689, [les États de Zélande] ont expressément consacré, voir *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1058, qu'aussi, la vente des biens meubles devait être faite en employant les solennités publiques, afin que le bailleur ne soit pas dépouillé.

Mais il est cependant requis, pour qu'elle tire l'effet établi, I. de la part qui l'établit, lui-même possède le bien à transférer ; II. qu'il détermine posséder en son nom et qu'il commence à être en possession d'autrui ; III. [qu'il y ait] une approbation de la part du constituant ; IV. que la cause subsiste ou un juste titre, voir Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De adquirenda vel amittenda possessione*, lib. 41, tit. 2, nb 17.

Du reste, il a été demandé si un instrument notarial sera préféré à un chirographe privé. Ce qu'affirme Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 26, et il signale que cela a été jugé plus d'une fois par la Cour, ce que Boel enseigne avoir été fermement tenu dans les statuts de certaines villes, auquel est ajouté van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 13, nb 20, comme aussi à Middelburg, dans l'ordonnance sur le droit de préférence, art. 26.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXXI. La loi du 5 février 1665 (dont [il est parlé] dans la thèse CDXXVII) n'a pas abrogé la prérogative de l'hypothèque publique de C. 8, 17, 11 ni n'a introduit un nouveau droit à partir du seul paiement du quarantième, mais a imposé un tribut aux hypothèques conventionnelles déjà reçues.]

§ 29. Mais, dans le cas où le bien meuble est venu par un titre légal dans les mains d'un tiers, ainsi, le même bien est libre et déchargé [1129], à moins que le vendeur n'ait stipulé un droit de gage sur son bien vendu à défaut de paiement ; dans ce cas, le vendeur, dans le Rijnland, serait tenu aussi contre un tiers, quoique le gage **[248]** ne soit fait que clandestinement [1130].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1129 de Groenewegen van der Made**
Bien que les meubles n'aient pas de suite et qu'en conséquence, tout droit de gage soit éteint, quand il est passé à un autre, il n'importera en rien [de savoir] si les meubles auront été affectés spécialement ou généralement ; cependant, cette distinction de l'auteur [faite], § 17, dans les notes 1113 et 1114 doit être admise, du fait que la cause de la perte sera entièrement plus favorable que celle du profit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 14.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDXXXII. Les meubles obligés en gage de façon générale ou spéciale sans tradition, s'ils ont été aliénés par le débiteur, sont libérés du lien du gage ; ce qui est vrai quant aux garanties relatives aux intérêts, même si un hypothèque n'a pas été établie sur eux, non de même, quant aux instruments qui sont appelés *Kusting-brieven* - "lettres de sûreté", voir *Nerderlandsch advijsboek*, part. II, cons. 161.]

§ 30. Une HYPOTHÈQUE DUN BIEN IMMEUBLE est ainsi valide quand celle-ci est faite devant le tribunal de la place où le bien est situé [1131], pourvu qu'aussi, le quarantième denier en soit payé et l'hypothèque enregistrée, mais autrement non [1132].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1132 de Groenewegen van der Made**
I a déjà été traité de ce qui est requis, § 23, sur la note 1123. Mais il est demandé si les solennités avaient été laissées de côté par l'imprudence du sténographe ou qu'ayant étéinterrogé, il a affirmé que le bien était libre alors qu'il avait déjà été lié envers un autre de façon solennelle. Contre un tek sténographe, une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*) est accordée pour ce qui est d'intérêt, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 11, aussi avectoute cause ; et cela a ainsi été expressément disposé par une ordonnace du 16 septembre 1673, qui se trouve dans les *Ordonnances de Flandre*, vol. III, fol. 1458, et cela a été jugé la même année, voir *Précis du droit Belgique*, p. 161.]

§ 31. Cependant, un bien féodal n'est pas obligé devant le tribunal de la place, mais devant un lieutenant et des vassaux [1133].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1132 de Groenewegen van der Made**

[1129] (Note de Groenewegen) Voir les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e partie, part. III, avis 174 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 10 *(Des obligations et des actions)*, 14. Ceci diffère des lois romaines, voir D. 43, 33, 1 § 1.

Extrait du livre XLIX des *Digestes* de Julianus : *« 1 - Si le colon a apporté des biens sur le bien-fonds de deux personnes au titre d'un gage, d'une façon telle que les deux, pour le tout, soient obligées, chacune, contre un tiers, avec l'interdit Salvien, à bon droit, fera valoir son droit en justice ; mais, entre elles-mêmes, si cet interdit est rendu, la condition du possédant sera meilleure. En revanche, s'il a été fait en sorte que, pour une partie, le bien soit obligé, une action utile, contre les tiers et entre eux-mêmes, devra être accordée, par le biais de laquelle chacun saisira la moitié de la possession ».*

[1130] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* du Rijnland, art. 48, 49 et 50.

[1131] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 9 mai 1529 ; ordonnance de police, art. 35 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 41.

[1132] (Note de Groenewegen) Voir le placard des 40 deniers, art. 10-11 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 12, defin. 16. Ajouter qu'une hypothèque même faite devant un notaire et deux témoins n'est aussi pas valide ni ne peut être faite concernant les deniers de biens immeubles, voir les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 24.

[1133] (Note de Groenewegen) Voyez le ci-devant dit placard du 9 mai 1529 ; placard du 21 février 1564.

Anciennement, il n'était permis à personne de mettre en gage les fiefs, mais il était permis par les papes d'inciter les sujets à la sainte ou superstitieuse expédition (communément *la croisade*) en Palestine où se trouvaient encore ou étaient rabaissées des traces du Sauveur et des apôtres, voir *Vaderlands Historie*, chap. 2, liv. VII, p. 203 et suivantes. Voltaire, *Essay sur l'histoire générale*, t. I, chap. 43, p. 297 et suivantes, et t. II, chap. 46.

Si un arrière-fief doit être mis en gage avec une hypothèque, cela doit être fait dans la Cour du seigneur qui sous-inféode, bienqu'ailleurs, le choix soit accordé à l'arrière-vassal, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 9.]

§ 32. Le créancier peut poursuivre en justice son hypothèque particulière d'un bien immeuble, bien que le débiteur ait perdu celui-ci et que, pour cette raison, le bien soit venu dans les mains d'un tiers [1134], aussi, sans être d'abord tenu de poursuivre en exécution son débiteur et ses héritiers [1135].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1135 de Groenewegen van der Made**

Il a été répondu à Utrecht contre la sentence de l'auteur et l'autorité ici ajoutée par Groenewegen, voir *Consilia Ultrajectina*, part. II, cons. 77, ainsi cependant, pour que le créancier qui a plusieurs biens obligés envers lui choisse sur quels biens l'exécution devra être faite, voir *Consilia Ultrajectina*, part. II, cons. 110, nb 4 ; mais le choix une fois fait, il ne peut pas choisir un autre bien sur lequel un second créancier a été envoyé, voir Brunemann sur D. 20, 5 *(De la vente des gages et des hypothèques)*, 8.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXXIV. Sur les hypothèques spéciales des immeubles, cesse le bénéfice du rang, voir l'ordonnace de police, art. 36 ; voyez les coutumes de Middelburg, rubr. 8, art. 14.]

§ 33. Si le bien immeuble obligé a été mis dans les mains du promettant ou non, il ne donne ni ne prend une telle chose en matière de sûreté [1136] ; mais ce qui est remarquable concernant cela sera montré ci-après dans le chapitre des contrats.

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXXV. La raison du droit civil reçu approuve que les biens soit meubles soit aussi immeubles obligés en gage et livrés puissent être retenus à l'encontre du débiteur lui-même aussi à

[1134] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 13 (14), 14 et 15 ; C. 8, 27 (28), 12. La même chose a lieu sur de navires qui sont au-dessus de quatre gros de charge, lesquels sont tenus à l'égard de cela, pour des biens immeubles. Voyez ci-dessus, liv. II, chap. V, § 13, note 168 ; placard des 40 deniers des navires ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 316-317 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 17 *(Ceux qui seront tenus pour plus puissants dans un gage)*, 11.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Appianus et donnée en 293 : *« Les gages ayant été vendus par le débiteur, il n'est pas d'un droit incertain que les créanciers ont dans leur pouvoir [de savoir]s'ils voudront qu'avec une action personnelle, ils soient obligés envers eux ou si, possédant les gages, ils voudront être cités en justice avec une action sur le bien* (in rem) *»*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Basilida et donnée en 293 : *« Il est très certain que le débiteur qui ne vend pas, ne donne pas et ne lègue pas, ou ne laisse pas par le biais d'un fidéicommis peut rendre la condition du créancier plus mauvaise. D'où, si tu as la ferme conviction que tu peux prouver que le bien a été obligé envers toi, tu dois poursuivre les gages ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Zoticus et donnée en 293 : *« Si le débiteur t'a vendu un bien obligé selon le droit du gage, il a transféré la propriété avec sa cause à l'acheteur ».*

[1135] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 36. Ceci diffère des lois romaines, voir la Novelle IV, cap. 2, telle que placée sous C. 8, 13 (14), 24.

Novelle IV, cap. 2 : *Cela, si le débiteur possède ; mais, un autre possédant, l'action hypothécaire est empêchée jusqu'à ce qu'avec une action personnelle, on ait agi en justice contre le débiteur et le garant ; et, si, à partir des hypothèques du débiteur, il ne fait pas satisfaction, alors seulement, les hypothèques du garant, s'il y en a, sont réclamées ; ce doit a lieu contre les héritiers ».*

[1136] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes*, IV, vi *(Des actions)*, § 7.

raison d'un argent chirographaire à partir de C. 8, 26 *(Aussi, à raison d'un argent chirographaire, un gage est tenu)*, 1, voir la thèse XVIII.]

§ 34. Une hypothèque particulière plus récente d'un bien immeuble convenablement faite a plus de force qu'une ancienne générale, **[249]** bien que celle-ci soit déjà faite devant le même tribunal [1137] ; mais, sous une hypothèque générale, il a un droit au-dessus des dettes non garanties [1138].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1137 de Groenewegen van der Made**
Selon le droit romain, comme [le dit] Greoenewegen dans sa note, celui qui était protégé avec une hypothèque générake antériture était préféré au second qui jouissait d'une hypothèque spéciale ; ce qui a été modifié chez nous à raison tant des meubles que des immeubles, ainsi, de sorte que, maintenant, le second [qui a une hypothèque] spéciale est préféré au premier [qui a une hypothèque] générale ; et cela a été disposé à Utrecht le 18 janvier 1700, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 1, nb 16, et a été reçu dans les usages de la Gueldre, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 15, nb 4, p. 119. L'effet de cette hypothèque est ici que le créancier vend ici, toutes les ambiguïtés du droit ayant été laissées de côté, avec une voie exécutoire, le bien mis en gage au terme de sept semaines, voir de même, nb 5.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDXXXVI. L'hypothèque spéciale des immeubles, dans le droit commun ho-llandais, est préférée à l'hypothèque conventionnelle générale plus ancienne, voir l'ordonnance de police, art. 35 ; ce qui aagréé à la loi de Middelburg avec la loi du 2 août 1597, confirmée par les États de Zélande le 6 août 1597, dans laquelle il est dérogé aux statuts de Middelburg, rubr. 8, art. 11 et 12. Un sembable droit semble aussi avoir été reçu à Flessingue, voir les coutumes de Flessingue, chap. 22, art. 4 et 5.]

§ 35. Entre plusieurs hypothèques générales, vient devant celle qui est la plus ancienne, et entre plusieurs hypothèques particulières, semblablement, la plus ancienne [1139].

§ 36. Mais l'hypothèque tacite a dans tout la même force que la particulière, d'une façon telle qu'entre beaucoup d'hypothèques tacites ou entre une ou plusieurs hypothèques tacites et une ou plusieurs hypothèques expresse, on examine l'ancienneté de la dette [1140].

[1137] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 35. Ceci diffère des lois romaines, voir D. 20, 4, 2 ; C. 8, 17 (18), 6.

Extrait du livre III des *Réponses* de Papinien : *« Celui qui, de façon générale, reçoit en gage les biens de son débiteur est plus puissant que celui auquel, par la suite, un bien-fonds à partir de ces biens est remis, bien qu'à partir des autres, il puisse faire rentrer son argent. Si le contrat du premier était qu'ainsi seulement, les autres biens étaient tenus en gage, si l'argent, quant à ceux qu'il a reçus de façon générale, n'avait pu être conservé, le second contrat faisant défaut, le second créancier, sur ce qui a été par la suite remis en gage, n'est pas tant le plus puissant que le seul ».*

Constitution de Valérien et Gallien adressée à Philoxenus et donnée en 260 : *« Si, de façon générale, les biens ont été obligés et que, par la suite, les biens, à un autre, de façon particulière, en gage, sont donnés, parce qu'à partir de l'obligation générale, pour plus fort sera tenu le créancier qui a contracté avant, si, à celui-ci, toi, tu as acheté, il ne faut pas que, par celui qui, par la suite, a fait un prêt, tu sois inquiété ».*

[1138] (Note de Groenewegen) Voyez le ci-devant dit art. 35 [de l'ordonnance de police].

[1139] (Note de Groenewegen) Voir dans le Sexte à la fin, dans les règles de droit, la règle 45.

Règle 45 : *« Nous examinons dans les choses obscures ce qui est plus vraisemblable ou ce qui, en général, est ordinairement fait ».*

[1140] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 4, 8 et 9 ; C. 8, 17 (18), 4 ; C. 7, 73, 2 ; *Codex Fabrianus*, liv. VIII, tit. 7, defin. 7, nb 7 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, defin. 1, nb 6 au mot *excipiunt* ; statut de Frise, liv. I, tit. 10, art. 2. Voyez en outre les *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 35.

Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : *« Si un bien public a spécialement reçu un gage, il faut dire que celui-ci est préféré au fisc, si, par la suite, envers le fisc, le débiteur s'est obligé, parce que les personnes privées sont préférées ».*

Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : *« Celui qui, à partir des prochaines calendes, prend à bail un [établissement de] bain a conclu que l'esclave Eros serait en gage envers le bailleur, jusqu'à ce que les loyers soient payés ; de même, avant les calendes de juillet, il donna ce même Eros à un autre à raison d'un prêt d'argent en gage. Consulté [pour savoir] si, contre ce créancier qui réclame Eros, le préteur devait le protéger, [Africanus] a répondu qu'il le devait ; en effet, bien qu'à cette époque,*

[**Note de Willem Schorer**

Mais l'hypothèque tacite. L'auteur enseigne ici que, clairement, l'hypothèque légale ou tacite et l'hypothèque spéciale produisent le même effet, comme il a ainsi été aussi répondu à Utrecht le 18 juin 1661, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 107, nb 4, de même à Arnhem en septembre 1707, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 41, dernier nb, part. V, cons. 11, nb 35. Et la réponse de l'auteur qui se trouve dans les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 302, p. 539, et dans la même partie, cons. 174, nb 6, et ce que l'auteur a enseigné ci-dessus, liv. II, chap. XX, § 13, note 474, s'appuie aussi sur ce fondement, bien que cela ait agréée autrement aux Brabançons, comme je l'ai relevé § 16, sur la note 111. De cela, il s'ensuit que celui qui est pourvu d'une hypothèque légale exerce la revendication du bien contre n'importe quel possesseur. La raison en est que les immeubles passent avec leur charge et leur cause, voir D. 13, 7 *De l'action de gage)*, 18 § 21. Voyez van Leeuwen dans ses notes sur les coutumes du Rijnland, art. 58 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 9 *(Des secondes noces)*, 8 § 4 ; Carpzov, *Decisiones illustres*, part. III, decis. 273, nb 15, de même, *Processus juris*, tit. 21, art. 5, nb 38 et suivants ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. IV, cons. 71, nb 11. Ce qui, cependant, a été reçu à Arnhem doit être reçu avec une limitation ; car, à parti !r de la loi municipale d'Arnhem, de même à Hardwick, l'hypothèque tacite ou légale cesse contre le tiers possesseur, à moins que l'hypothécaire n'ait déclaré publiquement avant la vente publique qu'il jouissait de ce droit, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Hypotheek*. Cela s'accorde à l'équité, car l'hypothèque légale n'est pas enregistrée dans les actes chez le sténographe, en conséquence, la Cour a jugé le 22 décembre 1610, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 335, qu'il n'était donné garantie à personne sur l'heure et qu'un silence de trente ou quarante ans nuisait à l'hypothécaire de l'hypothèque conventionnelle. Il n'importe en rien [de savoir] si quelqu'un possède le bien obligé à titre lucratif ou onéreux, s'il n'a pas connu le lien du gage ou s'il l'a connu, du fait qu'il est uniquement demandé si quelqu'un possédera le bien obligé ou s'il cessera de le posséder avec un dol, voir Voet, lib. 20, tit. 1, nb 13, à moins cependant que la vente qui garantit le bien libre de toute hypothèque réelle n'ait été faire avec un décret du juge, étant toutefois sauvegardé pour les créanciers le droit sur les espèces provenant de là, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. IV, cons. 171, p. 473.

En outre, il faut observer que l'hypothèque légale n'est pas admise sur les fiefs et Mysinger signale que cela a été ainsi jugé par la Cour impériale. Pieter van Noeyen, dans sa dite dissert. p. 30, nb 22, enseigne que cela est en accord avec les usages de la Gueldre. Cependant, nb 23, il défend que les fiefs sont soumis à une hypothèque légale pour réparer les digues.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXXVII. L'hypothèque tacite ou légale a une même force que l'hypothèque spéciale et est préférée à ul'hypothèque spéciale postérieure, et, à partir de la raison de notre droit, aussi à l »hypothèque conventionnele première dans le temps ; elle est au contraire placée après

---

l'esclave ait été donné en gage, [époque] où rien n'était, à la faveur de la prise de bail, encore dû, parce que, cependant, déjà Eros avait commencé alors à se trouver dans cette situation que, contre le gré du bailleur, le droit du gage ne pouvait pas être, sur lui, dénoué, la cause de ce dernier doit être tenue pour plus forte. 1 - De façon plus large, il pensait aussi que, sous condition, le créancier devait être protégé contre celui auquel, par la suite, quelque chose a commencé à être dû, pourvu que la condition ne soit pas celle qui, contre le gré du débiteur, ne pourra pas être remplie. 2 - Mais il a pensé que, si un héritier, à raison des legs qui, sous condition, ont été donnés, quant au gage de son bien, a convenu, que, par la suite, ces gages eux-mêmes, à raison d'un prêt d'argent, il les a donnés en gage et qu'après, la condition s'est réalisée, ici aussi doit être protégé celui auquel en premier, le gage a été donné. 3 - Titia a donné le bien-fonds d'autrui à Titius en gage et, après, à Mævius ; ensuite, devenue propriétaire de ce gage, à son mari, en dot, elle donna son évaluation. Si, à Titius, l'argent a été payé, ce n'est pas pour cela que l'on décidait que le gage de Mævius avait plus de valeur. Alors, en effet, le premier ayant été abaissé, le gage du second est renforcé, du fait que le bien, dans les biens du débiteur, se trouve ; mais, dans ce qui a été exposé, le mari est à la place de l'acheteur ; et c'est pourquoi, parce qu'il ne s'est pas alors, avec Mævius, obligé et qu'avec Titius, le paiement fut fait sur les biens de la femme, n'est pas trouvé le moment dans lequel le gage de Mævius pourra devenir puissant. Cependant, il en va ainsi, si, de bonne foi, le mari a reçu en dot le bien-fonds évalué, c'est-à-dire s'il ignorait qu'envers Mævius, il était obligé ».

Constitution d'Antonin adressée à Silvanus et donnée en 215 : *« Alors que tu exposes que la République des Hiérapolitains, à raison de l'avantage d'une sentence, avait été mise en possession des biens tant de l'héritier qu'héréditaires, tu entends que, bien que ton père, avec Sossianus, eût contracté, cependant, si, avec une action personnelle, il l'a eu comme obligé, la République est placée devant selon le droit de gage, [elle] qui, à partir de l'autorité qui a pu l'ordonner, pour observer ce qui a été jugé, en a pris possession ».*

l'hypothèque spéciale plus ancienne. À la première règle, il y a ce »pendant une exception pour le gage d'un bien meuble qui a été confirmé avecx une tradition et aussi, pour une hypothèque d'un bien immeuble de cette sorte qui est appelé par nous une *Kusting* - "sûreté, hypothèque", dont [on a parlé dans la thèse CDXXVII. De la seconde, elle est exceptée, si l'hypothèque légale est privilégiée ou est confirmée avec un arrêt imposé sur ce qui a été tranporté et apportés.]

§ 37. De cela, la responsabilité des tuteurs est tenue commencer à la date où le tuteur est concerné [1141].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1141 de Groenewegen van der Made**

Il a aussi été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 199, nb 1, qu'à côté de l'autorité ajoutée ici par Groenewegen dans sa note, cette hypothèque tacite commençait à partir du moment de l'entreprise de la tutelle. Et, comme l'effet de l'hypothèque légale et de l'hypothèque conventionnelle est le même que celui que nous avons vu sur le § précédent, il s'ensuit au-delà que, chaque fois un pupille protégé avec une hypothèque légale et un autre protégé avec une hypothèque conventionnelle, un procès est né, il doit être examiné le quel sera le premier dans le temps. S'il a été répondu que cela était vrai, très vrai ou moins vrai, il s'ensuit que l'hypothèque légale qui naît à partir de la loi elle-même, est préférée à l'hypothèque conventionnelle et qu'à partir de cette erreur, de nouveau contre le gré de Thémis, il est ici inséré que le pupille qui jouit d'une hypothèque tacite postérieure est préféré à celui qui est protégé d'une hypothèque conventionnelle. Mais, cette sentence, les lois ajoutées à cet effet ayant été repoussées, cela ne peut pas être défendu, bien qu'ainsi, deux praticiens, en septembre 1707, aient divagué à Arnhem, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 42, nb 28 à la fin. Car, alors que cela procéderait, les pupilles ne jouiraient pas d'une simple hypothèque légale, mais avec un privilège qui ne leur a été accordé en aucune occasion, à moins qu'avec Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 28, defin. 51, nb 4, nous ne supposions à moins bon droit que le fisc a une hypothèque avec un privilège à raison du contrat, afin qu'il soit préféré à tous les hypothécaires postérieurs, alors que la nature de l'hypothèque privilégiée est la suivant, non que le premier soit plus fort que le postérieur, mais qu'ici, il soit préféré au premier créancier.]

§ 38. Cependant, ce qui est dit ci-dessus des hypothèque générales et particulières a lieu à Amsterdam [1142].

§ 39. Car, là, une hypothèque d'abord faite devant un autre tribunal ne donne pas le moindre droit sur des biens immeubles situé dans la juridiction d'Amsterdam, mais bien sur des navires [1143].

§ 40. Et une hypothèque générale faite devant le tribunal d'Amsterdam a, sur les biens immeubles qui y sont situés et au moment de l'obligation arrivée à celui qui obligé ou qu'il pourrait parfois obtenir, un même droit qu'une hypothèque particulière, de telle façon qu'entre celles-ci, sans distinction, la plus ancienne obligation **[250]** vient avant la plus jeune, étant excepté que les lettres d'échelonnement des paiements faites pour l'obtention ou l'achat de certains bien, sur les mêmes biens, sont plus fortes qu'une obligation générale passée [1144].

[1141] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 61, 6 § 4 ; la glose sur C. 4, 53 *(Pour ceux qui administrent le bien d'autrui, ils ne se voient pas interdire l'aliénation de leurs biens)*, 1 ; *Codex Fabrianus*, liv. VIII, tit. 7, defin. 1 ; Negusanti, *De pignoribus*, part. II, membr. 4, nb 7 ; Montanus, *De tutelis*, cap. 31, effect. 2, nb 20 et le suivant.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donné en 529 : *« 4 - Mais, du fait que tant les anciennes lois que nous, ont introduit des hypothèques tacites dans certains cas sur les biens maternels et les autres, qu'il est nécessaire de conserver et que l'on doutait qu'à partir de cela, il fallait que se présentassent des hypothèques depuis le commencement ou à partir du moment où quelque chose a été mal administré, avec un propos abrégé, nous interprétons que le commencement de l'administration ou de l'observation ou son abandon doit être regardé et non le moment à partir duquel quelque chose a été mal administré ».*

[1142] (Note de Groenewegen) Suivant l'octroi des États de Hollande du 8 mars 1594.

[1143] (Note de Groenewegen) Voir l'octroi ci-devant dit.

[1144] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 17 (18), 7 ; Novelle XCVII, cap. 3 et le ci-devant dit octroi.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1144 de Groenewegen van der Made**

Mais van Leeuwen atteste, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 11, § 10, et cap. 7, § 9, que, de nouveau, ce privilège accordé aux gens d'Amsterdam a été abrogé par l'ordonnance postérieure du 5 février 1665 des États de Hollande.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 38, 39 et 40**

CDXXXVIII. Le droit particulier confirmé avec le privilège du 8 mars 1594 pour les gens d'Amsterdam est double : 1°. que l'hypothèque des biens immeubles établie devant un autre juge de Hollande n'affecte pas les biens situés dans cette cité ; 2°. que l'hypothèque générale établie ici est préférée à l'hypothèque spéciale postérieure, à l'exception des hypothèques qui sont appelées des *Kustingen* - "sûretés, hypothèques". Mieux, il a été disposé dans le décret des États du 30 janvier 1608 que ce privilège ne serait pas éludé avec des additions par un *décret volontaire*, afin que, dans ce cas, le vendeur, des garants appropriés ayant été donnés, donne garantie de la restitution du prix. Ce droit n'a pas été modifié par ma loi du 5 février 1665, bien que cette loi ait fait que les les confessions de la dette faites par écrit devant les échevins, les *Schepen-kennissen* - "actes faits devant les échevins pour la sûreté du créancier", aient plus la force d'une hypothèque, à moins que le quaratième n'ait été payé au trésor.]

§ 41. La conséquence d'un hypothèque n'est pas que le créancier puisse conserver pour lui le bien hypothéqué ou puisse le vendre de son propre mouvement [1145] ; certes, qui plus est, il ne peut pas stipuler aussi par des conventions un droit de perdre la propriété par un défaut de paiement [1146], mais il doit laisser faire judiciairement la vente selon le jugement obtenu et ainsi, acquérir ce qui lui revient [1147].

Constitution de Dioclétien et Maximien adressé à Julianus et donnée en 293 : *« Bien que, pour ces mêmes gages donnés dans des différentes périodes, ceux qui viennent en premier soient tenus pour préférés aux nombreux créanciers, on déclare cependant que celui dont il est prouvé que le bien a été acheté pour de l'argent, ce qui est convenu, envers lui, être immédiatement obligé en particulier à raison du gage, à tous, sera déclaré être préféré selon l'autorité du droit ».*

Novelle XCVII, cap. 3 : Constitution de Justinien adressée au second Préfet du prétoire de l'Orient Joannes et donnée en 539 : *« Chapitre III : Pour cela, il est logique de décider que l'on ne doute dans les cas de cette sorte. Nous savons que, pour les anciens créanciers, les hypothèques sont placées devant les plus récentes qui existent à partir des privilèges donnés par les lois, laquelle chose se trouve quand quelqu'un s'est occupé d'acheter, de fabriquer ou de réparer un navire, peut-être, de construire une maison ou aussi qu'une terre soit achetée ou quelque chose de cela ; en effet, pour tout cela, les premiers sont des seconds créanciers avec l'argent desquels le bien a été acheté ou rénové pour ceux qui sont aussi beaucoup plus anciens. En conséquence, il a été demandé quand la femme qui prétend un privilège sur une ancienne dot et un augment, sur lequel le privilège est observé envers elle, comme il a été dit ci-devant, si, aux premiers créanciers, elle a voulu le préférer, mais que l'autre créancier, certes, qui prétend que le navire, la maison ou la terre, avec son argent, a été acheté ou réparé, que se présente celui qui a le ci-devant dit privilège sur ces biens qui, avec son argent, ont été achetés ou réparés, s'il faut que la dot aussi soit préférée ou prévale certes sur les autres créanciers qui ne prétendent pas de telles choses, mais leur cèdent, parce qu'à partir de leur richesse, le bien a été acquis. En conséquence, nous n'avons pas beaucoup trouvé de gens qui pensent sur cela qu'il y ait une femme qui, de façon juste, cède à tel privilège. En effet, nous voyions quelle est l'absurdité de la cause, parce que quelque profit, aux femmes qui forniquent, à partir de leur propre corps, arrive et qu'elles vivent de celui-ci, mais qu'à celles qui s'y opposent ère amènent elles-mêmes une richesse au mari, non seulement, il n'y a aucun profit par les maris qui le poursuivent de mauvaise façon, mais aussi, qu'il est amoindri et que l'espoir est pour eux nul. D'où, selon cela, nous voulons que, quoique quelqu'un [soit réputé] avoir rénové sa maison ou sa terre, il ne puisse pas opposer de tels privilèges aux femmes. Car nous connaissons assez la faiblesse de la nature féminine et, parce que, facilement, des tromperies seront faites contre elles, nous ne permettons en aucune façon que la dot soit pour elles amoindrie ; cela est suffisant, parce que, dans les profits, elles tombent, quoiqu'une première donation avant les noces soit trouvée et qu'une certaine perte soit suffisante pour elles à partir de cela, nous ne voulons pas aussi que celles-ci, pour cette même dot, en supportent le risque ».*

[1145] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 13 (14), 3. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XI, tit. 5.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Maximus et donnée en 205 : *« Les créanciers qui travaillent sans relâche à ce que, l'argent leur ayant été rendu, la loi de la convention commence la possession, ne sont certes pas considérés faire une violence, cependant, avec l'autorité du gouverneur, ils doivent obtenir la possession ».*

[1146] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 34 (35), 3

Constitution de Constantin adressée au peuple et donnée en 326 : *« Parce que, parmi les autres duperies, particulièrement, la rudesse du pacte commissoire pour les gages s'accroît, on décide que celle-ci soit annulée et que, dans l'avenir, toute sa mémoire soit abolie. 1 - Si quelqu'un, en conséquence, avec un tel contrat, est dans l'inquiétude, avec cette constitution, il respire,*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1146 de Groenewegen van der Made**

L'auteur désapprouve le pacte commissoire entre le créancier et le débiteur, dans lequel il est convenu que, la dette n'ayant pas été payée en son temps, le gage est acquis de plein droit au créancier à la faveur du montant dû, comme l'empereur Constantin a critiqué ce pacte pour retenir la dureté des créanciers et aider la faiblesse des débiteurs, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 5, nb 6 ; Matthæus, *De auctoritate*, lib. I, cap. 3, nb 11. Cependant, il soutiennent qu'il subsiste si l'on a convenu d'une façon telle que, la dette n'ayant pas été payée en son temps, le créancier a le bien obligé en gage comme ayant été acheté à son juste prix ou cède le bien mis en gage, le vend et le donne en paiement. Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, *De pigneraticia actione*, lib. 13, tit. 7, nb 9, 10 et 11 ; Voet, lib. 20, tit. 1, nb 25 et 26. Celui-ci recense les différents pactes licites entre le débiteur et le créancier, voir nb 21 et 22. Il traite, nb 23, du pacte d'antichrèse, dans lequel le créancier stipule qu'il use d'un gage au lieu d'intérêts, jusqu'à ce que la dette ait été payée.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXXXIX. Bien que le créancier ne puisse pas vendre sans l'autorisation du juge l'hypothèque, qu'elle soit générale ou spécialement obligée envers lui, cependant, rien n'empêche qu'il vende à bon droit le gage à lui livré dont il est convenu dès le début qu'il lui est permis de le vendre, voir D. 13, 7 *(De l'action de gage)*, 4.

CDXL. En Zélande, il a été établi dans la loi du 2 février 1671 que les hypothèque (à savoir celles des biens immeubles) sont vendues pour l'utilité du seul créancier, si ce n'est ayant été cités les autres créanciers envers lesquels celles-ci ont été aussi obligées.]

§ 42. Bien que, maintenant, le bien hypothéqué soit divisé et arrivé dans des mains différentes, ainsi, le créancier conserve sur chaque partie son plein droit [1148].

§ 43. Un créancier suivant peut offrir à l'un qui a la préférence une satisfaction de la dette et ainsi venir à sa place par un transfert du droit [1149].

---

elle qui, avec les choses passées, écarte les choses présentes et interdit les choses futures. En effet, les créanciers, le bien ayant été perdu, nous ordonnons qu'ils recouvrent ce qu'ils ont donné ».

[1147] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 34 (35), 3 ; C. 8, 33 (34), 3 § 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis d'aliéner)*, § 1.

Le premier texte est donné dans la note précédente.

Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire Démosthène et donnée en 530 : *« 1 - C'est pourquoi, nous consacrons que, si quelqu'un a gagé son bien à son créancier, si du moins il y a veillé dans l'accord, de même que le gage doit être vendu au détail, soit en temps opportun, soit en d'autres convenus, ceux-ci, au sujet desquels on s'est accordé entre créancier et débiteur, soient observés. Mais si aucun accord n'était intervenu, il sera donné autorisation au prêteur, sur le fondement d'une notification ou d'une sentence judiciaire, après les deux années à partir desquelles la notification a été envoyée ou la sentence a été portée, en faisant le compte, de vendre le bien ».*

[1148] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 31 (32), 2 ; D. 21, 2, 65 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 4 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 13, art. 31, nb 8 dans les additions ; *Codex Fabrianus*, liv. VIII, tit. 6, defin. 40 ; Fachinæus, liv. II, cap. 47 ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 5, art. 2, glose sur *son principal*, nb 35 avec les suivants.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudia et donnée en 294 : *« L'action certes personnelle, entre les héritiers, obtenue à la faveur de chacune des parts, est divisée, mais, selon le droit du gage, de nombreux biens ayant été obligés, du fait que la revendication n'oblige pas la personne, mais suit le bien, ceux qui possèdent qui tiennent, non à la faveur de la mesure de la richesse de chacun, sont cités en justice, mais sur la totalité, afin qu'ils rendent toute la dette ou la cèdent à ce qu'ils détiennent ».*

Extrait du livre VIII des *Questions* de Papinien : *« Ces héritiers ont vendu un bien héréditaire obligé en gage et, au titre de son éviction, à la faveur de leurs parts successorales, ils ont promis ; alors que l'un a, pour sa part, libéré le gage, le créancier évince le bien ; il était demandé si les deux héritiers pourront être cités à comparaître. On l'a décidé à raison de la cause indivise du gage. On ne considérait pas qu'il y avait lieu à un remède, de sorte que, par le biais de l'exception de dol, les actions, à celui qui avait donné l'argent au créancier, soient procurées, parce que les deux [héritiers] ne sont pas exposés comme étant devenus débiteurs. Mais l'action en partage de succession* (familiæ erciscundæ)*, à ce titre, est valide ; car qu'importe qu'un seul des héritiers ait en totalité libéré le gage ou seulement à la faveur de sa part ? Vu que la négligence d'un cohéritier ne doit pas être dommageable pour l'autre ».*

[1149] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 6, 12 § 1 ; C. 8, 18 (19), 3. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 17 (18) *(De ceux qui, dans un gage, sont plus forts)*, 1.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1149 de Groenewegen van der Made**

Dans nos usages, le créancier postérieur, contre le gré du premier, vend le gage pour obtenir son bien à partir de ce qui reste, le premier créancier ayant été renvoyé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 35. Cependant, pour qu'une fraude soit évitée entre plusieurs créanciers, les états de Zélande ont expressément consacré le 2 février 1671 que la vente de l'hyopthèque ne soit pas faite par un seul créancier, les autres n'ayant pas été cités à cette fin, sous la peine que, si l'in a agi au contraire, le bien vendu passe avec sa charge et que la revendication du bien se présente aux autres, voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1051.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXLI. On peut douter non sans cause [de savoir] si le créancier postérieur pourra offrir la dette au premier, même contre son gré, et ainsi, succéder à sa place et à son droit chez nous, voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 35.]

§ 44. Une hypothèque est terminée pat un paiement ou une autre satisfaction [1150], aussi autrement par un consentement du créancier qu'il soit exprès ou tacite, comme quand les créancier consent à ce que le bien hypothéqué soit aliéné par celui qui fait l'hypothèque [1151] ou, son droit étant sauf, gagé à un autre [1152], en outre, **[251]** par la disparition du bien [1153] et par

---

Extrait du livre V des *Réponses* de Paul : *« 1 - Ceux qui, selon le droit du gage, poursuivent un bien, de la revendication du bien, sont ordinairement repoussés, si n'importe quel possesseur veut en offrir [le prix] ; en effet, on ne doit pas demander [ce qu'il en est] du droit du possesseur, du fait que le droit du demandeur est repoussé, une fois le gage dissous ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Valens et donnée en 224 : *« Si les créanciers les plus forts, avec ton argent, ont été renvoyés, envers lesquels avait été obligée la possession que tu dis avoir achetée d'une façon telle que le prix arrive à ces mêmes premiers créanciers, à leur droit, tu as succédé et, contre ceux qui étaient les plus faibles, avec une juste défense, tu peux te protéger ».*

[1150] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 6, 5.

Extrait du livre unique *Relativement à la formule hypothécaire* de Marcianus : *« L'hypothèque est dissoute et si, de celle-ci, le créancier s'écarte ou conclut qu'il ne réclamera pas l'argent, à moins que l'on ne dise qu'un pacte a été interposé, afin que, d'une personne, il ne le réclame pas. Et qu'en est-il, si cela a été fait, quand peut-être, un autre possédera l'hypothèque ? Mais, du fait que le pacte convenu équivaut à une exception perpétuelle, les mêmes choses, dans ce cas, peuvent être dites, de sorte que, de l'hypothèque, il s'écarte. 1 - Si le créancier conclut que, durant une année, il ne réclamerait pas l'argent, on entend, quant à l'hypothèque, qu'aussi, de même, il y a un pacte. 2 - Si l'on a convenu qu'à la faveur de l'hypothèque, un garant serait donné et qu'il a été donné, on sera considéré avoir satisfait à ce que l'hypothèque soit libérée. C'est différent, si le créancier a vendu le droit de l'obligation et a reçu l'argent ; alors, en effet, toutes les obligations demeurent entières, parce qu'à la place du prix, cela est reçu et non au titre du paiement. 3 - On entend qu'il a été fait satisfaction envers le créancier, si le serment déféré a été donné que le bien, en hypothèque, n'était pas obligé ».*

[1151] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 6 4 § 1 et 8 § 15 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 25 (26) *(Des remises de gage)*, 2.

Extrait du livre LXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si, sur la vente du gage, le créancier a donné son consentement, que, comme débiteur, il échange ce bien, le donne ou le donnera en dot, il faudra dire que le gage est libéré, à moins que, la cause de son gage étant sauve, il n'ait donné son consentement à la vente ou aux autres choses ; car beaucoup, la cause de leur gage étant sauve, y donnent leur consentement. Mais, si le créancier a lui-même vendu, cependant, il a fait la vente d'une façon telle qu'il ne s'écarte pas du gage, à moins que satisfaction ne lui soit faite. Il faudra dire que l'exception ne lui porte pas préjudice. Mais, s'il n'a pas accordé que le gage soit vendu, mais qu'il a confirmé la vente, de même, il faudra l'approuver ».*

Extrait du livre unique *Relativement à la formule hypothécaire* de Marcianus : *« 15 - Mais le créancier n'est pas considéré avoir consenti, si, celui-ci le sachant, le débiteur a vendu le bien, du fait qu'il a souffert qu'il soit vendu pour cette raison qu'il savait que le gage, partout, pour lui, durerait. Mais, s'il a souscrit, peut-être sur les tablettes de la vente, il est considéré y avoir consenti, à moins que, de façon manifeste, il n'apparaisse qu'il a été trompé. Cela doit être observé, si, sans un écrit, il y a consenti ».*

[1152] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 6, 12 et là, Costalius et Automne, *Censura Gallica*. Voyez en outre Negusanti, *De pignoribus*, part. princip., membr. 3, nb 13 avec les suivants ; les docteurs sur D. 20, 6, 12 et sur C. 8, 25 (26) *(Des remises de gage)*, 3, et sur C. 8, 25 (26), 11 ; Automne, *Censura Gallica*, sur D. 20, 6, 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 20, 1 *(Des gages et des hypothèques, comment ceux-ci sont contractés et de leurs pactes)*, 26 § 1.

Extrait du livre V des *Réponses* de Paul : *« Paul a répondu que Sempronius, le créancier plus ancien qui a consenti, alors que le débiteur obligeait le même bien envers un troisième créancier, était considéré avoir remis son droit de gage et que le troisième n'avait pas aussi succédé à la place de celui-ci ; c'est pourquoi la cause du créancier intermédiaire était rendue meilleure. De même, il faut l'observer, si la République, à la troisième place, a fait un prêt. 1 - Ceux qui, selon le droit du gage, poursuivent un bien, de la*

une expiration [1154] de la période, si, là, une certaine période a été fixée par l'hypothèque ; autrement, par une prescription de trente ans, dans le cas où le bien est dans les mains d'un tiers [1155], de quarante ans, dans le cas ou il se trouve dans la main du débiteur ou de ses héritiers [1156].

---

revendication du bien, sont ordinairement repoussés, si n'importe quel possesseur veut en offrir [le prix] ; en effet, on ne doit pas demander [ce qu'il en est] du droit du possesseur, du fait que le droit du demandeur est repoussé, une fois le gage dissous ».

[1153] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 6, 8 pr.

Extrait du livre unique *Relativement à la formule hypothécaire* de Marcianus : *« De même que pour une chose matérielle éteinte, de même, une fois un usufruit éteint, le gage ou l'hypothèque périt ».*

[1154] (Note de Groenewegen) Voir D. 20, 6, 6 pr.

Extrait du livre LXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, le gage est libéré, que la dette ait été payée ou qu'à ce titre, il ait été fait satisfaction. Mais si, avec le temps, le gage est terminé, de même, nous devons le dire, ou si, avec quelque raison, son obligation est terminée ».*

[1155] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 7 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 8 ;étant bien entendu le débiteur, dans l'intervalle, n'a payé ni le capital ni les intérêts ; car, autrement, une telle chose ayant été faite, le délai est étendu à quarante ans, voir dans les *Curiæ Hollandiæ decisiones,* ladite decis. 38 ; voyez les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 264 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans)*, 7.

Constitution de Justin adressée à Archelaus, Préfet du prétoire, et donnée en 525 : *« Comme il est d'un droit très connu que l'action hypothécaire, pour les étrangers détenteurs d'un bien certes supposé pendant une période de trente ans, si le silence n'a pas été interrompu comme il a été disposé dans la loi, c'est-à-dire aussi, par la seule convention, ou si l'exception d'un âge impubère est montrée, mais contre les débiteurs eux-mêmes, leurs premiers héritiers ou ultérieurs, elle n'expire avec aucun cours des lustres, nous avons pensé qu'il appartenait à notre prévoyance de corriger aussi cela, afin que les possesseurs ne soient pas tenus par une crainte presque immortelle. 1 - Pour cette raison, nous ordonnons que la poursuite des hypothèques qui est soulevée pour les biens se trouvant chez les débiteurs ou chez les héritiers des débiteurs, non au-delà de quarante ans, à partir de quoi elle commence à se présenter, est prolongée, à moins qu'une convention ou l'âge, comme il a été dit, ne soit intervenue, afin que la différence de la poursuite du bien des deux qui, contre le débiteur ou ses héritiers et celle qui est soulevée contre des étrangers, soit dans ce seul nombre d'années, mais, pour toutes les autres, les deux sont semblables ; à savoir dans une action personnelle pour ceux qui gardent ce que la justice originelle des constitutions a consacré. 2 - Mais, du fait qu'était agitée aussi dans les controverses judiciaires [la question de savoir] si un créancier qui soutient des droits antérieurs peut troubler un créancier postérieur qui tient une hypothèque au-delà de trente ans, vu que nous avons amené comme nécessaire que cela rompt la représentation du débiteur qui l'obtient et qui possède. 2a - Et nous consacrons que, tant que le débiteur commun vit, ne peut pas, au créancier antérieur, être opposée l'exception de trente ans, mais qu'il y a lieu à une prescription de quarante ans, parce que, tant que celui-ci vit, à juste titre, le créancier antérieur a confiance, vu que, chez son débiteur, la possession, par le créancier postérieur, a été établie. 2b - À partir de ce que , dans ses destins, le débiteur est mort, comme en son nom, le créancier postérieur qui possède, à juste titre, peut opposer la prescription de trente ans et selon cette distinction, le compte du temps doit être employé, afin qu'à partir de sa personne, le créancier postérieur oppose les trente années que lui-même, après la mort du débiteur, possédait ; mais, si au contraire, il a voulu joindre à sa possession qu'après la mort du débiteur, il avait, aussi, le temps dans lequel, le débiteur étant vivant, le créancier lui-même ou le débiteur commun a détenu, alors, les droits de l'exception sont étendus à quarante ans et, pour autant qu'il manque pour la possession de quarante ans par laquelle le débiteur le débiteur lui-même avait pu repousser le créancier, cela montre qu'il avait possédé. 3 - Le même droit étant observé en faveur du compte du temps, si le créancier postérieur s'est préparé à offrir au créancier antérieur la dette et que ce créancier s'est résolu à lui opposer la prescription de longue durée de la possession. 4 - Mais il est plus que clair que, dans tous les contrats, dans lesquels, sous quelque condition, sous un termes certain ou incertain, des stipulations et des promesses ou des pactes sont posés, après la réalisation de la condition ou après l'échéance du terme certain ou incertain, les prescriptions de trente ou quarante ans qui, aux actions personnelles ou hypothécaires, sont opposées, reçoivent leur début. 4a - D'où, il arrive que, dans les mariages dans lesquels la reprise de la dot ou de la donation [faite] avant les noces, à la date incertaine de la mort ou du divorce, est ordinairement différée, après la dissolution du mariage, les cours de ces mêmes prescriptions à opposer, de même, aux actions personnelles ou hypothécaires commenceront. 5 - Mieux, sans aucun doute, il y a que, si l'un de ceux auxquels quelque chose est dû, il a tenu les biens à lui supposés sans violence, par cette détention, l'interruption du temps écoulé est faite, s'il s'est écoulé moins de trente ou quarante ans, et beaucoup plus que si l'interruption avait été introduite par une convention, du fait que cette détention imite le début du débat judiciaire [devant le juge]. 5a - Mais, si l'un des débiteurs, pour la reconnaissance de sa dette, selon la caution, au créancier, l'a exposée, les périodes des prescriptions rappelées seront considérés avoir été interrompues, pour autant que cela regarde la première caution, à savoir celle qui, ayant été renouvelée, est restée tant pour les actions personnelles qu'hypothécaires. Car, il est malhonnête que le débiteur contredise, lui qui, pour que, sous l'accusation du créancier, ce ne soit pas fait, a exposé une seconde caution pour celui-ci sur cette dette. 6 - Dans ces promesses aussi, dans les legs ou les autres obligations qui contiennent une remise pendant chaque année ou mois, ou quelque autre période particulière, il est clair que les périodes des prescriptions rappelées ne sont pas comptées à partir du début d'une telle obligation, mais à partir du début de chaque année, mois ou autre période particulière. 7 - À savoir aucune possibilité ne devant être accordée à celui qui, avec un droit emphytéotique, a détenu quelque bien pendant quarante ans ou quelconques autres années, de dire qu'à partir du temps écoulé, la propriété sur ces mêmes biens lui a été acquise, du fait que, dans le même état, il faut que les biens remis avec un*

Note de Willem Schorer sur la note 1151 de Groenewegen van der Made

Voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20,tit. 6, nb 6 et 7, à moins que, toutefois, il ne soit revenu dans la propriété du débiuetur à partir d'une nouvelle cause, du fait que, dans ce cas, il revivifie le droit du créancier, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 25 *(De la remise du gage)*, 11.]

[**Sur la note 1154 de Groenewegen van der Made**

Lorsque la ville d'Amsterdam avait ordonné qu'un certain moulin soit détruit, il avait été demandé si les hypothécaires retiendraient un droit sur le matériau détruit, comme sur les pierres, les poutres, etc. Et il a été ici répondu le 10 août 1636 négativement, ainsi cependant, de sorte que les hypothécaires soient conservés sans dommages, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. II, cons. 229, p. 628.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXLII. La pure connaissance du créancier qui n'est pas ignorant que le bien obligé en hypothèque envers lui est vendu, même publiquement, ne doit pas être tenue pour une remise tacite du gage.

CDXLIII. Le paiement des intérêts n'ayant pas été fait, le tiers possesseur du gage, avec une prescription de trente ans, le débiteur ou son héritier, avec une prescription de quarante ans, sont protégés ; mais, les intérêts ayant été payés, la prescription ne court pas, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 8, nb 2 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 160, bien que la Cour ne l'ait pas jugé une seule fois, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 3 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 186.]

§ 45. Et avec cela, ici nous avons traité le premier point du droit réel, à savoir *le droit sur la chose*, qui consiste en premier lieu en une possession et ensuite, en une propriété complète ou incomplète.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Kessel**

DU DROIT DE PRÉFÉRENCE ENTRE LES CRÉANCIERS

CDXLIV. La question du droit de préférence dans un concours des créanciers doit être discutée non devant le juge du lieu où les biens sont situés, mais devant le juge au tribunal duquel échoit le débiteur, où la succession sous bénéfice d'inventaire a été acceptée ou où les biens sont administrés par le curateur. La Cour de Hollande, à raison du contenu de la cause et de la diversité de juridiction, ne peut pas appeler à elle ce jugement, voir le décret de Hollande du 10 juillet 1677.

CDXLV. Quelque chose de semblable a été statué dans la convention entre la Hollande et la région d'Utrecht le 31 octobre 1687, dont le décret de Hollande du 25 septembre 1687 relate l'occasion.

CDXLVI. Les lois quant au droit de préférence ou quant aux juges délégués aux causes de ceux qui ne sont pas solvables que j'ai pu trouver sont celles de Monikendam du 1er mars 1653, d'Alkmaar du 4 août 1653, de Purmerendam du 8 novembre 1655, de Leyde du 2 mars 1656, d'Amsterdam du 2 avril 1659 et la plus récente du 30 janvier 1777, les *Privilèges*, deuxième série, p. 102 et suivantes, de Gouda du 8 décembre 1659, de Dordrecht du 20 décembre 1668, de La Haye du 28 janvier 1751 dans le *Resolutien van Holland* de 1751, p. 61, de Rotterdam du 2 avril 1768 dans le

---

droit emphytéotique restent toujours, ou de dire au preneur ou au procurateur des biens d'autrui qu'à partir d''un cours quelconque du temps, il ne doit pas rendre la possession au propriétaire qui veut, après la période accomplie de la prise de bail, la recevoir ».

[1156] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 7 § 1.

Constitution de Justin adressée à Archelaus, Préfet du prétoire, et donnée en 525 : *« 1 - Pour cette raison, nous ordonnons que la poursuite des hypothèques qui est soulevée pour les biens se trouvant chez les débiteurs ou chez les héritiers des débiteurs, non au-delà de quarante ans, à partir de quoi elle commence à se présenter, est prolongée, à moins qu'une convention ou l'âge, comme il a été dit, ne soit intervenue, afin que la différence de la poursuite du bien des deux qui, contre le débiteur ou ses héritiers et celle qui est soulevée contre des étrangers, soit dans ce seul nombre d'années, mais, pour toutes les autres, les deux sont semblables ; à savoir dans une action personnelle pour ceux qui gardent ce que la justice originelle des constitutions a consacré ».*

Nieuw Nederlandsch Jaarboek de 1768, p. 329 et suivantes. Plus complète que les autres, il y a la loi de Haarlem du 1er février 1710, voir la *Keur* de Haarlem, part. I, p. 128 et suivantes, qui, en tant qu'écrite de façon très soignée, pourra s'en acquitter dans ce labyrinthe des créanciers à la place d'un fil d'Ariane.

CDXLVII. Quant au concours et à la préférence des créanciers, les quatre parties de cette loi sont :

I Elle livre certaines règles générales, comme

1° que les hypothèques spéciales établis devant le juge sont préférées aux hypothèques générales antérieures appuyées sur une convention, art. 5 ;

2° que les hypothèques générales des biens immeubles, au contraire, faites devant le juge et celles des meubles faites devant un notaire et des témoins, le quarantième ayant été payé, sont préférées aux prêts dont cette taxe n'a pas été payée, mais qu'elles usent entre elles de la prérogative du temps, art. 6 ;

CDXLVIII. **II** La partie du statut montre un droit spécial de préférence reçu particulièrement sur les biens meubles parmi tous les créanciers ; viennent à ce droit

1°. les propriétaires qui réclament leurs biens avec un droit de propriété et qui sont admis avant les frais judiciaires, art. 7 joint à l'art. 11 ; voyez Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 37, art. 6 ; comme ceux qui ont vendu le bien sans tenir compte de la foi quant au prix, cf. thèse CCIII, ou qui ont déposé leurs biens chez un autre, les lui ont prêtés à usage, loués ou prêtés à un détaillant ou à un courtier, art. 8, ou ceux avec l'argent desquels le bien a été acheté par le détaillant, voyez Cooren, l'argent, *Observationes rerum judicatarum*, obs. 25 ;

CDXLIX. 2°. ceux qui ont un droit de rétention, nommément ceux qui exposent au soleil, art. 9, loi de Rotterdam, art. 29 ; semblablement ceux qui ont reçu à l'étranger des marchandises *sur connaissement* et au regard desquelles ils se sont chargés avec des lettres de change ou autrement et qui sont aussi préférés aux bômeries des ces marchandises contractées par la suite, art. 30 ;

CDL. 3°. les créanciers sont les biens propres meubles du débiteur, aussi les chirographes des dettes (cf. thèse CDXXX) ont été obligés en gage et livrés ; à savoir ceux qui, sur ceux-ci, sont préférés à tous les autres, art. 10 ; voyez aussi le statut de Rotterdam, art. 31 ; et ils usent aussi d'un droit de rétention à raison de l'argent chirographaire, comme il a été dit dans la thèse CDXXXV, cependant, non contre les autres créanciers.

CDLI. **III** Une partie de la loi explique le droit général de préférence sur toute la masse des biens où entrent

1°. les dépenses judiciaires et celles d'exécution faites sur tout le patrimoine, art. 11 ;loi de Rotterdam, art. 25 ; Roseboom, *Keur* d'Amsterdam ; chap. 37, art. 7 ; les salaires des curateurs et les honoraires des avocats (voyez cependant la limitation dans la loi de Haarlem du 1er septembre 1752) et aussi les dépenses du bénéfice de cession, même si tous les biens du débiteur sont liés à un gage, voir *Nerderlandsch advijsboek*, part. IV, cons. 6 ;

CDLII. 2°. ceux qui ont prêté pour les funérailles ou la maladie du défunt, art. 12 ; loi de Rotterdam, art. 26, Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 37, art. 8 ;

CDLIII. 3°. les bailleurs des biens-fonds urbains et ruraux sur ce qui y a été transporté et amené ou sur les fruits, art. 13, desquels l'hypothèque a été donnée en privilège selon notre droit, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 82 et 84, non à raison de la force de l'arrêt, mais à raison du droit de rétention qui est confirmé avec l'imposition de l'arrêt ; avec cela, jouent les paroles des statuts qui donnent à entendre que ce qui a été transporté sur le bien-fonds même doit être fermé, voir lesdites coutumes de la Hollande du Sud, art. 22, celles du Rijnland, art. 99, Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 37, art. 9, chap. 51, art. 18 et 19. Cependant, dans beaucoup d'endroits ce privilège est restreint au loyer de la dernière année écoulée et de l'année courante, par exemple en Hollande du Sud dans lesdites coutumes, à Amsterdam dans la loi de 1659, art. 21 et dans la nouvelle de 1777, art. 63 ; à Dordrecht dans la loi de 1668, art. 24 ; à Rotterdam, art. 28 ; à Middelburg, dans les coutumes, rubr. 5, art. 5 ; à Flessingue, chap. 22, art. 5, où il y ale droit particulier que l'arrêt attribue une préférence, chap. 8, art. 8 ;

CDLIV. 4°. les serviteurs domestiques pour le salaire d'une seule année, art. 14 ; la même chose a été statuée dans la loi de Dordrecht, art. 30, à La Haye en 1751. Mais à Flessingue, seulement seulement pour le salaire de l'année courante, voir chap. 22, art. 5 ; à Leyde, à partir de la nouvelle loi du 8 mai 1659, le privilège d'une demie année a été accordé ; à Rotterdam, entre les [créanciers] chirographaires, ils ont seulement le privilège d'une demie année et du semestre courant, art. 36.

Quant au droit d'Amsterdam, il a été répondu que tous les salaires des serviteurs étaient considérés devoir être préférés après les dépenses des funérailles aux autres créanciers, *Vervolg op de Hollandsche consilien*, part. I, cons. 10 ;

CDLV. 5°. La loi de Haarlem, art. 15, appelle les secrétaires et les appariteurs de la cité pour le prix des meubles non encore payé des meubles achetés dans une vente aux enchères publique et les préfèrent sur les quelconques biens meuble du débiteur à ses autres créanciers. Mais à Leyde, seulement sur les biens mêmes co-achetés tant qu'ils sont dans les mains du débiteur, une hypothèque est accordée à celui qui achète à l'encan, voir la *Keur* de Leyde, art. 141 ;

CDLVI. 6°. cette même loi, selon un même droit de préférence, dans l'art. 16, juge les crédits et les taxes personnelles de la région de Hollande et de la cité, d'une façon telle qu'elles n'usent pas entre elles d'une prérogative de temps, mais elles ne sont pas préférées sur le prix des immeubles vendus ni sur les taxes réelles ni sur les dépenses de réparation faites dans les trois ans, et elles ne jouissent pas d'hypothèques spéciales et plus longtemps de ce privilège qu'il a été déterminé dans la loi hollandaise.

À partir de cela, il est fait en sorte que ces taxes sont ici préférées aux hypothèques générales non seulement conventionnelles, mais aussi, dans certaines lois, [celles] de la femme, des enfants et des pupilles, art. 17, 18 et 19.

CDLVII. Dans les autres places de Hollande auxquelles ce droit ne peut pas être étendu, voir thèse XIV, en employant la distinction

a) les taxes de ce type qui visent à la conservation des biens immeubles eux-mêmes auxquels elle sont imposées, comme pour fortifier les digues, les routes publiques et réparer les canaux, sont considérées avoir, parmi les créanciers hypothécaires, un privilège ; voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 24 et 25 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 172.

b) Mais les taxes réelles qui sont imposées aux citoyens à la faveur de la mesure des possessions, comme les *Verpondingen* -"taxes portant sur les terres et les maisons", réelles du centième ou du deux-centième, bien que, pour la plupart et aussi pour la Cour de Hollande, elles soient considérées parmi les hypothèque, avoir un privilège (voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 172 ; Loenius*, Decisiones*, cas. 17 ; Cooren*, Observationes*, obs. 17 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 23) ; cependant, je pense que celles-ci, à partir de l'intention des Etats de Hollande suffisamment mise en lumière par la loi du 3 avril 1677, n'usent pas d'un privilège, du fait qu'elles doivent céder aux hypothèques spéciales établies avant, voyez Tobias Boel sur Loenius, sur ledit cas. 17, p. 180, dont je n'approuve cependant pas la plupart des arguments et des raisonnements.

CDLIX. Les taxes personnelles ont aussi, selon le droit commun de Hollande, un doit d'hypothèque certes tacite, mais sur l'hypothèque, aucun privilège de même, qui, par conséquent, ne se présente pas à ceux qui vendent des espèces d'approvisionnement et qui paient d'avance ces taxes, dont [il a été parlé] dans la thèse CDXIX. La décision de la Cour de 1604 [rapportée] dans les *Hollandsche consilien*, part. III, appendice, p. 22, voyez aussi *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 89, à laquelle fait appel Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 2, nb 8 et lib. 20, tit. 4, nb 23 ; car cet endroit corrompu doit être ainsi lu à partir de mon exemplaire manuscrit (avec le consentement de l'Académie publique) : [texte en néerlandais] *pour la préférence des biens de Gerrit Martenszoon, cédant, déterminée le 30 juillet 1604, il est entendu que l'impôt des bières, bien qu'affermé, avec un droit de préférence sur les biens et sur les terres des héritiers a, d'après leur date, avec la vertu d'une hypothèque légale, été mise d'après l'ancienne hypothèque spéciale au regard de Job Bastiaanszoon. De même, que les hypothèques légales, d'après leur date, ont une préférence réciproque.* On lit dans l'exemplaire de Leyde que, le 26 juillet et ensuite, elle est mise devant une hypothèque spéciale plus jeune. On prouve facilement qu'il ne faut pas craindre avec Voet, lib. 20, tit. 4, nb 23, que cette discussion ne soit oiseuse.

CDLX. 7°. Dans le statut de Haarlem, art. 17, suivent les femmes mariées qui, la communauté de tous les biens ayant été exclue, qui répètent les biens rassemblés lors des noces ou acquis durant le mariage, à moins que ceux-ci n'aient péri par un fatal accident, art. 21.

CDLXI. 8°. Les enfants usent du même droit à raison des biens à eux laissés par un parent prédécédé, [biens] que le parent survivant possède, art. 18, ce qui est plus pleinement mis en lumière dans les art. 23, 24, 25 et 26.

CDLXII. 9°. Également, les pupilles et les autres qui sont sous tutelle ou sous curatelle pour ce qui leur est dû à partir de la cause de la tutelle ou de la curatelle, art. 19.

CDLXIII. Ces trois hypothèques, certes, ont entre elles seulement une prérogative de temps, art. 20, mais aucun privilège. (Cependant, il est suffisamment clair que ce droit n'est pas le droit commun des Hollandais à partir de la thèse CCLXIII).

CDLXIV. Selon de droit de la cité de Rotterdam, les Républiques sont préférées à celui qui réclame les taxes personnelles, art. 32 et 33.

CDLXV. Suivent les hypothèques spéciales postérieures dans le temps dans la loi de Haarlem, en argument, art. 32 à la fin, cf. la thèse CDXXXVII ; ensuite, les [hypothèques] générales entre lesquelles compte est tenu du temps, art. 6.

CDLXVI. **IV** Une partie de la loi livre un droit spécial de préférence sur chaque bien immeuble ; sur ceux-ci, elle préfère

1° les dépenses judiciaires, art. 27, cf. la thèse CDLI ;

2°. les dépenses des funérailles, dans la mesure où les unes ou les autres ne peuvent pas être payées à partir des meubles, voir ledit art. 27 ;

3°. les taxes réelles, voir ledit art. 27, à réclamer dans le temps légal, art. 28, qui est à Dordrecht de cinq ans rétroactifs à compter depuis le commencement de l'année courante, art. 27.

CDLXVII. 4°. les réparations des biens immeubles faite dans le trois années proches, art. 29. Un semblable délai a été déterminé à Alkmaar, à Purmerendam, à La Haye, à Amsterdam dans la loi du 28 janvier 1752 ; ailleurs, il est de deux ans, à Monikendam, art. 3 ; à Rotterdam, art. 27. IL faut cependant que les réparations soient nécessaires, art. 37 ; car les améliorations concourent avec les crédits chirographaires, art. 38.

CDLXVIII. 5°. La rente imposée à un moulin à la faveur de l'usage du vent est préférée, art. 30.

6°. Suivent les rentes emphytéotiques, les droits d'exposition au soleil, les salaires perpétuels ou héréditaires, art. 31.

CDLXIX. 7°. Viennent les hypothèques spéciales qui, entre elles, usent du privilège du temps, art. 32. Cependant, ces hypothèques, qui sont appelées des *Kustingen*, sont préférées aux premières hypothèques légales, voir ledit art. 32 ; cf. la thèse CDXXXVII. Mais elles n'ont pas ce droit après trois ans où le dernier loyer devait être payé. Un semblable temps a été déterminé dans la loi d'Alkmaar, art. 3 et 4, de Purmerendam, art. 3 et 4 ; de deux ans dans la loi de Monikendam, art. 2 ; cependant, après ce délai, le droit de l'hypothèque générale est considéré subsister.

CDLXX. Cela n'a pas été établi dans les autres places, d'ailleurs, après trois ans, pour ces crédits, ce droit particulier d'hypothèque a été sauvegardé, bien que de nouveaux chirographes quant aux intérêts de ce crédit aient été faits, voir *Decisien en resolutoen van den Hove van Holland*, decis. 201.

CDLXXI. Toutefois, les intérêts de ces crédits ou des autres crédits hypothécaires, bien que confirmés avec un droit de gage, après six ans, deux ans ou comme il a agréé à la plupart des statuts, après trois ans, ne sont plus réclamés avec un droit d'hypothèque, voyez la loi de Haarlem, art. 33.

CDLXXII. 8°. Cette même loi, art. 35, aux crédits personnels, préfère encore ceux qui sont mis en possession à raison de la poursuite d'une chose jugée, la déclaration et son renouvellement ayant été faits, et ont payé le quarantième le même jour. Des choses semblables ont lieu à Amsterdam, voir Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 37, art. 11, 12,13 et 23.

CDLXXIII. Entre les créanciers chirographaires qui n'ont pas obtenu leur bien en justice quant au concours, ne sont pas préférés ceux qui ont prêté de l'argent ensuite pour une nouvelle négociation, voir *Vervolg der Hollandsche consilien*, part. I, cons. 114.]

* *
*

[252] Troisième livre
Du droit personnel

Contenu du troisième livre

Tableau du troisième livre

Du droit personnel, *il est utile de savoir* l'origine *et* la fin.

L'origine *du* droit personnel *doit être d'abord connue en général*, livre III, *chap. I* ; *ensuite, avec ses divisions, comme provenant d'une* promesse *ou d'une* inégalité.

Un promesse *est faite* expressément *ou par* application de la loi.

Un promesse expresse *est faite en* une donation, *chap. II*, *ou* est utile à un autre contrat.

Une promesse qui est utile à un certain autre contrat *est faite par un* débiteur principal *ou par des* garants, *chap. III*, *là, du droit des cautions.*

À cette promesse expresse qui est utile à un autre contrat *appartient une* transaction, *chap. IV*, *et une* promesse écrite, *chap. V*.

Une promesse par application de la loi *est avec* consentement *ou sans* consentement ; le consentement *est autrement appelé* contrat, *chap. VI*.

Les contrats usuels qui sont accomplis par un transfert de chose *sont [au nombre de] quatre*, le dépôt, *chap. VII*, le gage, *chap. VII*, le prêt à usage, *chap. IX et* le prêt de consommation, *chap. X, où aussi, il est parlé de* l'intérêt, *à quoi s'ajoute aussi* le prêt à la grosse aventure [ou bomerie]*, chap. XI.*

Les *contrats usités qui, sans* transfert d'une chose, *par le* consentement *seulement, sont accomplis sont les sept suivants,* le mandat, *chap. XII, à quoi appartient* la lettre de change, *chap. XIII*, l'achat et la vente, *chap. XIV, à quoi est utile l'exécution de l'achat, chap. XV, la fin de l'achat qui est faite par le droit de retrait, chap. XVI, la rupture de l'achat, chap. XVIII,* la concession d'une emphytéose, *chap. XVIII.*

L'offre de bail *et* la prise de bail, *chap. XIX, à quoi appartient l'offre de bail entre des patrons de navires, des armateurs, des transporteurs et des matelots, chap. XX,* la société, *chap. XXI, à quoi appartiennent l'amirauté, chap. XXII, et le coarmement, chap. XXIII,* l'assurance, *chap. XXIV,* et la concession de fief, *chap. XXV*.

Une promesse par application de la loi sans consentement *est faite par* une similitude de la donation *et par une* similitude de la société.

La similitude de la donation *a lieu dans une* tutelle, *chap. XXVI,* et dans une administration d'affaires, *chap. XXVII.*

La similitude de la société *est une* communauté des biens *ou une* communauté du résultat.

Les deux principales sortes de communauté de biens sont la succession jointe *et* le partage de succession, *chap. XXVIII.*

La communauté de résultat *a particulièrement lieu parmi les personnes qui ont corps et bien dans une* **[253]** *cale, chap. XXIX, où il est parlé de l'avarie.*

La survenance du droit personnel *qui provient de* l'inégalité *est faite par* un enrichissement *ou par* une cause d'inégalité.

Une obligation *par* enrichissement *naît d'un paiement indu et de ce qui est semblable, chap. XXX.*

Une cause d'inégalité *peut être faite* de façon amiable *ou* de façon non amiable.

De façon amiable, *par* un donner pour un donner, *comme un échange, par* un faire pour un faire *ou* un faire pour un donner *ou par* un donner pour un faire, *chap. XXXI.*

Une inégalité *a sa cause* de façon non amiable *est celle qui prend son origine d'*un délit manifeste *ou* d'un délit par application de la loi.

Le délit manifeste *est traité d'abord* en général, *chap. XXXII*, *puis par une* réciprocité, *comme* le délit contre la vie, *chap. XXXIII*, *contre le corps, chap. XXXIV,* contre la liberté, il est

appelé un *outrage, chap. XXXV,* contre l'honneur, *appelé* une calomnie, *chap. XXXVI,* contre le bien, *comme* un vol *et les autres dommages, chap. XXXVII.*

Du délit par application de la loi, *chap. XXXVIII.*

Un droit personnel *disparaît quand l'obligation* meurt *ou est rendue* sans forces *par des moyens de défense, chap. XXXIX.*

Les obligations meurent *par une* dissolution du droit *ou par* une disparition de la chose.

Une dissolution du droit *est faite par un* acquittement *ou par une* remise.

Un acquittement *est un* paiement, *chap. XXXIX,* ou ce qui est semblable à un paiement, *chap. XL.*

Semblable à un paiement, *est une* consignation, *une* confusion *ou une* compensation.

Une remise *est faite par un* acte des hommes *ou par la* loi.

Une remise *par un acte des hommes est faite sans une* novation *ou avec une* novation.

Une remise sans novation *est faite par une* donation, *chap. XLI, ou sans* donation.

Une remise sans donation *est faite par un* retrait du contrat *ou par une* dation en paiement, *chap. XLII.*

De la novation, *chap. XLIII, à cela, appartient une* délégation, *chap. XLIV, de cela, est faite une* assignation, *ainsi autrement, comme par des* lettres de change, *chap. XLV.*

D'une remise *par* la loi, *c'est-à-dire par prescription, chap. XLVI.*

D'une remise *par* disparition de la chose, *chap. XLVII.*

*L'*obligation *est rendue invalide* par des remèdes *en* totalité *ou en* partie.

En totalité, l'obligation *est rendue* invalide *par le biais des remèdes par* une cause interne, *chap. XLVIII,* ou une chose de l'extérieur, *chap. XLIX.*

Les causes internes sont une crainte, une fraude, une minorité.

Les obligations *sont rendues* invalides *à partir d'*une cause externe *par une exception de* chose jugée, *chap. XLIX, ou par une exception de* serment, *chap. L.*

Les remèdes qui *rendent les obligations* invalides en partie *sont* une cession de biens, *chap. LI, ou une* remise [en l'état initial] pour une lésion au-dessus de la moitié, *chap. LII.*

*

Chapitre I
Des obligations en général, leur origine et leur division [1]

§ 1. Nous avons dit que l'autre sorte de PROPRIÉTÉ est un droit personnel, que nous avons décrit être *le droit de propriété que chaque homme a sur l'autre pour obtenir de lui une certaine chose ou un certain acte* [2].

---

[1] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiii *(Des obligations)* et C. 4, 10 *(Des obligations et des actions en justice).*

« xiii. Maintenant, passons aux obligations. L'obligation est un lien de droit avec lequel, par nécessité, nous sommes astreints à payer le bien de quelqu'un selon les lois de notre cité ».

Ce titre du Code comprend en tout 14 constitutions.

[2] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 3 et *Institutes de Justinien*, II, xiii, pr.

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« La substance des obligations ne consiste pas en ce que quelque chose fasse nôtre un objet ou nôtre, une servitude, mais qu'une chose nous engage à donner quelque chose, à faire ou procurer quelque chose. 1 - Mais il n'est pas suffisant que les espèces monétaires appartiennent à celui qui les donne et deviennent celles de celui qui les reçoit pour que l'obligation naisse, mais qu'elles soient données et reçues avec cette intention que l'obligation soit établie. C'est pourquoi, si quelqu'un, pour le donner, m'a remis son argent, bien qu'il ait appartenu à celui qui le donne et soit devenu le mien, cependant, je ne serai pas obligé envers lui, parce que cela, entre nous, n'a pas été fait. 2 - Une obligation par échange de paroles aussi est établie, si, entre les contractants, cela est fait ; en effet, si, par jeu, par exemple, ou pour montrer une faculté de comprendre, moi, je t'ai dit "promets-tu ?" et que toi, tu as répondu "je promets", naît une obligation ».*

« xiii. Maintenant, passons aux obligations. Une obligation est un lien de droit avec lequel, par nécessité, nous sommes astreints à payer le bien de quelqu'un selon les lois de notre cité ».

§ 2. Pour ne pas être abusé par une ambiguïté des termes, on doit savoir qu'un dette, prise de façon large, est dite de tout acte convenable à l'homme d'après la prescription de certaines vertus, que l'acte lui-même qu'il fait le concerne proprement, comme un homme est tenu de vivre sobrement et de façon modérée, de se comporter avec prudence et ce qui est semblable, ou que l'acte lui-même regarde proprement une autre personne.

§ 3. *Le devoir* regardant un autre consiste principalement en trois catégories, en *un devoir [venant] de la bienveillance, un devoir [venant] de la fidélité* et *un devoir [venant] d'un délit.*

§ 4. Un DEVOIR [VENANT] DE LA BIENVEILLANCE *naît de la communauté de nature qui est naturelle aux hommes* [3], comme étant tous nés d'un tronc ; pour cela aussi, les hommes sont tenus d'agir bien envers tous les hommes [4] pour autant qu'ils peuvent faire une telle chose sans leur incommodité notable [5]. Ce devoir [venant] de la bienveillance obtient de circonstances particulières des noms particuliers, car, à l'égard de quelqu'un **[255]** qui,

---

[3] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 1, 3.

Extrait du livre Ier des *Institutes* de Florentinus : *« Comme nous repoussons la violence et l'injustice : car, de par ce droit* (i.e. le *jus gentium), il arrive que, pour ce que quelqu'un a fait pour la protection de son propre corps, il est jugé l'avoir fait selon le droit et du fait que la nature a établi entre nous une certaine affinité, il s'ensuit qu'il est contraire aux lois de la nature qu'un homme tende une embûche à un [autre] homme ».*

[4] (Note de Groenewegen) Voir Ga 6, 10.

« 10. Ainsi donc, tant que nous en avons l'occasion, pratiquons le bien à l'égard de tous et surtout de nos frères dans la foi ».

[5] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu à l'égard de la loi de nature, voir Grotius, *Du droit de la guerre* …, I, chap. II, § VI - 3. Mais voyez en outre 1Jn 3, 16 ; Grotius, *de droit de la guerre* …, liv. II, chap. XXV, § 3 ; Wilhelm Amesius, *De casibus conscientiæ*, liv. V, cap. 31, nb 1 ; Leonard Lenaert Leys, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 9, dubit. 7, nb 38 avec les suivants.

« VI - 3. Pour ce qui concerne ce second point de vue, il faut savoir que les vertus qui sont exigées des chrétiens, sont aussi recommandées et prescrites aux Hébreux, mais non point au même degré et avec la même étendue. Or, c'est à l'un et à l'autre de ces égards que le Christ oppose es préceptes aux anciens : d'où il ressort visiblement que ses paroles ne contiennent pas une simple interprétation. Il importe que cela soit connu, non seulement pour la matière que nous avons en ce moment sous la main, mais pour beaucoup d'autres questions, afin que nous ne fassions pas usage de l'autorité de la loi hébraïque au)-delà de ce qui convient ». Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 60-61.

« 16. Et nous, nous avons reconnu l'amour que Dieu a pour nous, et nous y avons cru. Dieu est Amour : celui qui demeure dans l'amour demeure en Dieu et Dieu demeure en lui ».

« III - 1. C'est pourquoi si un citoyen, quoique innocent, est réclamé par l'ennemi pour sa perte, il n'est pas douteux qu'il ne puisse être abandonné, s'il est évident que l'État est de beaucoup inférieur en force aux ennemis. Ferdinand Vasquez dispute contre cette opinion ; mais si l'on considère non tant ses paroles que sa pensée, il paraît vouloir dire ceci, qu'un tel citoyen ne doit pas être abandonné à la légère, tant qu'il y a espoir qu'il puisse être défendu. Car il cite aussi l'histoire de l'infanterie italienne qui, rassurée sur son propre salut par César, abandonna Pompée, lorsque ses affaires n'étaient pas encore tout à fait désespérées : ce qu'il désapprouve, non sans raison.

2. Mais un citoyen innocent peut-il même être livré entre les mains des ennemis, pour éviter la ruine de l'État, imminente sans cela ? C'est sur quoi les érudits disputent, et sur quoi il a été autrefois disputé, lorsque, par exemple, Démosthène a proposé cette fable célèbre des chiens que les loups demandaient aux brebis de leur livrer en vue de la paix. Non seulement Vasquez, mais ce Soto dont l'opinion est accusée par Vasquez d'être voisine de la perfidie nient que cela soit permis. Soto avance cependant qu'un tel citoyen est tenu de se livrer lui-même aux ennemis ; Vasquez nie aussi ce point, parce que la nature de la société civile dans laquelle chacun est entré en vue de son propre avantage, ne le demande pas.

3. Mais tout ce qui suit de là, c'est qu'un citoyen n'y est point tenu en vertu d'un droit proprement dit ; et il n'en résulte pas que la charité souffre qu'il agisse autrement. Il y a, en effet, beaucoup de devoirs, non de justice proprement dite, mais de charité, dont non seulement l'accomplissement est digne de louange - ce que Vasquez reconnaît - mais qui, même, ne peuvent être omis sans faute. Or, tel paraît être, sans contredit, le devoir pour tout citoyen de préférer le salut d'un très grand nombre de personnes innocentes à sa vie propre. (…).

4. Mais, cela posé, reste le doute de savoir si ce citoyen peut aussi être contraint à ce qu'il est tenu de faire. Soto le nie par l'exemple du riche, qui est tenu par le précepte de la miséricorde de donner l'aumône au pauvre, et qui, cependant, ne peut y être contraint. Mais il faut remarquer qu'autre est la condition des parties entre elles, autre celle des supérieurs, quand on les compare avec leurs sujets. Car l'égal ne peut contraindre son égal, si ce n'est à raison de ce qui lui est dû en vertu du droit strictement dit. Mais le supérieur peut contraindre même à d'autres choses que prescrit une vertu quelconque, parce que ce droit est compris dans le droit propre du supérieur, en tant que supérieur. C'est ainsi que, dans une grande disette de blé, les citoyens peuvent être contraints à mettre en commun celui qu'ils possèdent ; voilà pourquoi, dans notre question controversée, il paraît plus vrai de dire que le citoyen peut être contraint à faire ce qu'exige la charité. (…) ». Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 563-565.

envers nous, a d'abord fait le bien est appelé une gratitude, à l'égard des hommes pauvres, une charité et ainsi de suite.

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici que les mortels nés bien sûr du même sang et qui ont le même commencement de naissance se doivent réciproquement un secours mutuel. Il s'ensuit de là que Hobbes s'est trompé de très mauvaise façon qui appelle l'état naturel une pure guerre de tous contre tous. Pufendorf, *Du droit de la nature et des gens*, liv. II chap. 2, § 5 et suivant, Richard Cumberland, *Traité philosophique des loix naturelles*, *ex professo*, et récemment de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 244, ont plus pleinement réfuté cette sentence. Cependant, ils ne raisonnent pas à partir de l'amour mutuel que les bêtes brutes, même voleuses, et aussi conduites à la cruauté nourrissent entre elles, du fait que l'argument des bêtes brutes n'est d'aucune valeur pour l'existence rationnelle d'aucune. À son époque, Platon a reconnu qu'il n'y avait aucun droit comun entre les bêtes brutes et les hommes, et que seul l'homme avait une idée du culte du droit et de la divinité, voir Barbeyrac dans sa préface en français sur Pufendorf, p. 74. En effet, chaque fois qu'il est demandé si quelque chose sera licite ou interdit à partir du droit de la nature, il faut examiner ce qui conviendra à notre nature rationnelle et sociale, et c'est là une façon de prouver [différente] de la première, voir l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, § XI et XII. Et cependant, Grotius lui-même, pour prouver la puissance maritale quant au droit de la nature, réclame l'argument aux être animés muets, liv. II, chap. V, § VIII.2.]

§ 5. Un DEVOIR [VENANT] DE LA FIDÉLITÉ *naît du langage ou de ce qui est semblable au langage* ; ce langage est donné à tous les hommes parmi tous les animaux pour une meilleure pratique de la communauté réciproque pour, avec lui, rendre connu ce qui est caché dans l'esprit [6] ; la convenance de cela *consiste en l'accord du signe avec le signifiant*, qui est appelé VÉRITÉ. Mais, puisque la vérité étant seulement considérée ne porte avec elle pas autre chose qu'un accord du langage avec l'esprit pour le moment, lorsque le langage est employé, la volonté de l'homme étant changeante à partir de leur propre nature [7], ainsi, un moyen a-t-il dû être trouvé pour fixer fermement la volonté pour le futur, lequel moyen est la POLLICITATION [8].

---

[6] (Note de Groenewegen) Voir D. 33, 10, 7 § 2.

Extrait du livre XIX des *Digestes* de Celsus : *« 2 - Servius dit qu'il faut que l'opinion de celui qui a fait un legs soit examinée, [pour savoir] à quelle catégorie il le rapportera ordinairement ; mais pour ceux, dont il ne fait pas de doute qu'ils appartiennent à une autre catégorie, comme par exemple l'argenterie qui sert aux repas ou des manteaux à capuchon et des toges, qu'au mobilier, l'on assigne ordinairement, pour cela, il ne faut pas que soit pensé que, dans le mobilier légué, cela soit aussi compris ; en effet, à partir de l'opinion des particuliers, les termes ne doivent pas être entendus, mais à partir de leur usage commun. Tubero dit que cela, pour lui, est peu clair : car, dit-il, à quoi aboutissent les noms [des choses] si ce n'est à indiquer la volonté de celui qui parle ? Pour ma part, je ne pense pas que quelqu'un dise ce qu'il n'a pas pensé. De sorte que, surtout, d'un nom, il a usé au terme, [nom] avec lequel cela est ordinairement appelé ; car, du ministère de la voix, nous usons ; du reste, il ne faut pas penser que quelqu'un ait dit ce qu'il n'avait pas réfléchi dans son esprit. Mais, quoique, grandement, la raison et l'autorité de Tubero m'agitent, cependant, [avec celle] de Servius, je ne suis pas en désaccord, [lui qui dit] que quelqu'un n'est pas considéré avoir dit du nom de quoi il n'a pas usé. Car, quoique soit première et plus forte l'intention que la voix de celui qui parle, cependant, personne, sans voix, n'est pensé avoir parlé, si ce n'est, peut-être, que nous jugions que ceux qui ne peuvent pas parler parlent en tentant cela même avec un son* και τη$_{ι}$ αναρθρω$_{ι}$ φωνη$_{ι}$ *- et d'une voix inarticulée ».*

[7] (Note de Groenewegen) Voir D. 34, 4, 4.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si, de nouveau, dans une amitié, ils sont entrés et que s'est repenti le testateur de son offense antérieure, le legs ou le fidéicommis laissé est remis en force ; en effet, la volonté du défunt est modifiable jusqu'à la fin de sa vie ».*

[8] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. XI, §§ I-III.

« I - 1. L'ordre de la matière nous a conduits à l'obligation qui naît des promesses ; et voici aussitôt que s'élève contre nous un homme d'une érudition qui n'est pas du tout commune, François Connan. Ce jurisconsulte, en effet, soutient cette opinion que, d'après le droit de nature et des gens, les conventions qui ne contiennent rien de synallagmatique ne produisent aucune obligation ; qu'il est honnête cependant de les accomplir, si toutefois la chose est telle que de l'exécuter même indépendamment de toute promesse, ce soit une action louable et conforme à quelque vertu.

2. Il apporte à l'appui de son opinion non seulement des dires des jurisconsultes, mais encore les raisons suivantes : que la faute de la personne qui croit témérairement à celui qui promet sans cause, n'est pas moindre que la faute de celui qui a eu recours au

§ 6. Bien que, maintenant, un home soit tenu d'être reconnaissant envers son bienfaiteur [9], semblablement, il est tenu de tenir sa promesse [10], cependant, ni de l'un ni de l'autre,

---

mensonge de la promesse ; ensuite, qu'un grand péril menacerait les fortunes de tous, si les hommes étaient tenus par une promesse, qui souvent part de l'ostentation plutôt que de la volonté », ou provient d'une volonté, mais légère et peu considérée ; enfin, qu'il est juste de laisser quelque chose à l'honnêteté de chacun, et de ne pas tout réduire à la nécessité de l'obligation ; qu'il est honteux de ne pas remplir ses promesses, non qu'il y ait en cela de l'injustice, mais parce que cela met à découvert la légèreté de la promesse.

Il se sert du témoignage de Tullius, qui a dit qu'on ne doit pas tenir les promesses inutiles à ceux à qui elles ont été faites, ou qui vous seraient plus nuisibles qu'elles ne seraient profitables à celui à qui vous auriez promis.

Que si la chose n'est plus entière, il veut qu'on doive non ce qui a été promis, mais un dédommagement. Du reste, la force qu'elles ne tirent pas d'elles-mêmes, les conventions la reçoivent soit des contrats dans lesquels elles sont renfermées ou auxquels elles sont ajoutées ; soit de la tradition de la chose ; d'où il naît quelquefois des actions, quelquefois des exceptions, et la défense de répéter.

Pour ce qui est des conventions qui ont force d'obligation selon les lois, comme celles qui sont revêtues des formes de la stipulation et certaines autres, elles n'ont cet effet que par le bénéfice des lois, dont la propriété est de pouvoir rendre nécessaire ce qui est honnête de sa nature.

3. Mais cette opinion, prise comme il l'expose en termes généraux, ne peut se soutenir. La première conséquence, en effet, qui en résulte, c'est qu'entre les rois et les peuples divers, les conventions n'ont aucune force, tant qu'il n'y a rien d'exécuté de ce qui a été promis ; surtout dans les lieux où aucune forme déterminée pour les traités et les contrats n'a été imaginée. Puis, il y a la raison que les lois, qui sont comme un pacte commun du peuple, et qui sont appelées de ce nom par Aristote et Démosthène, puissent ajouter aux conventions une obligation ; tandis que la volonté d'une personne qui est absolument déterminée à s'obliger, ne le pourrait point, particulièrement lorsque la loi civile n'y apporte pas d'empêchement. Ajoutez que la propriété d'une chose peut être transférée par une volonté suffisamment signifiée, comme nous l'avons dit auparavant ; pourquoi donc ne pourrait-on pas transférer ainsi le droit contre une personne, pour obtenir ou qu'elle nous transmette la propriété - lequel droit est moindre que celui de propriété même - ou qu'elle fasse quelque chose, puisque nous avons autant de droit sur nos actions que sur les choses qui nous appartiennent ?

(…)

6. Mais pour que cette matière soit bien comprise, il faut distinguer avec soin trois degrés pour exprimer sa volonté, relativement aux choses futures qui sont en notre pouvoir, ou que l'on pense devoir y être.

II. Le premier degré est l'assertion faisant connaître la volonté qu'on a en ce moment à l'égard d'une chose future. Pour qu'elle soit exempte de vice, on requiert la sincérité de la pensée au moment présent de la déclaration, mais non que l'on persévère dans cette pensée. L'esprit humain, en effet, non seulement possède la puissance naturelle de changer d'avis, mais encore en a le droit. Que s'il y a quelque vice dans le changement d'opinion, comme il arrive parfois, il n'est pas inhérent au changement, mais il vient de la matière : par exemple, parce que le premier sentiment était meilleur.

III. Le second degré est lorsque la volonté se détermine elle-même pour le temps futur, en donnant un indice suffisant de la nécessité qu'elle s'impose de persévérer. C'est ce qui peut être appelé une pollicitation *; laquelle, toute loi civile mise à part, oblige, à la vérité, ou absolument, ou sous condition, mais ne donne pas de droit propre à l'autre partie. Il arrive, en effet, dans beaucoup de cas, qu'une obligation existe en nous, sans qu'aucun droit ne soit conféré à autrui : comme cela se voit dans le devoir de la charité et de la reconnaissance, auquel ressemble ce devoir de la constance à tenir sa parole, ou de sa fidélité. Aussi, selon le droit naturel, la chose du pollicitant ne pourra-t-elle pas être retenue en vertu d'une telle pollicitation, et le pollicitant lui-même ne pourra pas être contraint à tenir sa promesse ».* Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 318-320.

[9] (Note de Groenewegen) Voir D. 5, 3, 25 § 11.

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Le Sénat s'est avisé des possesseurs de bonne foi, afin qu'en totalité, du préjudice, ils ne soient pas affectés, mais qu'ils soient seulement tenus de ce en quoi ils sont devenus plus riches. En conséquence, quelque frais qu'ils aient fait à partir de la succession, si, ce qu'ils ont gaspillé, ils l'ont perdu, cependant que, de leur bien, ils pensent user, ils ne le paieront pas. Et, s'ils ont fait une donation, ils ne seront pas considérés être devenus plus riches, bien que, pour leur témoigner de la gratitude, ils aient obligé quelqu'un de façon naturelle. Clairement, s'ils ont reçu des* αντιδωρα *- dons en retour, il doit être dit qu'ils sont devenus plus riches dans la mesure où ils les ont reçus ; cela sera comme une certaine sorte d'échange ».*

[10] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 1 ; D. 13, 5, 1.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La justice de cet Édit est naturelle. Qu'y a-t-il de si approprié à la foi humaine que ces choses que les hommes ont décidé d'observer entre eux ? 1 - Le pacte est dérivé de l'accord (d'où vient aussi l'appellation de paix) 2 - et un accord de deux personnes ou de plusieurs, est un agrément et un consentement. 3 - Le terme général de convention est ce qui se rapporte à toutes choses dont ont consenti pour contracter et transiger des affaires ceux qui agissent entre eux ; car, de même que sont dits se rassembler* (convenire) *ceux qui viennent de diverses places en une seule, de même consentent ceux qui, animés de différents motifs, en viennent à un seul, c'est-à-dire qu'ils en viennent à une seule décision. 3 - L'appellation de convention est à ce point générale que Pedius dit élégamment qu'il n'y a ni contrat, ni obligation, qui n'aient en eux une convention, qu'ils soient conclus à partir de la remise d'un bien* (re) *ou par des paroles* (verbis) *; car une stipulation qui se fait par des paroles* (verbis) *est nulle, s'il n'y a pas de consentement. 4 - Mais un grand nombre de conventions est fait sous une autre appellation, comme pour l'achat, le louage, le gage ou la stipulation ».*

étant aussi seulement considérés, aucun autre droit n'est né que nous appelons un droit personnel ; et pour cela [11], un héritier n'est pas même tenu en conscience de remplir une mauvaise promesse de son ancêtre, bien qu'étant faite par un serment [12].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 9 et 10 de Groenewegen van der Made**
Peut être vu ce que nous avons relevé sur le liv. I, chap. II, § 2, aux mots *Une loi peut avoir trois effets*.]

§ 7. Mais *une dette prise étroitement* est propre à un droit personnel et ne peut se trouver sans celui-ci, et elle est autrement appelée une OBLIGATION [13].

§ 8. Voyons alors d'ou un droit personnel et, suivant cela, aussi, une dette étroitement prise (car ces deux choses vont ensemble) naissent : en premier lieu, de la loi naturelle,

---

Extrait du livre XXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Dans cet Édit, le préteur est favorable à l'équité naturelle, lui qui garde le constitut fait à partir du consentement, parce qu'il est grave de tromper la confiance. Le préteur dit : " Celui qui a fait un constitut de l'argent dû". "Celui" doit être reçu "ou celle", car les femmes, quant au constitut, sont tenues, si elles ne s'y sont pas opposées. 2 - Quant au pupille, quoique rien n'en ait été dit dans l'Édit, cependant, sans l'autorisation de son tuteur, en faisant un constitut, il n'est pas obligé. 3 - Mais, si un fils de famille a fait un constitut, il est demandé s'il en sera tenu ; mais je pense vrai que celui-ci même qui fait le constitut en est tenu et que son père [l'est] quant à son pécule. 4 - Pour celui qui a stipulé de façon inefficace, alors qu'il voulait stipuler, ne fait pas le constitut pour lui, il doit être dit que, quant au constitut, il ne peut pas faire valoir en justice son droit, parce que cela a été fait, non avec l'intention de celui qui fait le constitut, mais avec celle du promettant. 5 - Il a été demandé si peut être fait un constitut pour autre chose que ce qui est dû. Mais quand on décide déjà qu'un bien, à la faveur d'un bien, peut être acquitté, rien n'empêche que l'on fasse le constitut pour autre chose qu'à la faveur d'une dette ; enfin, si quelqu'un qui doit cent peut faire un constitut et fait un constitut pour ce même prix, je pense que le constitut est valide. 6 - Mais une dette, pour n'importe quelle cause, peut être mise en constitut, c'est-à-dire, à partir de n'importe quel contrat, que [ce soit] d'un montant certain ou incertain et si, à partir de la cause d'un achat, quelqu'un doit un prix, à partir d'une cause de dot, de tutelle ou de n'importe quel autre contrat. 7 - Mais une dette est, par nature suffisante. 8 - Mais celui qui, avec une action honoraire, non selon le droit civil, est obligé, en faisant un constitut, en est tenu ; en effet, sont considérés la dette et ce qui, selon le droit honoraire, est dû. Et c'est pourquoi le père et le maître, quant au pécule, liés, s'ils ont fait le constitut, en seront tenus jusqu'à ce montant qui, alors, se trouvait dans le pécule, quand le constitut était fait ; du reste, s'ils ont fait un constitut sur plus en leur propre nom propre nom, ils ne seront pas tenus sur ce qu'il y a en plus ».*

[11] (Note du traducteur) Il faut ici corriger le texte en remplaçant le mot *ik*, "je", par *is*, "est". Cette correction est faite dans le manuscrit de Lund.

[12] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 12, 1 § 1 et D. 50, 12, 6 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. I, § III.

Extrait du livre unique *De l'office du curateur de la République* d'Ulpien : *« 1 - Mais il faut savoir que pas toujours n'est obligé celui qui a offert [cela]. Puisqu'à raison d'un honneur, il a promis que soit décrété pour lui [quelque chose], qu'il faille le décréter ou à raison d'une juste cause, il sera tenu sur le fondement de cette offre ; mais, si, sans cause, il a promis, il ne sera pas obligé. Et cela est ainsi, dans de nombreuses constitutions anciennes et nouvelles, inclus ».*

Extrait du livre V *De l'office du proconsul* d'Ulpien : *« Une réduction de l'offre a lieu pour la personne de l'héritier, chaque fois que l'offre, à raison d'un honneur, n'a pas été faite. Du reste, si, à raison d'un honneur, elle a été faite, elle est tenue à la place du trésor d'autrui et n'est pas amoindrie pour la personne des héritiers. 1 - Si quelqu'un a promis de l'argent à raison d'un honneur et a commencé de le payer, notre empereur Antonin a dit dans un rescrit qu'il le devait comme pour un ouvrage commencé. 2 - Il faut savoir que non seulement les hommes, mais aussi les femmes, s'ils ont offert quelque chose à raison d'un honneur, ils doivent l'accomplir ; et cela a été ainsi inclus dans un rescrit de notre empereur et de son divin père. 3 - Si la République a imposé la nécessité d'installer des statues pour l'empereur à celui qui ne l'a pas promis, il est dit dans les rescrits de notre empereur et de son divin père qu'il ne lui est pas nécessaire d'y obéir ».*

« III. Si notre corps est attaqué par une acte présent de violence, entraînant péril de la vie, et qu'on ne puisse autrement éviter, dans ce cas, la guerre est licite, même jusqu'à tuer celui qui nous expose à ce danger. C'est ce que nous avons déjà dit, lorsque nous avons allégué ce cas, comme celui dont on convient le plus généralement, pour prouver qu'il peut y avoir des guerres privées qui soient justes. Il faut remarquer que ce droit de se défendre provient immédiatement, et en premier lieu, de ce que la nature confie à chacun de nous le soin de nous-mêmes ; et non pas de l'injustice ou du crime de celui qui nous expose au péril. Aussi, quand bien même il ne serait pas criminel : si, par exemple, il faisait la guerre de bonne foi, ou s'il me prenait pour un autre, s'il était en proie à quelque accès de folie, ou d'agitation morale - comme nous lisons que c'est arrivé à quelques-uns -, ces circonstances ne détruiraient pas le droit de se défendre, car il suffit que je ne sois pas plus tenu de subir le mal dont il me menace, que je ne le serais si le danger venait d'un animal appartenant à autrui ». Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.* , p. 165.

[13] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiii *(De l'exhérédation des enfants)*, pr.

« Maintenant, passons aux obligations. L'obligation est un lien de droit avec lequel, par nécessité, nous sommes astreints à payer le bien de quelqu'un selon les lois de notre cité ».

ensuite, des lois positives, cela étant fait, nous verrons aussi ensuite comment se termine le droit personnel.

[256] § 9. Pour ce qui concerne la loi naturelle, étant considérée en elle-même, celle-ci nous montre *les deux sources du droit personnel*, à savoir une PROMESSE et une INÉGALITÉ.

§ 10. Nous appelons PROMESSE *un acte volontaire d'un homme, par lequel il promet quelque chose à une autre personne avec l'intention que l'autre accepte cela et par lequel, sur le promettant, il pourra obtenir un certain droit* [14].

§ 11. Une promesse est quelque chose de plus qu'une pollicitation ; car une pollicitation fait bien qu'il n'est pas convenable de laisser une telle chose lorsqu'elle est proposée, mais elle ne donne aucun autre droit de pouvoir accepter une telle chose [15].

§ 12. Le fondement de cela consiste en un libre pouvoir de l'homme sur ses actes ; car, de façon semblable, le pouvoir que chacun a sur son propre bien [16], que ce soit en pleine ou incomplète propriété, fait ainsi beaucoup en sorte qu'il ne peut faire un autre propriétaire par une livraison ou une permission, comme cela est expliqué ci-dessus [17], ainsi aussi, un homme peut-il transférer une partie ou plutôt une conséquence de sa liberté à un autre qui l'accepte, de façon à ce que, pour l'autre, soit né un certain droit là-dessus, lequel droit est appelé un droit personnel.

§ 13. Ce droit personnel est parfois utile pour acquérir une chose, non que ce droit personnel comporte une pleine ou incomplète propriété ni une possession, mais qu'il comporte le droit de demander à quelqu'un la propriété ou une libre possession [18] et la dette est alors appelée une obligation de donner. Parfois, il regarde le droit personnel sur une chose, comme une obligation de faire quelque chose ou de le mettre en œuvre.

§ 14. Pour ce qui concerne une INÉGALITÉ, n'entre pas en compte ici une inégalité de toute sorte. Car les hommes ne peuvent pas également être riches ; mais [est prise en compte] seulement cette inégalité *qui profite actuellement à un autre, qui, par une rétention, profiterait* ou *qui, par une autre personne, est causée.*

---

[14] (Note de Groenewegen) Voir Gœddeus sur D. 33, 10 *(Du legs de la vaisselle)*, 7, nb 5 ; D. 50, 16, 20 et là, Alciati.

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Les mots « ont contracté", "ont administré" ne concernent pas le droit de tester ».*

[15] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. XI, § III.

« III. Le second degré est lorsque la volonté se détermine elle-même pour le temps futur, en donnant un indice suffisant de la nécessité qu'elle s'impose de persévérer. C'est ce qui peut être appelé une pollicitation *; laquelle, toute loi civile mise à part, oblige, à la vérité, ou absolument, ou sous condition, mais ne donne pas de droit propre à l'autre partie. Il arrive, en effet, dans beaucoup de cas, qu'une obligation existe en nous, sans qu'aucun droit ne soit conféré à autrui : comme cela se voit dans le devoir de la charité et de la reconnaissance, auquel ressemble ce devoir de la constance à tenir sa parole, ou de sa fidélité. Aussi, selon le droit naturel, la chose du pollicitant ne pourra-t-elle pas être retenue en vertu d'une telle pollicitation, et le pollicitant lui-même ne pourra pas être contraint à tenir sa promesse ».* Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 320.

[16] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 35, 21.

Constitution de Constantin adressée à Volusianus, Préfet du prétoire, et donnée entre 313-315 : *« Dans une affaire donnée en mandat, il y a un risque non seulement d'argent, dont l'action de mandat de mandat très certaine, mais aussi de la réputation. En effet, certes, chaque modérateur et chaque arbitre de sa propre affaire ne font pas de leur propre mouvement toutes les affaires, mais la plupart ; mais les affaires d'autrui sont faites avec un devoir précis et, dans leur administration, rien qui a été négligé ou détourné n'est libre de faute ».*

[17] (Note de l'éditeur) Voir liv. II, chap. III, § 2, note 88.

[18] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 3.

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« La substance des obligations ne consiste pas en ce que quelque chose fasse nôtre un objet ou nôtre, une servitude, mais qu'une chose nous engage à donner quelque chose, à faire ou procurer quelque chose. 1 - Mais il n'est pas suffisant que les espèces monétaires appartiennent à celui qui les donne et deviennent celles de celui qui les reçoit pour que l'obligation naisse, mais qu'elles soient données et reçues avec cette intention que l'obligation soit établie. C'est pourquoi, si quelqu'un, pour le donner, m'a remis son argent, bien qu'il ait appartenu à celui qui le donne et soit devenu le mien, cependant, je ne serai pas obligé envers lui, parce que cela, entre nous, n'a pas été fait. 2 - Une obligation par échange de paroles aussi est établie, si, entre les contractants, cela est fait ; en effet, si, par jeu, par exemple, ou pour montrer une faculté de comprendre, moi, je t'ai dit "promets-tu ?" et que toi, tu as répondu "je promets", naît une obligation ».*

[257] § 15. *Une inégalité qui profite ou profiterait à un autre* (à savoir en dehors d'une promesse) oblige celui qui profite à une compensation sans considérer comment il est arrivé au profit et cela, non seulement à l'égard de choses certaines, mais aussi des choses de genre, comme si quelqu'un était nourri avec les mets d'un autre ; car celui-ci est tenu, d'après la loi naturelle, à une compensation, c'est-à-dire à faire une égalité [19]. [De cela, vient le fait qu'un possesseur, déjà de mauvaise foi, redonnant la chose donnée, peut réclamer les frais nécessaires et les améliorations faites par lui] [20].

§ 16. *Une inégalité causée par un autre* est faite *de façon amiable* ou *de façon non amiable.*

§ 17. DE FAÇON AMIABLE, quand quelqu'un a fait ou donné quelque chose sur le désir de celui de l'acceptant sans intention d'une donation. Dans ce cas, bien que l'acceptant n'en eût pas actuellement profité, comme parce que la chose donnée pourrait être perdue, ainsi, il est tenu à une compensation [21].

§ 18. DE FAÇON NON AMIABLE, quand quelqu'un a souffert un dommage contre sa volonté par un délit d'une autre personne. Et, de cela, naît une dette de compensation bien que le délinquant n'en profite pas, puisqu'il est suffisant que, par son acte, le dommage soit survenu [22].

§ 19. Toutes les obligations ci-dessus mentionnées (à l'exception de celles qui naissent seulement du profit) [23] demandent en premier lieu un libre exercice de la volonté, qui ne peut pas exister là où l'entendement est empêché dans son exercice ; et, pour cela, les jeunes enfants [24] ou les personnes folles [25], ni par une promesse, ni par une acceptation

---

[19] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 206 ; la règle 48 à la fin du recueil de Sexte.

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

Règle 48 : *« Personne ne doit s'enrichir avec un préjudice ou une perte pour autrui ».*

[20] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[21] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 26, 8 §§ 4-6.

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - À partir de cet interdit, il doit être remis dans sa cause originelle ; si cela n'a pas été fait, la condamnation sera faite pour autant qu'il est de l'intérêt du demandeur qu'à lui, le bien soit restitué à partir du moment où l'interdit a été produit ; en conséquence, les fruits, à partir du jour de la production de l'interdit, seront procurés. 5 - Si, d'une servitude, n'a pas usé celui qui, en précaire, a demandé [le bien] et que, par cela, elle a été perdue, voyons si, de l'interdit, il sera tenu. Moi, je pense [qu'il ne le sera] pas autrement que si, avec un dol, il a agi. 6 - Et, de façon générale, il devra être dit que, dans la restitution, entre le dol et la faute importante seulement, les autres choses n'y entrent pas. Clairement, après la production de l'interdit, il faudra que le dol, la faute et toute la cause entrent ; car, quand quelqu'un a commis un retard avec le précaire, il devra restituer toute la cause ».*

[22] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 74.

Extrait du livre premier des *Questions* de Papinien : *« Ne doit pas être portée à l'un par l'intermédiaire de l'autre une condition injuste ».*

[23] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 24 et 48.

Extrait du livre unique des *Règles* de Pomponius : *« Si, d'un fou, alors que je pensais qu'il était sain d'esprit, j'ai reçu de l'argent comme prêté et que celui-ci, dans mon bien a été versé, une condiction, au fou, est acquise ; car, à partir de ces raisons, à nous qui l'ignorons, les actions sont acquises, à partir de celles-ci mêmes aussi, au nom du fou, on commence à pouvoir agir en justice ; comme lorsque son esclave stipule, lorsqu'un vol, envers lui, est commis ou qu'un dommage, en le lui causant, contre la Loi Aquilia, est commis ou si, peut-être, alors qu'il était le créancier, pour le tromper, le débiteur, à quelqu'un, a livré le bien. Il en sera de même, si un legs lui est fait ou si un fidéicommis lui est laissé. 1 – De même, si celui qui, à l'esclave d'autrui, a fait un prêt, qu'il a commencé à être fou, qu'ensuite l'esclave a versé dans le bien de son maître ce qu'il avait reçu en prêt, au fou, la condiction est acquise. 2 - De même, si pour le prêter, quelqu'un a remis l'argent d'autrui, qu'ensuite, il a cessé d'être sain d'esprit, par la suite, celui-ci ayant été consommé, au fou, la condiction est acquise. 3 - Et celui qui a administré les affaires d'un fou, avec l'action de gestion d'affaires, envers lui, est obligé ».*

Extrait du livre XVI *Sur Plautius* de Paul : *« Dans les affaires quelconques, d'un discours, il n'y a pas besoin, le consentement étant suffisant ; dans celles-ci, aussi un sourd peut-il intervenir, parce qu'il peut entendre et consentir, comme dans les offres de bail, les prises de bail, les achats et autres ».*

[24] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 10.

« § 10. Mais ce que nous avons dit des pupilles, en tout cas, est vrai de ceux qui, déjà, ont quelque entendement ; car un enfant qui ne parle pas et celui qui est proche de l'enfance ne l'éloignent pas beaucoup du fou, parce que les pupilles de cet âge n'ont aucun entendement ; mais, pour ceux qui sont proches de l'enfance, à raison de leur utilité, l'interprétation du droit est devenue

volontaire, ni par un délit [26], ne sont obligés ; semblablement aussi, personne n'est obligé par quelque chose qu'il fait qui arrive entièrement par erreur [27] ou en étant mal dirigé par une fraude [28] ; et, puisque l'obligation est une utilisation du libre pouvoir d'un homme, ainsi, personne, selon la loi naturelle, ne peut **[258]** s'obliger lui-même à des choses qui sont impossibles ou non autorisées à tous les hommes ou à lui en particulier [29].

§ 20. On doit aussi savoir que, quelquefois, de nombreuses causes d'obligation viennent ensemble ; car un voleur qui n'a pas encore le bien par lui-même, comme aussi, celui qui a prêté ou conservé quelque chose d'un autre, sont obligés aussi bien parce que l'inégalité leur profiterait que parce que l'un, de façon amiable, l'autre, de façon non amiable, a donné une cause à l'inégalité. Semblablement, un acheteur [qui] se voit livrer ce qu'il a acheté est tenu au paiement du prix, ainsi, parce qu'autrement, il en profiterait sans droit, comme parce qu'il a proposé et promis une telle chose.

§ 21. Que ceci soit dit brièvement de la loi naturelle. Mais, puisque nous avons dit plus d'une fois que les lois ont sur les hommes, leur droit et leurs biens plus de pouvoir que chaque homme sur lui-même et sur ses biens, ainsi, les lois civiles ont apporté par une considération de l'expérience, certaines nouvelles obligations ; et, pour brider l'imprudence des hommes à s'obliger eux-mêmes, ainsi, les mêmes lois ont privé certaines obligations seulement du pouvoir de contrainte, aussi, entièrement annulé certaines, privant les hommes du pouvoir de [faire] des obligations de cette sorte.

[**Note de Willem Schorer**
Mais puisque. Nous avons déjà traité du domaine éminent liv. II, chap. III, § 2, sur la note 92.]

§ 22. À l'égard au droit civil, celle-ci a donné à la chose son accomplissement, ainsi, nous la suivrons dans notre traitement en rappelant la loi naturelle là où la nécessité pourra le demander.

§ 23. Nous tiendrons dans le traitement *d'abord* ce qui suit, [à savoir que] nous parlerons d'abord de l'existence des obligations (car, de là, vient le droit personnel), en général et,

---

plus bienveillante, de sorte qu'ils sont le même droit que ceux qui sont proches de la puberté. Mais, celui qui, sous le pouvoir du père, est impubère, avec l'autorisation, certes, de son père, n'est pas obligé ».

[25] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 5.

Extrait du livre II *Sur Sabinus* de Paul : *« Dans le traitement des affaires, une cause est tenue pour les fous, une autre pour ceux qui peuvent parler, bien qu'ils n'entendent pas ce qui a été fait de l'affaire ; car un fou ne peut contracter aucune affaire, un pupille peut, avec l'autorité de son tuteur, tout faire ».*

[26] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 111 pr et là, les docteurs.

Extrait du livre II *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Un pupille qui est proche de la puberté est capable de voler et de commettre une injure ».*

[27] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 116 § 2.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Ceux qui se trompent ne sont pas considérés consentir ».*

[28] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 4, 3 *(Du dol)* et de C. 2, 20 *(Du dol).*

Le titre en question du Digeste comprend 40 extraits et le titre du Code, 8 constitutions.

[29] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 31, 135, 185, 188 § 1 ; *Institutes de Justinien*, III, xix, § 11.

Extrait du livre XLII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il est vrai que ni les pactes, ni les stipulations ne peuvent enlever ce qui a été fait ; en effet, ce qui est impossible ne peut être inclus dans un pacte ou dans une stipulation, de sorte que cela puisse réaliser une action utile ou ce qui a été fait ».*

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Ce qu'il est impossible de donner ou ce qui n'existe pas dans la nature des choses, est tenu pour non ajouté [à un bien] ».*

Extrait du livre VIII des *Digestes* de Celsus : *« L'obligation des choses impossibles est nulle ».*

Extrait du livre XVII des *Digestes* de Celsus : *« 1 - Ce qui est interdit par la nature des choses, par aucune loi n'est confirmé ».*

« § 11. Si une condition impossible, aux obligations, est ajoutée, n'est en rien valide la stipulation. Mais, comme impossible, est tenue la condition à laquelle la nature vient en empêchement, l'empêchant d'exister, comme si quelqu'un a ainsi dit : "Si, avec le doigt, je touche le ciel, promets-tu de donner ?". Mais, si on stipule ainsi "si avec le doigt, je n'ai pas touché le ciel, promets-tu de donner ?", comme purement et simplement faite, l'obligation est entendue et c'est pourquoi il peut immédiatement réclamer ».

ensuite, des espèces de celle-ci, à savoir entre qui chaque espèce existe, sur quoi, dans quelles formes et **[259]** quel effet celle-ci a. Et, *ensuite*, nous verrons [ce qu'il en est] de l'extinction des obligations elles-mêmes.

§ 24. Alors, une OBLIGATION, cela peut être entendu ci-dessus, est *un acte d'une personne à partir duquel naît pour une autre, un droit personnel* [30].

§ 25. En premier lieu, chacun peut s'obliger lui-même.

§ 26. Cependant, la loi civile tient pour nulles toutes les obligations des mineurs, à l'exception de celles qui naissent d'un délit [31] ou pour autant qu'ils pourraient en tirer profit [32].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXIV. Que les fils de famille plus âges que la puberté puissent être obligés à partir de leurs contrats et puissent être cités en justice après l'âge de la majorité ou la mort d'un parent, comme le voudraient Groenewegen et Voet, *Commnetarius ad Pandectas*, lib. 14, tit.5, nb 4, est très étranger à l'analogie de notre droit, voir *Hollandsche consultatien*, part. VI, 2e st. cons.30.

CDLXXV. Vous concluerez cependant faussement avec Marckart, *Exercitationes*, exerc. 7, qu'il n'y a aujourd'hui aucun usage du sénatus-consulte Macédonien, la puissance paternelle étant maintenant terminée par l'âge de la majorité. Car, dans la cause d'un prêt, il donne une

---

[30] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiii *(Des obligations)*, pr.

« Maintenant, passons aux obligations. L'obligation est un lien de droit avec lequel, par nécessité, nous sommes astreints à payer le bien de quelqu'un selon les lois de notre cité ».

[31] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 37 § 1 ; D. 50, 17, 111 pr.

Extrait du livre III des *Discussions* de Tryphoninus : *« 1 - Mais, dans les soixante jours écoulés, durant lesquels un homme peut, avec le droit du mari, accuser sa femme d'un adultère, lui est refusée la remise en l'état initial ; si maintenant, il veut de nouveau réclamer un droit omis, qu'y a-t-il d'autre que le pardon du délit, c'est-à-dire que, de la fausse accusation, il est demandé pardon ? Et, du fait que, ni dans les délits, ni pour les faux accusateurs, il est de droit certain que le préteur ne doit pas offrir un secours, la remise en l'état initial cessera [d'être effective]. Mais un mineur [de moins de] vingt-cinq ans ne mérite pas une remise en son état initial, en tout cas, pour ce qui est plus atroce, si ce n'est dans la mesure où, parfois, la compassion pour l'âge a entraîné le juge vers une petite peine. Mais, pour en venir aux règles de la Loi Julia pour contraindre les adultères, en tout cas, il n'y a nul pardon à la peine de l'adultère, si le mineur est lui-même déclaré comme adultère. J'ai dit que, s'il n'avait pas commis quelque chose de ce qu'à la faveur de l'adultère, cette même loi punit, comme s'il avait épousé, le sachant, une femme condamnée pour adultère, qu'à la faveur de la découverte de l'adultère, il n'avait pas renvoyé la femme, que, de l'adultère de la femme, il n'avait pas fait un profit, qu'il n'avait pas reçu d'argent à la faveur de la découverte de l'adultère ou qu'il n'avait pas fourni sa maison pour y commettre un attentat à la pudeur ou un adultère, il n'y aura pas l'excuse de l'âge à l'encontre des règles de la loi pour celui qui, tandis qu'il invoque les lois, a agi contre elles ».*

Extrait du livre II sur l'*Édit provincial* de Gaius : *« Un pupille qui est proche de la puberté est capable de voler et de commettre une injure ».*

[32] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliénéer)*, § 2.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

défense spéciale et il accorde une place aux justes exceptions reçues dans ce sénatus-consulte qui pourront être admises, étant sauvegardée la raison de notre droit.]

§ 27. Semblablement, sont de nulle valeur toutes les obligations concernant une banqueroute des débiteurs en fraude de leurs créanciers [33].

§ 28. Généralement parlant, *personne ne peut obliger une autre personne* [34], parce que l'obligation vient du pouvoir que chacun sur ses actes ; personne n'a ce pouvoir aussi sur les actes d'autrui, à l'exception des parents sur les enfants qui sont sous leur puissance, qu'ils peuvent obliger pour le temps qu'ils resteront sous leur puissance [35].

§ 29. Mais *les lois ont,* pour l'avantage commun, *introduit que certaines personnes sont liées par d'autres.*

§ 30. *Comme en premier lieu, les mineurs* par leurs tuteurs [36], sur les causes qui regardent le bien des mineurs ou en leur nom, à savoir dans le cas où le mineur peut recevoir de son tuteur une indemnité [37]. Cependant, une donation ou une remise d'un droit reconnu faite par le tuteur n'oblige totalement les pupilles [38], ni un délit des tuteurs, que pour autant que les mineurs peuvent en tirer profit [39].

---

[33] (Note de Groenewegen) Voyez le liv. II, chap. V, §§ 3 et 4.

[34] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2 ; la Novelle CXV, cap. 6, telle que placée sous C. 4, 18 [*Du constitut*], 1.

Le § 2 des *Institutes* est donné un peu plus haut dans la note 31.

Extrait de la Novelle CXV, chap. VI : *« Quand quelqu'un a établi que, pour lui ou pour une autre personne, il paie l'argent ou qu'il l'a promis, si, disant : "je te ferai satisfaction", il est tenu du montant qu'il a promis. Mais, si au contraire, il a ainsi dit : "il sera fait satisfaction par moi, par celui-ci et celui-là", certes, ceux qu'il a nommés n'y ayant pas consenti, seul, il le paiera seulement proportionnellement. Mais si au contraire, il a dit : "Il sera fait satisfaction", le verbe ayant été avancé de façon impersonnelle, il ne sera pas tenu. Mais, s'il a dit ainsi : "Il te sera fait satisfaction par moi ou par celui-ci", celui qu'il a nommé n'y ayant pas consenti, seul, pour la totalité, il sera tenu ».*

[35] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, chap. 36 *(Du statut et de la condition des personnes)*, art. 3 aux mots *magt ende pligt.*

[36] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 26, 9 et C. 5, 39, [les deux titres portant le même intitulé] *(Quand, à partir d'un acte du tuteur ou d'un curateur, les mineurs peuvent agir en justice et être cités à comparaître).*

Le titre du Digeste renferme 8 extraits, et le titre du Code, 5 constitutions.

[37] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 7, 61.

Extrait du livre XX des *Lettres* de Pomponius : *« Chez Aristo, il avait été ainsi écrit : [quant à] ce qu'avec la faute de son tuteur, le pupille, de la succession, a cessé de posséder, l'évaluation de cela, dans la réclamation de la succession, sans aucun doute, devra être faite ainsi, si, au pupille, quant à la succession, il a été donné garantie ; mais garantie est considérée avoir été donnée, aussi, si le tuteur est approprié, par lequel pourra être conservé ce que le pupille, à partir de l'évaluation du procès, subira. Mais, si le tuteur n'est pas solvable, il faudra voir si le malheur devra appartenir au pupille ou la perte, au demandeur, de la même manière que si le bien, dans un accident fortuit, avait disparu et, semblablement, si le pupille lui-même, dépourvu de faute, avait diminué, corrompu et perdu quelque chose de la succession. Quant au possesseur fou aussi, on peut le demander, si rien, dans la nature des choses, ne se trouve et que, par le biais de sa folie, cela est arrivé. Toi, qu'en penses-tu ? Pomponius : je pense que celui-ci dit vrai. Mais pourquoi es-tu hésitant, si le débiteur n'est pas solvable, auquel le dommage devra appartenir ? Du fait qu'autrement, de façon plus fine, tu pourrais dire que les actions, seulement, que le pupille, contre le tuteur, aurait eues, au [demandeur]* [37] *de la succession, devaient être procurées, de même que l'héritier ou le possesseur des biens, si rien, avec sa faute, n'a été fait (de même, si, du bien-fonds successoral, avec une violence, il a été délogé ou qu'un esclave de la succession a été blessé par quelqu'un sans la faute du possesseur), il ne devrait procurer rien de plus que les actions qu'à ce titre, il avait. De même, il faut le dire, si, par le curateur d'un fou, avec sa faute ou son dol, quelque chose a été perdu, de même que si le tuteur ou le curateur avait stipulé quelque chose ou vendu un bien de la succession. Mais je pense qu'impunément, doit être permis ce qui, par la folie de quelqu'un, arrive, de cette façon, si, avec quelque accident et sans l'acte de la personne, cela est arrivé ».*

[38] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 37, 16.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Proculus et donnée en 293 : *« À tout titre, les tuteurs n'ont pas le pouvoir d'aliéner les biens des pupilles. Mais, vendant seulement à raison de l'administration [de la tutelle], il leur est permis de les mettre en vente ; ils fourniront une juste cause de posséder à ceux qui achètent. Du fait qu'ils n'ont pour cette raison, pas le pouvoir de donner, avec aucune raison, les biens de ceux dont ils administrent les affaires, tu ne te verras pas interdire de réclamer la propriété aux possédants ».*

[39] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 9, 3.

[260] § 31. *En second lieu*, les *marchands* et ceux qui tiennent boutique obligés par les administrateurs de leurs commerces sur mer et sur terre, à savoir dans les affaires touchant leur fidèle administration, non en dehors [40] et jusqu'à ce que cette administration soit révoquée [41], selon les lois romaines, les nombreux coarmateurs d'un navire ou les autres qui mènent ensemble un commerce, chacun pour l'acte de ses administrateurs, étaient ordinairement tenus sur la totalité [42] ; mais, chez nous, une telle chose n'est pas acceptée

---

Extrait du livre XX des *Questions* de Papinien : *« Le dol des tuteurs, à l'enfant, ne doit ni porter préjudice, ni être utile ; mais ce qui est communément dit que le dol du tuteur, au pupille, ne porte pas préjudice, alors, est vrai, quand, à partir de la fraude de celui-ci, le pupille ne s'est pas enrichi. C'est pourquoi, à juste titre, Sabinus a pensé qu'avec l'action tributoire, le pupille devait être cité pour le dol du tuteur, à savoir si, par le biais d'un partage injuste, aux comptes du pupille, il est favorable. Cela, pour l'action de dépôt aussi, doit être dit, de même, pour la réclamation de succession, si seulement, ce qui, avec le dol du tuteur, a manqué, dans les comptes du pupille, est prouvé avoir été apporté ».*

[40] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 1, 1 § 7 ; D. 14, 3, 5 § 11.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Mais, pour toute raison, le préteur n'accorde pas d'action contre l'armateur, mais au titre de l'affaire pour laquelle, là, [le patron] a été préposé, c'est-à-dire si celui-ci a été préposé à une affaire, comme par exemple si, pour transporter un chargement, il a été fait une location, qu'il a acheté des biens utiles à celui qui navigue, si, pour réparer le navire, il a contracté ou dépensé quelque chose ou si les marins, au titre de leur travail, réclament quelque chose ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Cependant, tout ce qui est fait avec un commis détaillant n'oblige pas celui qui l'a préposé, mais, [il en est] ainsi, si l'on a contracté pour la chose à laquelle il a été préposé, seulement [pour ce à quoi] il l'a préposé ».*

[41] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 3, 11 § 2.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Au sujet de celui dont il a été ouvertement publié de ne pas contracter avec lui, ce dernier ne sera pas tenu à la place du commis détaillant ; en effet, il ne devra pas être permis de contracter avec un commis détaillant, mais, si quelqu'un ne veut pas que l'on contracte, il l'interdira ; du reste, celui qui a préposé sera tenu de la préposition elle-même ».*

[42] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 1, 1 § 25 ; D. 14, 2, 2 et 3.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 25 - Si plusieurs arment le navire, contre n'importe lequel de ceux-ci, on peut agir en justice pour le tout ».*

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si, le navire étant en danger, un jet a été fait, les propriétaires des marchandises perdues, si, pour transporter leurs marchandises, ils ont loué [des places dans un navire], sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, contre le patron du navire, doivent agir en justice ; celui-ci, ensuite, contre les autres, dont les marchandises ont été sauvées, sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, pour que le dommage soit proportionnellement partagé, peut agir en justice. Servius [consulté à ce propos], certes, a répondu que, sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, il devait agir contre le patron du navire, pour qu'il retienne les marchandises des autres passagers transporteurs, jusqu'à ce qu'ils paient [leur] part du dommage. Mieux, quoique le patron ne retienne pas les marchandises, d'un côté, sur le fondement du louage* (ex locato)*, il va avoir une action contre les passagers transporteurs ; en effet, qu'en est-il, s'il y a [sur le navire] des passagers transporteurs qui n'auront aucun chargement ? Clairement, il est plus avantageux, s'il y en a, de les retenir ; en revanche, s'il a pris à bail le navire entier, sur le fondement de la prise à bail* (ex conducto)*, il agira en justice, comme les passagers transporteurs qui ont pris à bail des emplacements sur le navire ; il est, en effet, très juste que devienne commune la perte de ceux qui, à raison du jet des marchandises des autres, ont obtenu d'avoir leurs propres marchandises sauvées. 1 - Si, les marchandises ayant été conservées, le navire a été détérioré ou s'il a perdu de ses agrès, aucune contribution ne doit être faite, parce que différente est la cause de ces choses qui, pour le navire, sont apprêtées et de celles, à la faveur desquelles on a reçu un loyer. Car, si un ouvrier a brisé une enclume ou un marteau, cela ne sera pas imputé à celui qui a pris à bail l'ouvrage. Mais, si, avec la volonté des passagers transporteurs ou à raison de quelque crainte, cette perte a été faite, il faut que cela même soit réparé. 2 - Lorsque, dans le même navire, plusieurs marchands ont chargé diverses sortes de marchandises et qu'en outre, de nombreux passagers, esclaves ou hommes libres, dans celui-ci, naviguent, une grande tempête s'étant levée, par nécessité, un jet a été fait ; ensuite, a été demandé ceci : faudra-t-il que tous paient le jet, et, s'il y en a qui ont chargé de telles marchandises, avec lesquelles un navire n'est point chargé, comme des pierres précieuses, des perles ? Et quelle part devra être payée ? Faudra-t-il aussi que, pour le chef des hommes libres, [quelque chose] soit donné ? Et avec quelle action cette affaire pourra-t-elle être débrouillée ? On a décidé que tous ceux dont il était de l'intérêt que le jet soit fait devaient contribuer, parce qu'ils devaient cette contribution [à raison des biens conservés]* [42] *; c'est pourquoi le propriétaire du navire aussi, proportionnellement, a été obligé. Il faut que soit le montant du jet, à la faveur du prix des biens, soit partagé. Aucune évaluation des personnes libres ne peut être faite. Sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, les propriétaires des biens perdus, contre le matelot, c'est-à-dire contre le patron, agiront en justice. De même, il a été débattu [de savoir] si l'évaluation des vêtements et des bagues de chacun devait être faite. Et l'on a considéré que, pour tout, [elle devait être faite], si ce n'est pour ce qui, pour la consommation, aura été chargé, au nombre de quoi se trouvent les provisions de bouche ; et ceci d'autant plus que, quand elles ont fait défaut durant la navigation, ce que chacun a eu, en commun, il l'apportera. 3 - Si le navire, des pirates, a été racheté, Servius, Ofilius et Labéon disent que tous doivent contribuer ; mais, pour ce que les brigands ont pris, [ils disent] que le perd celui auquel cela appartenait et que contribution ne devait pas être faite*

comme étant préjudiciable au commerce. Pour cette raison, les marchands sont seulement obligés pour leur part dans le commerce [43].

[**Note de Willem Schorer sur la note 40 de Groenewegen van der Made**

Bien que, dans le droit romain, il soit au jugement de contractants [de savoir] s'ils voudront citer en justice le préposant ou le préposé, aujourd'hui cependant, il est permis d'aller trouver seulement le préposant, non le détaillant, à moins que l'on n'ait contracté avec le détaillant non par quelque tel moyen, ignorant peut-être qu'il était préposé, parce que, dans ce cas, il est considéré avoir suivi la foi non d'un autre, mais de celui seul avec lequel il a contracté ; ou bien, à moins que le préposant ne nie que celui avec lequel il a été contracté est son préposé ; ou bien enfin, si le détaillant s'est nommément obligé en faveur du préposant, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 14, tit. 3, nb 6. À partir de ces principes, il s'ensuit que, si le préposé a reçu des espèces monétaires en prêt pour pratiquer le commerce du préposant et que, pour cela, il envoie une lettre de change au préposant, le préposant est tenu de l'accepter et de la payer, du fait que chacun l'accepte ou la refuse autrement à la faveur de son jugement et son plaisir, comme [il est dit] ci-dessous, chap. XIII, § 5. Cependant, il a été reçu dans les usages que le préposant est libéré de l'obligation en abandonnant tout ce qu'il a confié au préposé, voir Voet, lib. 14, tit. 3, nb 2 à la fin. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 20, aux mots *Damnum navibus* - "le dommage [arrivé] aux navires", dit que cela s'accorde au droit romain, comme dans les actions de dommages causés par un animal (*de pauperie*) et noxale et que cela a été ainsi jugé le 21 décembre 1629 par la Cour Suprême. Il indique la raison : en effet, il était plus juste, dit-il, que nos biens ne nous portent pas préjudice sans notre faute au-delà de leur prix. Ailleurs, cependant, il défend plus longuement, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. I, cap. 19, que chacun des armateurs est tenu pour le tout à autant que le navire coûtait plus cher, à

---

envers celui qui avait racheté ses marchandises. 4 - Mais la part, à la faveur de l'évaluation des biens qui ont été sauvés et de ceux qui ont été perdus, est ordinairement payée et cela ne regarde pas l'affaire, si ce qui a été perdu pourra être vendu plus cher, parce que, d'une perte et non d'un profit, le paiement est fait. Mais, pour ces biens au nom desquels la contribution doit être faite, l'évaluation doit être tenue non pour autant qu'ils ont été achetés, mais pour autant qu'ils peuvent être vendus. 5 - Des esclaves aussi qui, en mer, ont péri, l'évaluation ne doit pas plus être faite que si, malades sur le navire, ils sont morts ou que certains s'étaient eux-mêmes jetés [dans la mer]. 6 - Si l'un des passagers chargeurs n'est pas solvable, ce préjudice n'en appartiendra pas au patron du navire ; en effet, le patron ne doit pas scruter les fortunes de chacun. 7 - Si les biens qui ont été jetés ont réapparu, sera déchargée la contribution ; si, déjà, la contribution a été faite, alors, ceux qui ont payé agiront en justice sur le fondement de l'offre de bail (ex locato) *contre le patron, afin que ce dernier, sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, fasse valoir son droit en justice et qu'il rende ce qu'il a réclamé. 8 - Mais le bien jeté reste celui du propriétaire et ne devient pas celui de qui s'en saisit, parce que, pour abandonné, il n'est pas tenu ».*

Extrait du livre IX des *Réponses* de Papinien : *« Quand un mât ou un autre instrument du navire, pour éloigner un péril commun, a été abattu, la contribution est due ».*

[43] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 40, nb 16 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet)*, 2 ; *Institutes de Justinien*, IV, vii *(Cette affaire qui, avec celui qui, sous lapuissance d'autrui, se trouve, dst réputée avoir été faite)*, pr-§§1-2 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e st., part. III, cons. 321.

« Parce que, cependant, nous avons eu ci-dessus la mention de l'action qui, sur le pécule des fils de famille et des esclaves, est faite, il y a le besoin que, quant à cette action et aux autres qui, à leur titre, contre les parents ou les maîtres, sont ordinairement données, nous en fassions avec plus de soin le rappel. Et, parce que, qu'avec des esclaves, le commerce ait été administré, ou avec ceux qui, sous la puissance d'un père, se trouvent, pour ne pas rendre le débat verbeux, nous dirigerons le propos sur la personne de l'esclave et du maître, on l'entendra de même quant aux enfants aussi et à leurs parents sous la puissance desquels ils se trouvent. Car, si quelque chose, sur ceux-ci, est proprement observé, nous le montrerons séparément.

§ 1. En conséquence, si, sur l'ordre du maître, avec un esclave, une affaire a été administrée, sur le tout, le préteur, contre le maître, propose une action, à savoir parce que celui qui a ainsi contracté est considéré suivre la foi du maître. § 2. Avec la même raison, le préteur propose deux autres actions sur le tout, dont l'un est appelée l'action exercitoire, l'autre, l'action institoire. L'action exercitoire a alors lieu lorsque quelqu'un a préposé son esclave comme patron d'un navire et que quelque chose avec celui-ci pour l'affaire à laquelle il aura été préposé, aura été contracté. Elle est appelée exercitoire, parce qu'est appelé exercitor *celui auquel appartient le gain journalier du navire. L'action institoire a alors lieu lorsque quelqu'un à une boutique, peut-être, ou n'importe quel autre commerce, a préposé un esclave et que quelque chose, avec celui-ci, pour l'affaire à laquelle il aura été préposé, aura été contracté. Elle est appelée institoire, parce que ceux qui, aux affaires, sont préposés sont appelés* institores. *2a. Cependant, le préteur a accordé ces deux actions, si quelqu'un a préposé une homme libre ou l'esclave d'autrui à un navire, à une boutique ou n'importe quel autre commerce, à savoir parce que cette même raison d'équité aussi dans ce cas, intervenait ».*

l'exemple de l'action exercitoire et institoire, si les armateurs ont eux-mêmes préposé le patron au commerce, ici, il n'est pas argumenté en sécurité sur les actions de dommages causés par des animaux et noxale. Toutefois, cela a semblé autrement et à meilleur droit, à mon jugement, à l'auteur dans les notes 43 et 48, du fait que, dans les usages, les armateurs et les détaillants usent de ce remède, voir Voet, lib. 14, tit. 1, nb 6, tit. 3, nb 2 à la fin. Je doute que la distinction entre le patron [de navire] et le préposé procède des armateurs, du fait que le capitaine est toujours préposé par les armateurs et que, pour cette raison, ils sont toujours tenus à l'infini à partir de la préposition. Mais supposons que le patron n'ait pas été préposé par les armateurs ; déjà, je ne vois aucune raison pour laquelle chacun des armateurs qui a droit à l'ouvrage abandonnerait sa part, du fait que l'action naît de la seule préposition, voir Piet Peck, *Commentarius ad rem nauticam*, sur D. 14, 1 *(De l'action exercitoire)*, 1 §§ 5-6, nb 3 et 4, qui ici, enseigne que les seules connaissance et patience du maître suffisent, à un point tel que pas même un consentement exprès n'est requis ; mais il est réfuté par Vinnen dans ses notes et il repousse aussi Schneidewin qui le pense ainsi dans ses annotations sur D. 14, 1 *(De l'action exercitoire)*, p. 134.

Du reste, dans les usages, il s'est affermi dans l'usage que l'action était sauvegardée au préposant contre l'acheteur, afin que le prix des biens vendus lui soit plutôt payé à lui qu'au détaillant, pourvu que le préposant prouve que, non seulement avec son mandat, mais aussi avec ses propres espèces monétaires, les biens avaient été achetés, voir Voet, lib. 14, tit. 1, nb 7, et cela a été ainsi répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 274.]

§ 32. Les *armateurs d'un navire*, c'est-à-dire ceux qui reçoivent le fret du navire, sont tenus envers les fréteurs à raison de toute négligence du patron [44] dans la matière de sa fonction [45] ; ils sont aussi tenus de satisfaire toutes les dettes que le patron a faites de bomerie, achat

---

[44] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 9, 1 §§ 2-3 et D. 4, 9, 5.

Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Il faut voir, en conséquence, lesquels en sont tenus. Le préteur dit "les marins". [Comme] marin, nous devons recevoir celui qui arme le navire, bien que soient appelés marins tous ceux qui, pour faire naviguer le navire, se trouvent sur le navire ; mais, quant à l'armateur, le préteur l'entend seulement. En effet, il ne doit pas, dit Pomponius, être obligé par le biais d'un rameur ou d'un matelot ordinaire, mais par lui-même ou par le patron du navire ; quoique, si lui-même, à l'un des marins, a ordonné que cela soit confié, sans nul doute, il devra être engagé. 3 - Et il y en a certains sur le navire qui, pour la garde, sont préposés aux navires, comme les* ναυφυλακες - gardien de vaisseaux - *et les gardiens des cabines. Si donc, l'un d'eux reçoit [quelque chose], je pense que, contre l'armateur* (exercitor)*, il faut accorder une action, parce que celui qui les a, à un office de ce type, préposés a permis que cela leur soit confié, bien que le patron du navire lui-même fasse ce que l'on appelle* χειρεμβολος - la mainmise. *Mais, s'il ne le pratique pas, cependant, quant à ce qui a été reçu, le patron en sera tenu ».*

Extrait du livre V *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Le marin, l'aubergiste et le maître d'écurie reçoivent une rémunération non à la faveur d'une garde, mais le marin, pour transporter des voyageurs, l'aubergiste, pour souffrir que des voyageurs demeurent dans son auberge et le maître d'écurie, pour permettre que des bêtes de somme séjournent chez lui ; et cependant, au titre d'une garde, ils sont tenus. Car le foulon et le couturier, non pour une garde, mais à la faveur de leur art et cependant, au titre de la garde, de l'action sur le fondement de l'offre de leur service* (ex locato)*, sont tenus. 1 - Quoi que, quant au vol, nous ayons dit, la même chose, quant au dommage, doit être entendue. En effet, l'on ne doit pas douter que celui qui a reçu que cela serait sauf, non seulement à partir d'un vol, mais aussi à partir d'un dommage, est considéré le recevoir ».*

[45] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 1, 2, 1 §§ 2, 5 et 7.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si, avec n'importe lequel des matelots, le contrat a été fait, n'est pas accordée d'action contre l'armateur* (exercitor)*, bien que, pour le délit de n'importe lequel de ceux qui, pour la navigation du navire, sur le navire, se trouveront, soit accordée une action contre l'armateur ; en effet, une chose est de passer contrat, une autre, de commettre des délits, si, certes, celui qui a préposé le patron a autorisé que l'on contracte avec lui, celui qui emploie les matelots n'a pas autorisé que l'on passe contrat avec eux, mais, d'une faute et d'un dol, il doit veiller à ce que ceux-ci soient exempts. (…) 5 - Mais, comme patron, nous entendons non seulement celui que l'armateur a préposé, mais aussi celui que le patron [a préposé] ; Julianus, cela, ayant été consulté, pour l'armateur qui na pas connu [cette seconde préposition], l'a répondu ; du reste, s'il le sait et a souffert que celui-ci, sur le navire, de la direction, s'acquitte, lui-même est considéré l'avoir imposé. Cette opinion me paraît louable : en effet, je dois garantir tous les actes du patron qu'il a préposé, autrement, ceux qui ont passé contrat seront abusés ; et, plus facilement, cela, pour le patron que pour le détaillant, doit être reçu à raison de l'utilité. Qu'en est-il, cependant, s'il a préposé un patron, de sorte qu'à celui-ci, il ne soit pas permis de préposer une autre personne ? Il faut voir si, encore, nous recevons encore maintenant cette opinion de Julianus ; imagine, en effet, que, nommément, celui-ci ait interdit que, du patron Titius, il fasse usage. Cependant, il devra être dire qu'en cela, [prévaudra] l'intérêt de ceux qui naviguent. (…) 7 - Mais, pour toute raison, le préteur n'accorde pas d'action contre l'armateur, mais au titre de l'affaire pour laquelle, là, [le patron] a été préposé, c'est-à-dire si celui-ci a été préposé à une affaire, comme par exemple si, pour transporter un chargement,*

de cordages ou autrement [46], pour autant que ceux qui ont traité avec lui ont été en dehors d'une mauvaise foi [47]. Cependant, dans tous les cas ci-devant dits, les armateurs peuvent faire satisfaction avec un abandon de leur part dans l'armement [48] ; à partir des autres délits du patron qui ne concernent pas sa fonction, sous quoi est aussi comprise la piraterie, les armateurs ne sont pas tenus [49] plus loin qu'ils ont pu recevoir, à moins qu'ils n'eussent donné un chargement ou qu'autrement, par un conseil ou un acte, ils n'eussent aidé à causer **[261]** le délit [50].

[**Note de Willem Schorer sur la note 47 de Groenewegen van der Made**

Dans nos usages, selon l'auteur, il suffit que le prêt soit fait au patron de bonne foi, du fait qu'il sera seulement d'une preuve plus difficile et peu !t connu combien, de combien d'agrès et

---

il a été fait une location, qu'il a acheté des biens utiles à celui qui navigue, si, pour réparer le navire, il a contracté ou dépensé quelque chose ou si les marins, au titre de leur travail, réclament quelque chose ».

[46] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 1, 1 § 8.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Qu'en est-il, si [le patron] a assumé un prêt d'argent, au titre de cette affaire, cela sera-t-il considéré ? Pegasus pense que, si, pour l'usage de cette affaire à laquelle il a été préposé, il a emprunté, doit être accordée l'action ; je pense que cette opinion vraie ; pourquoi, en effet, si [ce n'est] pour armer, équiper un navire ou pour entretenir les matelots, a-t-il emprunté ? »*

[47] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 14, 1, 7 pr.

Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : *« Lucius Titius a préposé Stichus comme patron du navire ; celui-ci, ayant emprunté de l'argent, a donné garantie que, pour la réparation du navire, il l'avait reçu. Il a été demandé si Titius, de l'action exercitoire, ne sera pas autrement tenu que si le créancier a prouvé que l'argent, pour la réparation du navire, a été consommé. [Africanus] a répondu que le créancier, efficacement, agirait, si, lorsque l'argent était prêté, le navire était dans cette situation qu'il devait être réparé ; le fait est qu'il ne faut pas que le créancier soit astreint à ce que lui-même reçoive le soin de la réparation du navire et administre l'affaire du propriétaire (ce qui, de façon certaine, aurait été, s'il avait nécessairement à prouver que l'argent, pour la réparation, avait été demandé) ; il doit être demandé qu'il sache ce pour quoi il prête, pour quelle affaire le patron a été préposé, ce qui, de façon certaine, ne peut se faire autrement que s'il avait aussi su que l'argent était nécessaire à la réparation ; et c'est pourquoi, quoique le navire se trouvât dans cette situation qu'il eût dû être réparé, cependant, si l'argent emprunté était de beaucoup plus important que ce qui, pour l'affaire, était nécessaire, ne doit pas, pour le tout, contre le propriétaire du navire, être accordée l'action ».*

[48] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Observationes*, obs. 40 ; ceci est différent des lois romaines, voir D. 14, 1, 1 § 25 avec les deux lois suivantes.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 25 - Si plusieurs arment le navire, contre n'importe lequel de ceux-ci, on peut agir en justice pour le tout, … »*

Extrait du livre VIII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *«… afin que, contre plusieurs adversaires, ne soit pas tiraillé celui qui a contracté avec un seul ; … »*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … il n'importe en rien [de savoir] quelle part chacun, dans le navire, a et celle que celui qui a payé, avec l'action de société, des autres, recouvrera ».*

[49] (Note de Groenewegen) Voir la sentence du Haut Conseil en Hollande du 18 novembre 1614 dans l'affaire de Johan van der Veecke avec ses associés armateurs du navire appelé Sint-Jacob, demandeur dans la cause d'appel, contre François de Gourteleur, seigneur de Quarentille. Voyez D. 10, 2, 1 § 5 et là, Bartole ; le titre D. 39, 4 [*Des publicains, des impôts et des confiscations*] ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, t. III, concl. 184, lettre E, et t. V, concl. 99, lettre O ; Afflitto, *Decisiones*, decis. 81.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Dans cette action, quoique les dettes n'y entrent pas, cependant, si des stipulations sont intervenues quant au partage de celles-ci, pour que cela dépende de lui et pour que l'un, à l'autre, confie les actions et qu'il le fasse procurateur sur son propre bien, on s'en tiendra au partage ».*

Quant au titre de D. 39, 4, il comprend 16 extraits.

[50] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 10, 2, 45 § 1 et D. 26, 9, 3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, dans ladite concl. 99. Voyez la sentence du Haut Conseil observée par Cooren, obs. 40 à la fin.

Extrait du livre XIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Le dol qu'un esclave de l'héritier a commis, dans l'action de partage de succession n'entre pas, si ce n'est si, avec la faute du maître, en cela, il y avait qu'il n'avait pas employé un esclave approprié pour le bien commun ».*

Extrait du livre XX des *Questions* de Papinien : *« Le dol des tuteurs, à l'enfant, ne doit ni porter préjudice, ni être utile ; mais ce qui est communément dit que le dol du tuteur, au pupille, ne porte pas préjudice, alors, est vrai, quand, à partir de la fraude de celui-ci, le pupille ne s'est pas enrichi. C'est pourquoi, à juste titre, Sabinus a pensé qu'avec l'action tributoire, le pupille devait être cité pour le dol du tuteur, à savoir si, par le biais d'un partage injuste, aux comptes du pupille, il est favorable. Cela, pour l'action de dépôt aussi, doit être dit, de même, pour la réclamation de succession, si seulement, ce qui, avec le dol du tuteur, a manqué, dans les comptes du pupille, est prouvé avoir été apporté ».*

apparaux et dans quelle mesure chaque avait besoin, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 14, tit. 1, nb 6 à la fin. Ci-dessous aussi, dans ce livre, chap. XXIII, § 4, Grotius observe que le patron ne contracte pas à bon droit une dette sur l'usage d'une carène [en d'autres termes un prêt à la grosse aventure] dans cette place où les armateurs se trouvent, à moins que les armateurs présents n'en aient donné le mandat au patron présent, ou du moins, que la majorité des armateurs n'y ait consenti, ou que cela n'ait été donnée en mandat au moment de la préposition, ou peut-être, que l'un des préposants n'ait pas procuré la partie nécessaire à la navigation ; mieux, dans ce cas, il est permis au patron de recevoir un prêt et d'obliger la part de celui qui cède en gage. Ce qui est surtout permis quand on a agréé qu'afin que la navigation ne soit pas empêchée, que patron puisse entreprendre la route au jugement d'un homme de bien, la majorité y ayant consenti, bien que la minorité s'y oppose, voir Voet, lib. 14, tit. 1, nb 3. En outre, il faut relever que, si le propriétaire confie le navire et les marchandises en même temps au patron pour qu'il les vende et en rachète d'autres à partir du prix [de celles vendues], celui-ci devient le propriétaire de ces marchandises à un point tel qu'aussi, dans le sens inverse il fait des biens et de leurs prix ceux de celui qui les reçoit, ainsi, de sorte que l'action de mandat se présente seulement au propriétaire des marchandises, du fait qu'il concourt avec les autres créanciers chirographaires du patron, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 85.]

[**Sur la note 48 de Groenewegen van der Made**
Voyez ce que nous avons déjà relevé, § 31, sur la note 40.]

§ 33. Les *marchands* qui ont frété un navire sont aussi obligés par le patron quand, en dehors du pays ou sous une apparence de nécessité, il vend certains biens appartenant aux marchands [51].

§ 34. Des parents ne sont pas obligés par l'acte de leurs enfants [52] ni les maîtres ou les maîtresses de la maison pour l'acte de leurs serviteurs [53], que dans des affaires où une telle chose est imposée par les *keuren*.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 52 et 53 de Groenewegen van der Made**
Voet enseigne que, sous tout le ciel, se trompent ceux qui pensent que les actions noxales sont sorties de l'usage, bien que, chez nous, personne n'ait usé d'esclaves, du fait que, jusqu'à ce jour, les animaux qui causent un dommage peuvent être donnés en dédommagement et qu'à raison du refus précédent, la faculté d'accorder un dédommagement ne doit pas être refusée.

Ce que l'auteur dit, que les pères ni les maîtres ne sont pas obligés à partir des actes des enfants et des serviteurs est certes vrai, mais non indistinctement, car en tout cas, ils sont tenus jusqu'au salaire, mais non au-delà, comme l'auteur [le dit] lui-même ci-dessous, chap. 38, § 9. Cependant, cela tombe de nouveau si le père ou le maître a préposé le fils ou le serviteur à un commerce et que, dans cet office, il a porté un préjudice à autrui par imprudence, mieux parfois, avec la seule connivence, voir Brunemann sur D. 39, 4 *(Des publicains, des impôts et de ceux qui y sont commis)*, 1, nb 6. En effet, dans ce cas, le père et le maître sont également tenus pour le tout et on ne se retire pas de cette loi, du fait qu'ils auraient pu user du ministère de personnes plus appropriées. Il a aussi agréé aux États de Hollande que les preneurs à bail des collines de sable (communément les *duinmaaijers* - "faucheurs des dunes") soient tenus pour des serviteurs chaque fois qu'ils répandent un poison à travers les collines ou ou tuent leurs chiens avec lesquels il y a le droit de chasser. La même chose est consacrée sur ceux qui exposent au soleil (les *bleikers* - "blanchisseurs") pour le fait des enfants, des serviteurs pour des servantes qui délinquent contre les lois prescrites pour l'exposition au soleil, comme [le dit] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 9, tit. 4, nb 10. Cependant, je pense que cela doit être entendu s'ils ont agi avec négligence et ont

[51] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le liv. II, chap. V, § 16.

[52] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 4, 13 *(Afin qu'un fils, pour père, un père, pour fils émancipé ou un affranchi, pour le patron, ne soit pas cité en justice)* ; coutumes d'Anvers, cap. 36, art. 17 ; coutumes de Malines, tit. 9, art. 14 et là, Paul van Christijnen ; Heemskerk, *Batavische Arcadia*, p. 625.

Le titre en question du Code comprend cinq constitutions.

[53] (Note de Groenewegen) Voir Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. VIII, tit. 10, nb 8.

frappé [quelqu'un] dans l'art qu'ils proposent, car ils auraient pu et dû en choisir de plus soigneux. Toutefois, dans aucun cas, si j'en juge à bon droit, s'ils ont agi par méchanceté, le maître est tenu de réparer le dommage mais il s'acquitte de la remise en abandon noxal, du fait que le délit tiendra toujours ses auteurs et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. I, cap. 19, aux mots *Quod igitur Senatus Supremus* "Ce que donc, la Cour Suprême", a aussi ainsi pensé, et il use d'un exemple à cette fin : si je vous ai remis un vase à réparer et que vous, vous l'avez confié à votre élève et que celui-ci l'a gâté, vous, vous en serez tenu ; mais, si l'élève, bien qu'avec votre instrument, a brisé la tête de Stichus, vous, en tout cas, vous n'en serez pas tenu. Je doute cependant que le second membre de l'argument cadre et que nous ne soyons trompé par l'autorité du droit, car, avec celui-ci, l'argument joue, voir D. 48, 3 *(De la garde et de la production des accusés)*, 14, où il est dit que la garde ne doit pas être facilement confiée à une recrue, car, celle-ci ayant été trahie, celui qui la lui a confiée est accusé d'une faute. Qu'en est-il donc ? Si un préfet d'âge mûr a confié la garde des accusés à un homme en prison et que celui-ci souffre qu'il soit corrompu, de sorte qu'il ouvre la porte de la prison, il n'est pas accusé d'une faute, car il n'y apas d'obligation de choses impossibles et selon cela, on l'a jugé jugé le 6 novembre 1612, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 151, du fait qu'autrement, le geôlier serait tenu dans une cause civile pour la dette, voir Joos Damhouder, *Praxis rerum civilium*, cap. 65, nb 3. Dans une cause criminelle, il sera puni avec la peine avec laquelle le fugitif sera puni, comme le dit Thulden sur cet endroit. Ainsi, celui qui confie le gouvernail d'un navire à quelqu'un d'inexpérimenté est tenu de façon certaine de garantir tout le dommage qui naîtra de là. Mais supposons : il a préposé une homme très expérimenté au navire, mais qu'avec un esprit maveillant, celui-ci a surchargé la poupe plus haut que la proue. Le matelot en est seulement tenu, non l'armateur, et les marins eux-mêmes, les aubergistes ou les maîtres d'écurie ne sont pas tenus de garantir la force majeure, comme [il est dit] ci-dessous, chap. XXXVIII, § 10. Dans les usages de la Saxe, le serviteur ayant été en faute dans son office, Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 43, defin. 7, signale que le maître est seulement tenu au salaire.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXVI. Des délits des enfants aussi mineurs, les parents ne sont pas tenus. Une autre chose a été disposée cependant pour les délits plus légers dans certains sitatuts qui ontleur fondement dans la faute présumée portée des parents commise pour l'éducation des enfants.

CDLXXVII. Des délits des serviteurs ou des mercenaires commis lors de leur ministère, les maîtres qui n'en sont pas devenus plus riches, ne sont, de façon régulière, pas tenus. Cependant, ils sont tenus si, dans un ouvrage qui requiert une expérience, ils avaient été mal versés.]

§ 35. Jusqu'où un mari peut être obligé à partir de l'acte de son épouse a été ci-devant dit [54].

§ 36. De nouveau, personne ne peut recevoir un droit personnel par le biais d'un autre sans un transfert [55] ; il est bien vrai que la propriété, par un fondé de pouvoir, peut être acquise [56], mais que cela a seulement lieu quand la propriété suit la possession [57] ;

---

[54] (Note de Groenewegen) Voir dans le liv. I, chap. V, §§ 22-23.

[55] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 11, d. 45, 1, 38 § 17 ; Sande, *De actionum cessione*, cap. 6, nb 10 avec le suivant, bien qu'aussi d'une façon telle qu'il eût fourni son propre argent, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 24. Voyez ci-après le chap. V, note **7.**

[56] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 13.

Extrait du livre VI des *Règles* de Neratius : *« Si un procurateur m'a acheté un bien à partir de mon mandat et qu'il lui a été livré en mon nom, la propriété, c'est-à-dire la possession en propriété, m'en est acquise aussi, à moi qui l'ignore. 1 - Et le tuteur d'un pupille ou d'une pupille, semblablement, comme procurateur, en achetant au nom du pupille ou de la pupille, leur acquiert la propriété aussi, eux l'ignorant ».*

[57] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxviii *(De la division des stipulations)*, § 3 ; C. 7, 32, 8. Lorsqu'un facteur ou administrateur du marchand, par la charge de son principal, vient à faire défaut ou à rompre, , cependant, en son propre nom, qui a acheté et acquis certains biens, marchandises ou actions, et qu'il les a payés avec l'argent du principal, ainsi, le principal lui-même, aussi déclare les avoir reçus de son ci-devant dit facteur, comme propriétaire des marchandises, biens et actions de cette sorte qui sont trouvés dans le patrimoine du facteur, est préféré à tous les autres créanciers du même facteur, ce qui a été jugé aussi par le

maintenant, il est connu que les choses incorporelles, comme des droits **[262]** personnels, ne sont pas possédés [58].

Haut Conseil en Hollande, voir Cooren, *Observationes*, obs. 25 ; coutume d'Amsterdam [introduite] par plusieurs témoins amenés devant le tribunal le 5 octobre 1519 et imprimée parmi des privilèges d'Amsterdam en 1624, p. 97 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 27 *(Par quelles personnes il nous est acquis)*, 1 et sur D. 41, 2 *(De l'acquisition et de la perte de possession)*, 49 § 2 ; Stracca, *De adjecto*, part. III, quæst. 12, nb 1. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. VII, tit. 18.

« § 3. Il est certain que l'esclave commun, pour la partie du maître, pour les maîtres, acquiert, étant excepté ce qui, à un seul nommément, en stipulant ou, par le biais d'une tradition, en recevant, pour celui-ci seul, il acquiert, comme quand il est ainsi stipulé : "à Titius mon maître, promets-tu de donner ?"Mais, si, sur l'ordre d'un seul maître, l'esclave a stipulé, bien qu'auparavant, l'on en doutât, cependant, après notre décision (cf. C. 4, 27, 2)*, la chose a été arrangée, afin que, pour celui-ci seulement, il acquiert, [lui] qui lui a ordonné de faire cela, comme, ci-dessus, il a été dit ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Cyrillus et donnée en 294 : *« Il a paru bon que, par l'intermédiaire d'un procurateur, à raison de l'utilité, la possession et, si la [nue] propriété ne peut pas être séparée de celle-ci, la propriété soient acquises ».*

[58] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 1, 4 § 27 (?) ; D. 41, 2, 3.

(Note du traducteur) Le premier passage n'existe pas comme tel. Il ne comporte en effet qu'un prologue suivi d'un seul paragraphe. Par ailleurs, aucun autre extrait tiré de ce titre ne comporte 27 paragraphes. On peut donc penser qu'une erreur d'impression a été ici faite. Voici sous quelle forme il se présente : extrait du livre XXVII des *Questions* de Papinien : *« Si j'ai stipulé qu'un bien soit donné et que la possession soit livrée vide, la raison conseille que tu obtiennes les fruits pris par la suite avec une action relative à un montant incertain sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu) *à raison des termes [mis] plus bas. Il doit être envisagé si, de même, quant à l'enfant d'une servante, on pourra le répondre. Car, pour ce qui regarde les termes [mis] plus haut, qu'ils incluent l'acte du débiteur de la promesse ou leur effet par l'intermédiaire de la tradition du maître qui la transfère, l'enfant n'y est pas compris ; mais, si l'acheteur, du vendeur, avec l'intention de nover, a ainsi stipulé, il est entendu avoir stipulé l'acte de la tradition, parce qu'il n'est pas vraisemblable que le vendeur ait promis plus qu'avec l'action de l'acheteur, il sera contraint de payer. Mais, cependant, à raison de ces termes "que la possession soit livrée vide", il peut être dit que la raison de l'enfant aussi est rendue exécutoire avec la stipulation d'un montant incertain ; le fait est que, la servante ayant été livrée, le créancier de la stipulation a pu avoir l'enfant, par la suite, né dans ses biens. 1 - Si, après l'achat contracté et avant l'intervention de la stipulation, l'enfant né ou quelque chose, par l'intermédiaire de l'esclave, au maître, a été acquis, que, sur le fondement de la stipulation, il ne pourra pas obtenir, avec l'action d'achat* (empti)*, il l'obtient ; en effet, ce qui n'est pas transféré dans la cause de novation, selon le droit originel, peut être réclamé ».*

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« On peut posséder les biens qui sont matériels. 1 - Nous sommes considérés [avoir] la possession avec le corps et avec l'intention, non avec l'intention en soi ou avec le corps en soi. Mais ce que nous avons dit qu'avec le corps et l'intention, nous devions en acquérir la possession ne doit pas être en tout cas reçu d'une façon telle que celui qui a voulu posséder un bien-fonds fasse le tour de toutes les mottes de terre : mais il lui suffit d'en avoir pénétré une quelconque partie, pourvu qu'il soit dans cette idée et cette intention de vouloir posséder la totalité du fonds jusque dans ses limites. 2 - Personne ne peut posséder une partie incertaine d'un bien, comme si tu es cette intention que, tout ce que Titius possède, toi aussi, tu veuilles le posséder. 3 - Neratius et Proculus [disent] qu'avec la seule intention, nous ne pouvons acquérir une possession, si ne précède pas une possession naturelle. C'est pourquoi, si je sais qu'un trésor, sur mon bien-fonds, a été déposé, immédiatement, je le possède, dès que j'ai eu l'intention de le posséder, parce que, ce qui manque à la possession naturelle, l'intention le remplit. Du reste, ce que Brutus et Manilius pensent [en disant] que celui qui, avec une longue possession, a pris le bien-fonds a pris aussi le trésor, bien qu'il ne sache pas que, sur le bien-fonds, il se trouvait, n'est pas vrai : car celui qui ne le sait pas ne possède pas le trésor, bien qu'il possède le bien-fonds. Mais, s'il le sait, il ne le prendra pas avec une longue possession, parce qu'il sait qu'il est à un autre. Certains pensent que l'opinion de Sabinus est plus vraie, [à savoir] qu'autrement, celui qui le sait le possède, si ce n'est si, de lieu, il a été changé, parce que [le trésor] ne sera pas sous notre garde ; avec ceux-ci, je suis d'accord. 4 - Sur le fondement de plusieurs raisons, nous pouvons posséder un même bien, comme certains pensent que celui qui a usucapé, pour l'acheteur et pour lui, possède ; [il en est], en effet, ainsi, si, pour celui qui possédait en faveur de l'acheteur, je suis héritier : je possède ce même bien pour l'acheteur et pour l'héritier ; en effet, de même qu'une propriété ne peut pas arriver, si ce n'est à partir d'une seule raison, de même nous pouvons posséder seulement à partir d'une seule raison. 5 - Dans le sens contraire, plusieurs personnes ne peuvent pas posséder un même bien en totalité : mieux, il est contre la nature que, lorsque moi, je détiens quelque chose, toi aussi, tu sois considéré le détenir. Sabinus, cependant, écrit que celui qui, à titre précaire, a donné [quelque chose], lui-même et celui qui, à titre précaire, l'a reçu le possèdent. Trebatius l'approuvait de même, pensant que l'un peut posséder de façon juste, un autre, de façon injuste, et que les deux ne peuvent pas posséder justement ou injustement. Labéon le critique, parce que, pour l'ensemble de la possession, il n'importe pas beaucoup [de savoir] qui possédera injustement ou justement : cela est plus vrai. En effet, la même possession, chez deux personnes ne peut pas plus se trouver que, pour que toi, tu sois considéré te tenir dans un lieu où moi je me tiens ou bien que, là où je m'assois, toi, tu sois considéré t'y asseoir. 6 - Pour la perte de la possession aussi, le sentiment de celui qui possède doit aussi être examiné : c'est pourquoi, si, sur un bien-fonds, tu te trouves et que, cependant, tu ne veux pas le posséder, immédiatement, tu en perdras la possession. 7 - Mais, si, avec la seule intention, tu le possèdes, bien qu'un autre, sur le bien-fonds, se trouve, encore, cependant, tu le possèdes. 8 - Si quelqu'un déclare*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXVIII. L'analogie du droit contemporain enseigne que, de même que la propriété, de même aussi l'obligation et l'action peuvent être acquises sans une cession par l'intermédiaire d'un procurateur, comme est considérée l'avoir jugé à bon droit la Cour Suprême en 1624 chez Cooren, *Observationes*, obs. 25, nb 64 et suivant, en dehors d'autres choses, du mouvement peut-être aussi, le témoignage par turbe de témoins ayant été interdit en cette affaire le 5 octobre 1619 ; voir *Handvesten van Amsterdam*, p. 539.]

§ 37. Cependant, sur cela, tombent certaines exceptions.

§ 38. Car, en premier lieu, une femme acquiert un droit personnel par son mari, tel qu'il est dit ci-dessus [59], aussi les parents par l'intermédiaire de leurs enfants qui en sont capables [60]. Les tuteurs et les fondés de pouvoir des marchands peuvent être cités en justice pour transférer les droits personnels qu'ils ont reçus à raison de leur administration ; et, dans le

---

que sa maison, par des brigands, a été occupée et que le propriétaire, terrifié par la peur, n'a pas voulu y accéder, on décide que celui-ci en a perdu la possession. Si l'esclave ou le colon, par le biais duquel, matériellement, je possédais, est mort ou est parti, avec l'intention, je conserverai la possession. 9 - Et, si, à autrui, j'ai livré [le bien], j'en perds la possession. Car il est établi que nous possédons, jusqu'à ce qu'avec notre volonté, nous en soyons partis ou qu'avec une violence, nous en ayons été chassés. 10 - Si l'esclave, que je possédais, à la faveur d'un homme libre, se comporte, [comme le fit Spartacus] [58]*, et qu'il s'est préparé à souffrir un jugement relatif à la liberté, il ne sera pas considéré, par un maître, être possédé, duquel il s'apprête à être l'adversaire. Mais cela est ainsi vrai, si, longtemps, en liberté, il est resté ; [il en va] autrement, si, à partir d'une possession de la servitude, il réclamait la liberté et implorait un jugement relatif à celle-ci, il n'en est pas moins en ma possession et, avec l'intention, je le possède jusqu'à ce qu'il ait été prononcé libre. 11 - Nous possédons des pâturages d'hiver et d'été avec l'intention, bien que, durant certaines périodes, nous les laissions. 12 - Du reste, avec notre intention, avec le corps d'autrui aussi, nous possédons, comme nous avons dit [que nous possédions] par le biais d'un colon et d'un esclave, et ne doit pas nous émouvoir le fait que nous possédons aussi certaines choses en l'ignorant, c'est-à-dire celles que les esclaves, au titre de leur pécule, ont apprêtées ; car nous sommes considérés, avec l'intention et le corps, les posséder. 13 - Nerva fils [dit que] les biens meubles, l'esclave étant excepté, dans la mesure où, sous notre garde, ils se trouveront, sont possédés, c'est-à-dire dans la mesure où, si nous l'avons voulu, nous pourrons en obtenir la possession naturelle. En effet, aussitôt que le bétail a divagué ou qu'un vase est tombé, d'une façon telle qu'ils ne soient pas trouvés, immédiatement, ils cessent d'être, par nous, possédés, bien que, par personne, ils ne soient possédés ; de façon différente, comme si [le bien], sous ma garde, se trouve et qu'il n'est pas retrouvé, parce que sa présence existe et que, seulement, cesse, dans l'intervalle, la diligente recherche. 14 - De même, les bêtes sauvages que, dans des parcs à gibier, nous avons enfermées et les poissons, que dans des bassins, nous avons rassemblés, par nous, sont possédés. Mais ces poissons, qui, dans des étangs, se trouveront ou les bêtes sauvages qui, dans des forêts closes tout autour, divaguent, par nous, ne sont pas possédés, parce qu'ils ont été laissés dans leur liberté naturelle ; autrement aussi, si quelqu'un a acheté la forêt, il est considéré posséder tous les animaux sauvages, ce qui est faux. 15 - Mais nous possédons les oiseaux qu'enfermés, nous avons ou si, ayant été apprivoisés, sous notre garde, ils ont été soumis. 16 - Certains, à bon droit, pensent que les colombes aussi, qui, de nos bâtiments, volent, de même, les abeilles qui, de nos ruches, volent et, selon leur habitude, reviennent, par nous, sont possédées. 17 - Labéon et Nerva fils ont répondu que je cesse de posséder l'endroit qu'une rivière ou la mer ont occupé. 18 - Si tu as dérobé un bien, chez toi, déposé pour te l'approprier indûment, je cesse de le posséder. Mais, si tu ne l'as pas changé d'endroit et que tu as l'intention de le nier, la plupart des anciens, Sabinus et Cassius, à bon droit, ont répondu que j'en restais le possesseur, parce qu'un vol, sans un détournement, ne peut pas être commis et qu'en intention, le vol n'est pas reçu. 19 - Il a aussi été, par les anciens, prescrit que personne ne peut lui-même modifier pour lui la cause de la possession. 20 - Mais, si celui qui, chez moi, l'a déposé ou l'a prêté à usage m'a vendu ou donné le bien, je ne serai pas considéré changer pour moi la cause de la possession, [moi] qui, pas même, ne le possédais. 21 - Les types de possession sont aussi nombreux que les causes d'acquisition de ce qui n'est pas nôtre, comme à la faveur d'un achat, à la faveur d'un don, à la faveur d'un legs, à la faveur d'une dot, à la faveur d'un héritier, à la faveur d'un abandon noxal, à la faveur de son propre bien, comme pour ce que, sur terre, dans la mer ou des ennemis, nous prenons ou ce que nous-mêmes, pour que cela soit dans la nature des choses, nous avons fait. Et, en somme, il y a plus un seul genre de possession et des espèces infinies. 22 - Même, aussi, le genre de possession peut être partagé en deux espèces, pour que l'on possède de bonne foi ou de mauvaise foi. 23 - Mais ce que Quintus Mucius a placé parmi les genres de possession, quand, sur l'ordre du magistrat, pour conserver un bien, nous le possédons, il est très stupide qu'il soit mis [en possession] ; car celui qui met en possession le créancier pour conserver le bien ou parce que garantie ne sera pas donné du dommage non encore survenu, ou au titre du ventre, n'accorde pas la possession, mais la garde et la surveillance des biens ; et c'est pourquoi, lorsque, le voisin n'ayant pas donné garantie du dommage non encore survenu* (damni infecti)*, en possession, nous sommes envoyés, si cela, durant une longue période, est fait, aussi, le préteur nous autorise, la cause une fois connue, à le posséder et, par le biais d'une longue possession, de l'usucaper ».*

[59] (Note de l'éditeur) Voir le liv. I, chap. V, §§ 22-23.

[60] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus le liv. I, chap. VI, § 1, note 113.

cas où ils ne veulent pas une telle chose ou, par une expiration de leurs affaires, ils ne le peuvent pas, ainsi, le transfert est tenu comme fait [61].

§ 39. Sur toutes les choses et les actes, il peut y avoir une obligation, même aussi, sur des choses appartenant à un tiers en propriété, parce que les choses sont mises en vente [62].

§ 40. Mais des obligations sur des choses qui appartiennent à Dieu ou utilisées pour une sépulture (à savoir pour utiliser les mêmes choses autrement que pour une sépulture), ou celles qui sont appropriées pour une emploi permanent des pays ou des villes sont, en dehors d'un accord du magistrat suprême [63], nulles [64].

---

[61] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 3, 1 et 2 ; D. 19, 1, 13 § 25 ; D. 26, 9, 2 et 6 ; C. 5, 39, 2 et 4 ; les docteurs sur D. 3, 3 [*Des procurateurs et des défenseurs*], 72 ; Cooren, *Observationes*, obs. 25 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 41, 2, 49 § 2.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Pour le préteur, il a été considéré comme juste que, de même que nous ressentons des avantages à partir de l'action des marchands détaillants* (institores)*, de même nous sommes aussi obligés et cités en justice à partir de leurs contrats. Mais la même chose ne joue pas pour celui qui a préposé un commis détaillant pour qu'il puisse faire valoir son droit en justice ; mais, si certes, il avait un esclave en propre comme commis détaillant, il pourra être sans inquiétude, les actions lui étant acquises ; mais, s'il avait l'esclave d'autrui ou aussi un homme libre, il se verra manquer d'une action ; cependant, il pourra citer en justice le commis détaillant lui-même ou son maître avec une action de mandat ou de gestion d'affaires. Mais Marcellus dit que l'action doit être accordée à celui qui a préposé le détaillant contre ceux qui ont contracté avec lui, … »*

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« … à ce titre avec lequel le commis détaillant a contracté, si seulement il n'a pu autrement conserver son bien ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 25 - Si un procurateur a vendu et donné caution au vendeur, il est demandé si, au principal ou contre le principal, l'action doit être donnée. Papinien, dans le livre III de ses Réponses, pense que, contre le principal, l'on peut agir en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto) *avec une action utile à l'exemple de l'action institoire, pourvu qu'il ait donné mandat de vendre la chose ; en conséquence et en sens contraire, il faut dire qu'une action utile sur le fondement de l'achat* (ex empto) *se présente au principal ».*

Extrait du livre premier des *Opinions* d'Ulpien : *« Si le tuteur ou le curateur, l'argent de celui dont il administre les affaires ayant été donné en prêt, a lui-même stipulé ou a acheté des biens-fonds en son propre nom, une action utile, à celui auquel appartenait l'argent, est accordée pour revendiquer le bien ou réclamer le prêt d'argent ».*

Extrait du livre II des *Définitions* de Papinien : *« Le tuteur, le décret du préteur étant intervenu, a abandonné le demandeur. Selon lui, la sentence ayant été prononcée relative à l'exécution du jugement, est transférée au pupille non moins que si le tuteur l'avait obtenue ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Sosander (sans date) : *« Quoique tes tuteurs, alors qu'ils ont prêté l'argent du pupille, aient eux mêmes stipulé, une action utile t'est accordée ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Maximiana et donnée en 293 : *« Si ceux qui, toi étant établie dans un âge pupillaire, étaient tuteurs, par la suite, persévérant dans leur administration, ou les curateurs établis ont vendu des biens-fonds, ceux-ci sont convenablement cités en justice ; mais, à partir du contrat de ceux-ci, une action utile a pu t'être demandée contre les successeurs du preneur ».*

[62] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 28.

Extrait du livre XLI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il n'y a pas de doute que le bien d'autrui peut être vendu ; il y a, en effet, achat et vente, mais le bien peut être enlevé à l'acheteur ».*

[63] (Note de Groenewegen) Voir C. 11, 32 (31), 3, et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*.

Constitution de Léon adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donnée en 469 : *« Si, par quelque moyen, au titre d'une succession, d'un legs, d'un fidéicommis ou d'une donation, des maisons, des annones civiles, n'importe quelles constructions ou des esclaves, au droit de la remarquable ville ou de n'importe quelle autre cité, sont arrivés ou arriveront, sur cela, il sera permis aux cités, à la faveur de leur avantage, de conclure un contrat de vente pour que le montant du prix réuni de là, à la rénovation ou la restauration, dépensé, soit utile. 1 - Mais, le soin n'en étant pas fait, prévoyant que personne, contre les avantages des cités, ne puisse entreprendre rien de désavantageux, mais que, sans aucune fraude, vente, collusion ou connivence de cette sorte, les ventes procèdent, nous pensons que cela, dans l'avenir, doit être observé, afin que, si, certes, pour cette remarquable ville, il est arrivé qu'une maison, les annones civiles ou n'importe quelles autres constructions ou esclaves sont vendus, non autrement qu'avec l'autorisation impériale, ils soient vendus. 2 - Mais dans les provinces, tous étant présents ou la majorité tant des membres de la curie que des personnes honorables et des possesseurs de la cité à laquelle les biens ci-devant dits appartiennent, les saintes écritures ayant été présentées individuellement, nous ordonnons que chacun de ceux qui seront venus indiquent la sentence qu'ils pensent utile à leur patrie, afin qu'ainsi seulement, la lecture du décret étant intervenue devant le tribunal provincial, l'acheteur puisse avoir une garantie convenable. 3 - Nous jugeons que ces contrats de vente, qu'ils aient été déjà contractés ou que, par la suite, ils doivent être contractés, sont fermes ».*

[64] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 8.

§ 41. On ne peut pas aussi faire des obligations pour avoir une part dans un procès [65], ni sur la succession d'une homme vivant [66], à l'exception du choix du droit du pays [fait] par pacte prénuptial [67].

[**Note de Willem Schorer sur la note 68 de Groenewegen van der Made**
Il n'est permis ni au patron des causes ni au procurateur des procès de stipuler que quelque part du procès lui soit cédée, ce qui a aussi été interdit en Flandre, voir l'*Instructie voor den Rade van Vlaanderen*, art. 154. Dans le droit romain, ilssont clairement écartés de la charge, voir C. 2, 6 *(De la demande en justice)*, 5 ; mais, dans le droit contemporain, ils sont punis arbitrairement. La raison en est qu'un tel contrat tend des filets pour être en faute, voir Damhouder, *Praxis criminalis*, cap. 49, nb 11 et 12.]

[**Sur la note 69 de Groenewegen van der Made**
Voyez-en la raison ci-dessous liv. II, chap. XIV, § 11, sur la note 514.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDLXXIX. Bien que la convention quant à la succession sur les biens d'un vivant entre validement dans les pactes prénuptiaux, comm eil a été dit et mis en lumière dans les thèses CCXXXV et suivante, à bon droit cependant, Grotius, en suivant la raison de notre droit qui approuve la libre confection d'un testament, n'a pas admis les autres pactes successoraux, illicites dans le droit romain ; voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 112 ; *Dissertationes* d'Abraham de Pape sur les *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, vol. I, cons. 83.]

« § 8. Est sacré ce qui a été, selon les rites et par les pontifes, consacré, comme les bâtiments sacrés et les dons qui, selon les rites, au ministère de Dieu, ont été dédiés, qu'aussi, par notre constitution (cf. C. 1, 2, 21) *nous avons interdit d'aliéner et d'obliger, étant exceptée la cause du rachat des captifs. Mais, si quelqu'un, de sa propre autorité, a établi pour lui [quelque chose] comme quasi-sacré, ce n'est pas sacré, mais profane. L'emplacement sur lequel un bâtiment sacré a été édifié, aussi, une fois détruite la construction, reste sacré, comme Papinien l'a écrit* (cf. D. 18, 1, 73 pr) *».*

[65] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 6, 5 ; instruction de la Cour de Hollande, art. 71.

Constitution de Léon et Anthemius adressée à Nicostratus, Préfet du prétoire, et donnée en 468 : *« Nul ne parviendra à la communauté des citoyens romains, soit dans le tribunal de ta grandeur, soit dans un tribunal provincial, soit auprès de quelque juge s'il n'a été pénétré des mystères de la sainte religion catholique. Si au contraire, on l'a fait ou tenté par quelque moyen que ce soit ou quelque machination que ce soit, l'office de ta sublimité supportera du moins le paiement de cent livres d'or à titre de condamnation ; en vérité, celui qui aura osé de même saisir un office d'avocat par friponnerie à l'encontre du prudent décret de notre sérénité et qui aura fourni un patronage interdit, chassé de l'office d'avocat, il supportera spécialement la marque d'une proscription et d'un exil perpétuel ; les gouverneurs des provinces sauront aussi que celui, sous l'administration duquel quelque chose de tel a été tenté, supportera la confiscation de la moitié de ses biens et une peine d'exil de cinq années ».*

[66] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 30.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Au sujet d'une telle question, nous avons été interrogés lors d'un conseil impérial [pour savoir si] à deux ou plusieurs personnes, l'espoir de la succession d'autrui devrait peut-être leur être dévolu sur le fondement d'une parenté et des accords ont été conclus entre eux en faveur de la succession à venir ; il leur était spécialement déclaré que "si ce dernier était mort et que la succession leur était parvenue, on observerait certaines mesures sur cette même succession", ou bien "si peut-être à certains d'entre eux était parvenu le profit de la succession, se produiraient certains accords". L'on doutait [de savoir] si l'on devait observer des pactes de cette sorte. Cela leur faisait aussi question, parce que, celui dont on espérait la succession étant encore vivant, un accord de ce type réussissait et parce qu'ils n'ont pas été faits ainsi faits comme si la succession leur parviendrait entièrement, mais ils ont été faits sous deux conditions, [à savoir] "si ce dernier est mort" et "si sont appelés à la succession ceux qui ont fait un pacte de ce type". Mais, pour nous, tous les accords de cette sorte sont considérés comme odieux et emplis d'un dénouement très triste et dangereux ; en effet, pourquoi, quelqu'un étant vivant et l'ignorant, certains conviennent-ils de ses biens ? C'est pourquoi, nous consacrons selon les anciennes règles qu'absolument tous les pactes de cette sorte, qui sont conclus contre les bonnes mœurs, seront repoussés et que l'on n'observera rien à partir de ces accords, à moins peut-être que celui-là même, au sujet de la succession duquel on s'est accordé, ne leur ait prêté sa volonté et n'ait persévéré jusqu'à la dernière limite de sa vie ; le fait est qu'alors, une fois ôté un espoir très prématuré, il leur sera permis, celui-ci le sachant et l'ordonnant, d'observer des accords de cette sorte, ce qui n'a pas été inconnu des lois et des constitutions antérieures, bien que cela ait été plus clairement introduit par nous. Le fait est que nous ordonnons que ni les donations de tels biens, ni les hypothèques ne doivent absolument pas être reçues, ni quelque autre contrat, du fait que la manière de vivre de notre époque ne souffre pas que, sur les biens d'autrui, quelque chose soit fait ou contracté contre la volonté du propriétaire ».*

[67] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus, livre II, chap. IX.

§ 42. Les obligations ne sont pas seulement nulles quand une chose impossible est promise, comme de livrer **[263]** une bête qui est morte [68] ou une chose qui, par le droit naturel, est non permise, mais aussi, en outre, quelque chose est promis qui, selon la loi civile et les mœurs, est tenu comme déshonorant, comme de faire quelque chose de mal [69], de l'éviter [70] ou de remettre la peine d'un mal non fait [71].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXX. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*,lib. II, cap.13, enseigne que le pacte avec lequel la préparation de l'exécution est permise n'est pas ivalide.

CDLXXXI. Semblablement, la stipulation pénale pour confirmer un commerce est valide et aussi approuvée dans le droit civil, voir les *Institutes*, III, xv, § 7, pourvu que rien ne soit fait contre la règle, voir C. 7, 47 *(Des sentences qui sont prononcées pour ce qui est d'intérêt)*, 1, ou que la mseure légale des intérêts ne soit pas dépassée, voir D. 19, 1 *(De l'action de vente et d'achat)*, 13 § 26 ; *Decisien en resolutien van denHove van Holland*, decis.51 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 14.]

§ 43. Semblablement, sont nulles les obligations qui naissent d'une cause ou d'un dessein non honorable, à savoir dans le cas où la cause non honorable est seulement du côté de celui qui accepte, ainsi, l'obligation est entièrement nulle [72] ; dans le cas où [c'est] seulement du côté du promettant, ainsi, [rien] ne peut être réclamé à partir de l'obligation, mais, le paiement étant là-dessus fait a lieu [73] ; mais, si la cause déshonorante est des deux côtés, ainsi, celle-ci est meilleure pour celui qui est en possession [74].

[**Note de Willem Schorer sur la note 74 de Groenewegen van der Made**

Voyez ce que nous relèverons ci-dessous dans le chapitre III, § 49, sur les notes 292 et 293.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

[68] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *((De la qualité et de la distinction des héritiers)*, § 1.

« § 1. Mais, si quelqu'un a stipulé que soit donnée une chose qui, dans la nature des choses, n'est pas ou ne peut être, comme Stichus qui sera mort, qu'il croyait vivant ou un centaure, qui ne pourra pas exister, la stipulation sera sans effet ».

[69] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *((De la qualité et de la distinction des héritiers)*, § 24.

« § 24. Quelque chose de honteux qui, pour une raison, a été promis, comme quand quelqu'un promet qu'il fera un homicide ou un sacrilège, n'est pas valide ».

[70] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 7, 2.

Constitution d'Antonin adressée à Longinus et donnée en 216 : *« Alors que tu as reconnu avoir donné une maison à la partie adverse pour une raison indigne, contre la discipline de mon temps, c'est en vain que tu demanderas qu'elle te soit rendue, du fait que, dans une cause semblable, la condition du possesseur est tenue pour meilleure ».*

[71] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 27 § 3.

Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - C'est là ce qui a plu à notre Scævola. Il ne peut être fait par aucun pacte en sorte que le dol soit garanti ; bien que l'on fasse un pacte de ne pas agir en justice avec une action de dépôt* (actio depositi)*, par sa force elle-même, ayant fait un pacte sur cela, on sera considéré ne pas agir en justice [par une action] de dol* (actio de dolo)*, parce que le pacte sera profitable ».*

[72] (Note de Groenewegen) Voir C. 4,7, 2.

Cette constitution a déjà été proposée ci-dessus, note 69.

[73] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 7, 4.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Rufinus et donnée en 293 : *« Chaque fois que, de celui qui reçoit, non aussi de celui qui donne, une cause de honte est trouvée, bien que celle-ci ait suivi, ce qui a été donné peut faire l'objet d'une condiction seulement, aussi, des intérêts ne peuvent pas être réclamés ».*

[74] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 7, 3.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée au soldat Dizontus et donnée en 290 : *« Ce que, pour échapper au recrutement militaire, il est apparu que, devant le juge compétent auquel, quant à cela, tu avais demandé, à la lumière d'une indubitable preuve que tu avais donnée, dans l'instance de celui-ci, tu le recevras. Celui qui a mémoire de la censure publique, après la restitution de l'argent, ne souffrira pas aussi que le crime soit impuni ».*

CDLXXXII. On considère qu'une cause honteuse n'est pas une cause d'obligation, si, pour conviler un mariage, un droit de courtage a été promis, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 6.]

§ 44. Toutes les dettes et tous les droits personnels (à l'exception de ce qui est expressément autrement prévu par les lois) passent aux héritiers et cela, selon la part de chacun dans la succession [75], à l'exception de ce qui, dans la dette, est indivisible, comme une servitude prédiale ou un certain acte ; car alors, chacun peut être poursuivi en justice pour la totalité et, en faisant satisfaction à l'un, être libéré vis-à-vis des autres, étant sauf son recours contre les autres [76].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 75 et 76 de Groenewegen van der Made**

Voyez ce que j'ai relevé ci-dessus dans le liv. II, chap. XXI, § 7, sur les notes 499 et 500, et ci-dessous, chap. XXVI, § 3, sur la note 926.]

§ 45. L'obligation des fruits suit l'obligation de la chose.

§ 46. En outre, toutes les obligations, après une demande [77] ou après que le terme est échu [78], portent comme une suite, une obligation **[264]** à une compensation du dommage et de la perte soufferts par cela [79].

---

[75] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 39, 2 ; C. 4, 2, 2 ; voyez en outre ci-après, chap. XXVI, § 3, note **4.**

Constitution d'Antonin, adressée à Titius Florianus (sans date) : *« La raison du droit demande qu'aux créanciers héréditaires et aux légataires ou fidéicommissaires qui veulent te citer en justice, tu répondes et que, contre celui auquel tu as vendu la succession, toi, tu fasses valoir en justice ton droit dans son ordre. Car, qu'il te soit fait satisfaction, tardivement, tu le souhaites, parce que au moment où était vendue la succession, cela n'a pas été compris. Bien qu'en effet, il l'ait achetée sous cette condition qu'aux créanciers héréditaires, il fasse satisfaction, il ne peut pas être contraint contre son gré de recevoir les actions héréditaires ».*

Constitution d'Antonin adressée à Hermogenes et donnée en 214 : *« Bien qu'Asclepiades ait prêté ton argent en son nom, en stipulant cependant, à lui, il a demandé le droit de l'obligation, les actions t'étant confiées en mandat, tu obtiendras de lui que tu puisses réclamer cet argent ».*

[76] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 2 § 3 ; Cooren, *Observationes*, obs. 1. Voyez en outre ci-dessus la note 5.

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Paul : *« 3 - Si cependant, stipulant un esclave, alors que je l'ai fait avec l'un des héritiers du promettant, il subsistera seulement une partie des autres pour l'obligation, afin que l'on puisse payer. Il en est de même, si, à l'un des héritiers, [quelque chose] a été porté en recette ».*

[77] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 1, 32.

Extrait du livre IV des *Règles* de Marcianus : *« Un retard est entendu être fait non pour un bien, mais pour la personne, c'est-à-dire, si, ayant été appelé dans une place opportune, elle n'a pas payé ; cela, devant le juge, sera examiné ; car, comme Pomponius, dans le livre XII de ses Lettres, l'a écrit, la définition de cette affaire est difficile. Le divin [Antonin] le Pieux aussi, à Tullius Balbus, a dit dans un rescrit que, [pour savoir] si un retard est entendu avoir été commis, dans aucune constitution et dans aucune question des auteurs de droit, on ne pouvait en décider, du fait que cela est plus du ressort du fait que du droit. 1 - Et, n'est pas suffisant pour la preuve du retard, si, à l'esclave du débiteur absent, cela a été annoncé par le créancier ou par son procurateur, lorsqu'aussi, si, au maître lui-même, dit-il, cela a été annoncé, du reste, par la suite, alors que celui-ci en faisait le pouvoir sur lui, l'instance de la réclamation de la dette a été laissée de côté, immédiatement après, par le débiteur, le retard n'est pas entendu avoir été commis. 2 - Dans les contrats de bonne foi, pour un retard, les intérêts sont dus. 3 - Qu'en est-il donc, si un fils de famille et son père, pour la personne de ce dernier, sont tenus (que, sur son ordre, le contrat ait été fait, que dans le patrimoine du père, cela ait été versé ou dans le pécule [du fils]), la personne de ceux-ci, pour le retard, sera-t-elle examinée ? Et, si, certes, le père seulement est cité en justice, pour son retard, il n'est pas tenu ; contre le fils, cependant, sera accordée une action pour que, ce qu'en moins, du père, le demandeur à l'action a obtenu, le fils le paie ; si le fils a commis le retard, alors, le demandeur, contre celui-ci même, pour le tout, ou contre le père seulement, quant au pécule, aura l'action. 4 - Mais, si les deux sont débiteurs de la promesse, le retard de l'un, à l'autre, ne portera pas préjudice. 5 - De même, si le seul garant a commis le retard, il n'est pas tenu, de même que, s'il avait tué Stichus [qui avait été] promis ; mais une action utile, contre celui-ci, sera accordée ».*

[78] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 37, 12. Mais aujourd'hui, les créanciers majeurs ne sont autorisés d'aucun manquement ou intérêt que pour la période de commencement du procès, excepté à raison des marchandises sur lesquelles ce que dit Grotius a encore lieu. Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 38 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De usuris* ; *Codex Fabrianus*, [liv. VIII, tit. 26] *De contrahenda et committenda*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXXIII. De même que, dans l'usage du tribunal, à partir de l'entendement du droit civil commun, il a été reçu que les intérêts commençaient dans les affaires de droit strict depuis le moment du début du procès, voir *Decisien en relsoutien van den Hove van Holland*, decis. 250, de même, à partir du même droit civil, dans les contrats de bonne foi, les intérêts sont dus pour un retard, il y en a des exemples dans ledites *Decisien*, decis. 91 et 407 ; voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 68 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit.1, nb 11, en suivant Groenewegen, cependant lui-même n'entendant pas à bon droit les autres avant lui.]

§ 47. Pour alors ne pas se retirer de la division en cours, ainsi, nous disons que l'obligation qui est reconnue par les lois vient d'une PROMESSE ou d'une INÉGALITÉ.

§ 48. Nous avons ci-dessus [80] décrit la PROMESSE d'après le droit naturel, duquel il est bien entendu qu'une mauvaise déclaration ou aussi, une mauvaise pollicitation qui n'est pas faite avec l'intention de pouvoir être acceptée ou aussi, qui n'est pas actuellement acceptée, ne donne aucun droit personnel [81] ; mais une pollicitation est faite en l'honneur de Dieu [82]

---

stipulatione, defin. 7 et 8 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 37 [*Du fait de contracter et d'entreprendre une stipulation*], 12 et C. 7, 54 [*Des intérêts de la chose jugée*], 1.

Constitution de Justinien adressée à Mena, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Supprimant la grande obscurité des anciennes lois qui fournissait une très grande occasion d'étirer [en longueur] les procès, nous consacrons que, si quelqu'un, à un certain moment, stipule qu'il fera ou donnera quelque chose ou a promis et ajouté ce que le stipulant a voulu [disant] que, si, au moment fixé, cela n'avait pas été fait, il donnerait une certaine pénalité, il sache qu'il ne peut pas pour éviter la pénalité objecter que personne ne l'en a averti ; mais aussi, sans quelque rappel, de la même pénalité, à la faveur de la teneur de la stipulation, il sera redevable, du fait que, ce qu'il a promis, lui-même devra, dans sa mémoire le conserver et ne pas demander que cela, par d'autres, lui soit manifesté ».*

[79] (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 1, 17 § 1.

Extrait du livre XVI Sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - De même, Julianus, dans ce même livre, écrit que, si a commis un retard dans la restitution de l'esclave le possesseur et que l'esclave est mort, compte doit être tenu des fruits jusqu'au moment du jugement de l'affaire. De même, Julianus dit que non seulement les fruits, mais aussi, toute la cause doit être procurée ; et c'est pourquoi, la portée et le fruit des portées entrent dans la restitution. Mais, jusqu'à ce point où les causes y entrent, comme Julianus, dans son livre VII, l'écrit, si, par le biais de cet esclave, le possesseur a acquis l'action de la Loi Aquilia, il doit être contraint de le rendre. Si, avec un dol, le possesseur lui-même a cessé de le posséder, que quelqu'un a, avec une injure, tué l'esclave, sera contraint de payer le prix de l'esclave ou de fournir ses actions celui des deux que le demandeur a voulus. Mais les fruits que d'un autre possesseur, il a reçus, il ne doit pas les rendre ; en effet, il ne doit pas faire un profit à partir de cet esclave qui, dans le procès, a commencé à se trouver. Mais les fruits de cette période durant laquelle il a été possédé par celui qui l'a évincé, il ne doit pas les rendre ; mais ce qu'il dit quant à l'action de la Loi Aquilia fonctionne, si, après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, le possesseur l'a usucapé, parce qu'il commence à avoir un plein droit ».*

[80] (Note de l'éditeur) Voir liv. III, chap. I, § 10.

[81] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 19 § 2 ; C. 8, 37, 5 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. XI, § III ; Leonard Lenart Leys, *De justitia et jure*, liv. II, chap. 17, nb 25 et 52.

Extrait du livre I[er] *Sur l'Édit de l'édile curule* d'Ulpien : *« 2 - Ce qui a été dit, d'une promesse, se distingue ainsi : [c'est] ce qui, en un mot seulement, a été déclaré et, avec un simple propos, se termine ; mais ce qui a été promis peut être renvoyé vers une simple promesse, une offre ou un engagement solennel. Selon ce que commencera celui qui, quant à une cause de cette sorte, au stipulant, à promis, sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu)*, il peut être cité en justice et aussi avec les actions en reprise* (actiones redhibitoriæ) *; ce n'est pas nouveau, car celui qui peut, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, être cité en justice, de même, peut aussi, avec les actions en reprise* (actiones redhibitoriæ)*, être cité en justice ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Diocles et donnée en 210 : *« Si, à ta fille que, sous ta puissance, tu avais, tu as stipulé que de l'argent soit donné, tu ne te verras pas interdire de faire valoir en justice l'obligation préparée ».*

[82] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 12, 2.

Extrait du livre I[er] des *Discussions* d'Ulpien : *« Si quelqu'un a promis par un vœu un bien, il est obligé par son vœu. Ce bien oblige la personne de celui qui fait le vœu, non le bien qui est promis avec un vœu. En effet, le bien qui est promis par un vœu, le vœu étant acquitté, le libère certes, mais [le vœu] lui-même ne devient pas consacré. 1 - Mais, par leur vœu, les pères de famille sont obligés [comme] majeurs autonomes en droit* (sui juris) *; en effet, le fils de famille ou l'esclave, sans l'autorité du père ou du maître, par un vœu, ne sont pas obligés. 2 - Si quelqu'un a promis par un vœu le dixième de ses biens, ce dixième ne cesse pas de se trouver dans les biens avant qu'il en ait été séparé. Et, si, peut-être, celui qui a promis par un vœu est mort avant cette séparation, son héritier, au titre de la succession, est contraint au dixième ; en effet, il est clair que l'obligation du vœu passe à l'héritier ».*

ou aussi à partir de causes courantes en l'honneur du pays [83] ou d'une ville [84] sont tenues par les lois pour des promesses acceptées, d'une façon telle qu'aussi, l'héritier (qui autrement, par une mauvaise pollicitation de son ancêtre, n'est pas obligé) peut être poursuivi en justice pour cela [85].

§ 49. Une PROMESSE est faite EXPRESSÉMENT ou TACITEMENT.

§ 50. EXPRESSÉMENT, par des MOTS ou par ÉCRIT.

§ 51. Pour une promesse verbale, une certaine manière avait été fixée par les Romains par laquelle celle-ci était rendue effective, à savoir par une question de l'un et une réponse de l'autre [86] ou ce qui y est ajouté par la suite, par un serment [87], dans lequel cas, de là, naît

---

[83] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 12, 1 et 9. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce titre 12 [*Des offres*].

Extrait du livre unique *De l'office du curateur de la République* d'Ulpien : *« Si quelqu'un a offert à la République de réaliser un ouvrage ou de donner de l'argent, il ne sera pas cité en justice pour les intérêts ; mais, s'il a commencé à commettre un retard, des intérêts s'ajoutent, comme notre empereur, avec son divin père, l'a dit dans un rescrit. 1 - Mais il faut savoir que pas toujours n'est obligé celui qui a offert [cela]. Puisqu'à raison d'un honneur, il a promis que soit décrété pour lui [quelque chose], qu'il faille le décréter ou à raison d'une juste cause, il sera tenu sur le fondement de cette offre ; mais, si, sans cause, il a promis, il ne sera pas obligé. Et cela est ainsi, dans de nombreuses constitutions anciennes et nouvelles, inclus. 2 - De même, si, sans cause, il a promis et a, cependant, commencé à réaliser, est obligé celui qui a commencé. 3 - Nous recevons "avoir commencé" ainsi, s'il a jeté les fondations ou a nettoyé l'endroit. Mais, si l'endroit a été destiné à celui qui le demande, il vaut mieux qu'il soit considéré avoir commencé. De même, s'il a déposé des appareils ou de la dépense dans [les mains] publiques. 4 - Mais, si lui-même n'a pas commencé, mais, alors qu'il avait promis de l'argent certain pour l'ouvrage de la République, en considération de l'argent, il a commencé à réaliser l'ouvrage ; il sera tenu comme si l'ouvrage avait été commencé. 5 - Enfin, alors que quelqu'un avait promis des colonnes, notre empereur, avec son divin père, a dit dans un rescrit ainsi : « "Ceux qui, non sans cause, offrent de l'argent à la République ne sont pas contraints d'accomplir la libéralité. Mais, si tu as promis des colonnes aux habitants de Citium et que l'ouvrage, avec cette raison, a commencé aux frais de la cité ou de personnes privées, il ne faut pas que ce qui a été fait soit abandonné". 6 - Si quelqu'un a affecté [à la République] un ouvrage qu'il a accompli, qu'ensuite, celui-ci a souffert quelque chose par un cas fortuit, notre empereur a dit dans un rescrit que le risque n'en revenait pas à celui qui l'a réalisé ».*

Extrait du livre IV des *Distinctions* de Modestinus : *« Sur le fondement d'une offre que quelqu'un, à raison d'un honneur auprès de la République, a faite, il est certes lui-même entièrement tenu pour le tout ; mais son héritier, la promesse ayant été certes faite à raison d'un honneur, [est tenu] pour le tout ; mais, parce que l'ouvrage promis a été commencé, si les biens ne sont pas solvables pour la libéralité, les divins Sévère et Antonin ont dit dans un rescrit que l'héritier extérieur est tenu au cinquième du patrimoine du défunt et les enfants au dixième. Mais le divin [Antonin] le Pieux a établi que le donateur lui-même, devenu pauvre, sur le fondement de la promesse de l'ouvrage commencé, devait le cinquième de son patrimoine ».*

[84] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 12, 7 et 8.

Extrait du livre I[er] *De l'office du proconsul* d'Ulpien : *« À raison d'un accident que la cité a souffert, si quelqu'un a promis qu'il ferait quelque chose, même s'il ne l'a pas commencé, il y est entièrement tenu, comme le divin Sévère l'a dit dans un rescrit [adressé] à Dion ».*

Extrait du livre III *De l'office du proconsul* d'Ulpien : *« Au sujet des offres faites dans une cité, les divins frères ont dit dans un rescrit [adressé] à Flavius Celsus que la connaissance en appartenait aux juges en ces termes : "Que Statius Ruffinus agisse honnêtement, s'il accomplit un ouvrage de devant de scène [de théâtre] qu'il avait promis aux habitants de Gabies de construire et qu'il a enfin entrepris. Car, même si, à l'encontre de la fortune, pour trois ans par le préfet de la ville, il a été relégué, cependant, avec le présent qu'il a volontairement offert, il ne doit pas l'amoindrir, du fait qu'étant absent, il peut, par l'intermédiaire d'un ami, accomplir cet ouvrage. S'il le refuse, les agents établis qui pourront légalement agir en faveur de la cité, à titre public, pourront, contre lui, aller trouver les juges, qui, dès qu'ils l'ont pu, avant qu'il parte en exil, en connaîtront et, sils ont établi que l'ouvrage devait être accompli par lui, ordonneront qu'il obéisse à la République à cause de cette raison ou interdiront que soit vendu le bien-fonds qu'il a sur le territoire de Gabies" ».*

[85] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 12, 14.

Extrait du livre VI des *Lettres et des leçons variées* de Pomponius : *« Si quelqu'un, pour son honneur ou celui d'un autre, a promis qu'il allait faire un ouvrage dans une cité, à l'accomplir tant lui-même que son héritier, à partir d'une constitution du divin Trajan, il s'est obligé. Mais, si quelqu'un, à raison d'un honneur, a promis qu'il allait faire un ouvrage dans une cité, l'a commencé et, avant qu'il l'accomplisse, est mort, son héritier étranger à la famille a la nécessité de l'accomplir ou de donner le cinquième du patrimoine à lui laissé par celui qui avait établi de faire cet ouvrage, s'il aime mieux, à la cité dans laquelle cet ouvrage a été commencé de construire ; mais celui qui est du nombre des enfants, s'il est héritier, n'est pas affecté de la nécessité d'accorder le cinquième, mais le dixième. C'est là ce que le divin Antonin a dit dans une constitution ».*

[86] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *(De la substitution commune)*, § 1.

« § 1. Autrefois, sur ce point, de telles paroles étaient rapportées : "Promets-tu ? Je promets", "Fais-tu la promesse ? Je fais la promesse", "Te portes-tu garant ? Je me porte garant", "Donnes-tu garantie ? Je donne la garantie", "Donneras-tu ? Je donnerai", "Feras-tu ? Je ferai". [Savoir] si, en langue latine, grecque que une autre, la stipulation est conçue, n'importe en rien,

non seulement un droit d'exception pour un défendeur, mais **[265]** aussi de demande pour un demandeur. D'autres accords faits par les paroles donnent bien un droit d'exception [88], mais non de réclamation [89], à moins qu'une certaine chose n'eût été transférée [90] ou que ces mêmes accords ne fussent une partie d'une autre transaction réciproque [91], comme d'achat, de location ou les choses semblables. Cependant, par les lois romaines les plus récentes [92], il

---

à savoir si les deux [parties au contrat] auront la compréhension de cette langue ; il n'est pas nécessaire que les deux, de la même langue, usent, mais il suffit de répondre de façon conforme à la question ; mieux même, deux Grecs peuvent contracter en langue latine une obligation. Mais autrefois, ces termes solennels étaient en usage ; mais par la suite, une constitution de Léon (cf. C. 8, 37, 10) *a été portée qui, la solennité des termes ayant été supprimée, souhaite un sens et une compréhension en accord par les deux parties seulement, bien qu'avec des termes quelconques, on se soit exprimé ».*

[87] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 41.

Constitution d'Arcadius et Honorius adressée à Rufinus, Préfet du prétoire, et donnée en 395 : *« Si un majeur de vingt-cinq ans avait songé qu'il devait aller contre des pactes ou des transactions réalisées, aucune autorité ne l'y contraignant, mais de son propre libre arbitre et par sa volonté, soit en s'adressant au juge, soit en faisant des suppliques aux empereurs, soit en n'accomplissant pas les choses promises, et qu'il les avait affermies, le nom du Dieu tout-puissant ayant été invoqué, par cette autorité, non seulement il sera noté d'infamie, mais encore, il sera privé d'action en justice, ayant restitué la pénalité qui était montrée avoir été insérée dans les pactes et sera privé de la propriété des biens et de l'avantage qui serait survenu de cet accord ou de cette transaction ; c'est pourquoi, tous seront par après assignés à l'avantage de ceux qui auraient observé les lois non gâtées du pacte. 1 - Nous ordonnons aussi que sont passibles du sacrifice ou de la charge de cette loi ceux qui, insérant à leurs souhaits nos noms, auraient juré que le salut des empereurs est la confirmation des accords qu'ils ont passés ».*

[88] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 7 § 4 ; là même, Wesembeck, *Paratitla*, nb 9.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Mais, quand il ne reste aucune cause, à raison de la convention ici, il est clair que l'on ne peut établir une obligation ; par conséquent un pacte nu ne fait pas naître une obligation, mais fait naître une exception ».*

[89] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 4 [cité ci-dessus]. D'un autre sentiment, il y a seulement Maestert, *De justitia legum Romanarum*, liv. I, cap. 2.

[90] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 45.

Extrait du livre II des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« La décision de partage, à moins qu'elle ne prenne effet avec une livraison ou une stipulation, ne pourra, pour une action en justice, être utile à personne en tant que pacte nu ».*

[91] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 7 § 5.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Mieux, parfois, il met en forme l'obligation elle-même, comme dans les actions de bonne foi ; en effet, nous disons ordinairement que les pactes convenus se trouvent dans les actions de bonne foi. Mais cela doit être reçu d'une façon telle que, si certes des pactes se sont immédiatement ensuivis et se trouvent de la part du demandeur [à l'action], si, dans l'intervalle, ils ne sont pas présents, ils n'auront pas de valeur, s'il fait en sorte qu'une action ne naisse pas. Comme par exemple après un divorce, on convient qu'une fois fixé le délai de retard, la dot ne sera pas retournée, mais immédiatement ; ceci sera sans valeur, afin que, d'un pacte, ne naisse pas une action ; Marcellus écrit la même chose. Et, si dans une action de tutelle, on convient que des intérêts plus importants que ceux qui ont été établis soient payés, elle n'aura pas lieu, afin que, d'un pacte, ne naisse pas une action [en justice] ; en effet, ces pactes sont ceux qui donnent sa loi au contrat, c'est-à-dire ce qui a été fait lors du commencement du contrat. Je sais qu'il a été répondu de même par Papinien, [à savoir que] si, après un achat, dans l'intervalle, l'on convient de quelque chose en dehors de la nature du contrat, pour cette raison, on ne peut agir sur le fondement de l'achat* (ex empto) *en raison de cette même règle, afin que, d'un pacte, ne naisse pas une action [en justice]. C'est là ce qu'il faut dire dans toutes actions de bonne foi. Mais, de la part du défendeur, un pacte aura lieu, parce que ces pactes qui interviennent par la suite font ordinairement naître des exceptions ».*

[92] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 53, 35 § 5.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 5 - Mais, si, certes, dans tous les cas ci-dessus dits, l'usufruit a été, par le donateur, retenu, la tradition est légalement entendue être faite. 5a - Si au contraire, le donateur ne l'a pas exprimé, si certes, la stipulation, dans la donation, a été insérée, à partir de l'autorité de celle-ci, la tradition doit être faite. 5b - Mais, si au contraire, cela a été laissée de côté et qu'il n'a pas détenu l'usufruit, à partir de notre loi, la nécessité ne lui pas moins imposée aussi de livrer ce qu'il a pensé donner, afin qu'à partir de cela, la donation ne soit pas sans effet parce que les biens n'ont pas été livrés et ne sera pas confirmée la donation, mais l'effet de la tradition suivra nécessairement la pleine libéralité selon notre loi établie comme très parfaite et le donateur aura la nécessité, par tout moyen, de livrer les biens ou une partie de la richesse qu'il a indiquée ou toute la richesse. 5c - En effet, du fait qu'au jugement de n'importe qui, il y a que soit fait ce qu'il a institué, il faut que celui-ci ne se lance pas vers cela, quand il s'est hâté d'en venir, avec certaines habiletés réfléchies, à frauder son propos et à protéger une si grande irréligion avec certains voiles quasi-légaux. 5d - Cela est d'autant plus ferme, si, à des actes pieux ou à des personnes religieuses, la donation a été assignée (l'observation des monuments, dans ces moyens, selon ce qui, spécialement, par nous, dans les cas de cette sorte, a été ci-devant dit, devant être observée), afin que, dans les causes ci-devant dites, à partir de certaines machinations, non seulement comme irréligieux, mais aussi comme impie, le donateur soit entendu et il attendra non seulement les peines légales, mais aussi célestes. 5e - Et, les biens donnés dans tous les cas*

fut trouvé bon que la donation d'un certain bien se fasse seulement par des paroles et qu'acceptée, elle porte avec elle un droit personnel qui est un droit de réclamer la livraison du bien donné.

§ 52. Mais, comme les Germains de tous les anciens temps n'ont estimé aucune vertu au-dessus de la fidélité [93], ainsi, par ceux-ci, une subtilité de cette sorte n'est pas reçue mais on entend et utilise que toutes les promesses qui sont faites à partir de certaines causes raisonnables [94] par le biais de quelques paroles que cela pourrait être, que les personnes fussent l'un et l'autre dans une place ou non, donnaient un droit de réclamer ou de repousser une demande [95].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXXIV. La promesse sous laquelle il n'y a pas une juste cause de dette ne produit pas d'action efficace dans un tribunal, bien qu'autrement, une action naisse d'un pacte nu.]

§ 53. Une cause est entendue comme raisonnable quand la promesse ou la pollicitation est faite EN DONATION ou est utile à UNE CERTAINE AUTRE TRANSACTION, que celle-ci soit faite au moment de la transaction ou par la suite.

*

[266] Chapitre II
De la donation [96]

§ 1. Une DONATION est *une promesse par laquelle quelqu'un, n'étant pas obligé envers un autre, par bienveillance, s'oblige lui-même à lui donner quelque chose de son bien sans recevoir en retour quelque chose de lui ou stipuler à son profit* [97].

---

ci-dessus dits, non seulement ceux-ci, tant qu'ils sont vivants, mais aussi leurs successeurs sont contraints de les rendre non seulement à ceux auxquels la donation a été faite, mais aussi à leurs héritiers ».

[93] (Note de Groenewegen) Voir Cluver, *De antiquis Germanis*, liv. I, cap. 19, dans le passage *universæ*.

[94] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 4, 2 § 3.

Extrait du livre LXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Pour la première espèce, les causes à partir desquelles cette exception aura lieu sont celles qui peuvent être traitées. Si, quelqu'un, sans cause, de quelqu'un [d'autre], a stipulé, qu'ensuite, à partir de cette stipulation, il a fait valoir son droit en justice, l'exception de dol, en tout cas, lui portera préjudice ; bien qu'en effet, à l'époque où il a stipulé, il n'ait rien commis avec un dol, cependant, il doit être dit que celui-ci, alors que le débat judiciaire a commencé, avec un dol, agit qui continue, à partir de cette stipulation, de réclamer ; et, si, alors qu'elle est interposée, il avait une juste cause, cependant, maintenant, il est considéré n'avoir aucune cause appropriée. Par conséquent, si, allant prêter de l'argent, il a stipulé et ne l'a pas prêté, et si la cause de la stipulation était certaine, qui, cependant, ne s'est pas ensuivie ou a été terminée, il faudra dire que porte préjudice l'exception ».*

[95] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 3 *(Des pactes)*, 10.

[96] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, II, vii *(Des donations)*, D. 39, 5 *(Des donations)* et C. 8, 53 *(Des donations)*.

Le titre en question comprend dans les Institutes 4 longs paragraphes, dans le Digeste, 35 extraits et dans le Code, 37 constitutions.

[97] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 5, 1.

Extrait du livre XVII des *Digestes* de Julianus : *« Les donations sont en grand nombre. Quelqu'un donne avec cette intention qu'immédiatement, il a voulu que cela devienne [la propriété] de celui qui a reçu et qu'en aucun cas, à lui, cela soit retourné et, à raison de nulle autre raison, il le fait, que pour pratiquer une libéralité et une générosité ; cela est proprement appelé une donation. Quelqu'un donne pour qu'alors seulement, cela devienne [la propriété] de celui qui reçoit, lorsque quelque chose s'est ensuivi ; cela, proprement, ne sera pas appelé une donation, mais tout cela est une donation sous condition. De même, lorsque quelqu'un, avec cette intention qu'immédiatement, certes, il en fasse [la propriété] de celui qui reçoit, si, cependant, quelque chose a été fait ou n'a pas été fait, il a voulu qu'à lui, cela soit retourné, proprement, cela n'est pas appelé une donation, mais tout cela est une donation qui, sous condition, est résolue. Telle est la donation à cause de mort. 1 - En conséquence, quand nous disons qu'entre un fiancé et une fiancée, la donation est valide, de l'appellation propre, nous usons et nous montrons le fait qu'elle provient de celui qui, à raison d'une libéralité, donne quelque chose pour qu'immédiatement, cela devienne [la propriété] de celui qui reçoit et que jamais, en aucun cas, il n'a voulu qu'à lui, cela soit retourné. Mais, quand nous disons que, si, le fiancé, à sa*

§ 2. Nous disons *n'étant pas obligé*, que ce soit sans une certaine raison motrice ou qu'une certaine amitié reçue ait précédé [98] qui, n'étant pas faite par une manière de contrat, ne produit aucune obligation [99].

§ 3. Cependant, il est reçu par l'usage qu'une donation qui n'est pas faite à partir d'un mérite est soumise aux lois qui ordonnent quelque chose au préjudice des donations [100].

[**Note de Willem Schorer sur la note 100 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne que la donation en récompense qui dépasse aussi cinquante pièce d'or n'a pas besoin d'un enregistrement ; cela procède pourvu que celle-ci ne soit inégale de toute part ; ce qui tombe de nouveau, si le bénéfice reçu ne reçoit une estimation avantageuse. Par exemple, si quelqu'un, à celui qui donne, a conservé la vie et l'estimation en bon état, il est plus vrai que, dans ce cas, l'enregistrement n'est pas requis, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 7. Pour celle-ci, il n'y aura pas lieu à une révocation pour cause d'ingratitude commise par le donataire envers le donateur, voir Voet, lib. 39, tit. 5, nb 25, comme ni à une plainte de donation à l'encontre des devoirs, du fait qu'elle contient un échange de plus d'avantage avec un avantage, voir de même, nb 40. Mieux, au tuteur, au nom du pupille, il est permis de faire une donation en récompense, voir Brunemann sur D. 26, 7 *(De l'administration et du risque des tuteurs et des curateurs qui ont administré ou non, et d'un ou plusieurs qui agissent en justice ou sont cités en justice)*, 12 § 3, nb 8, ce qui lui a été interdit pour une simple donation, comme l[e dit] l'auteur dans le § 10. L'enregistrement cesse aussi pour une donation annuelle à payer chaque année, pourvu qu'elle ne dépasse pas le montant légal, voir Sichard sur C. 8, 54 *(Des donations)*, 34 § 4.]

§ 4. Nous disons aussi *par bienveillance*, car une telle chose doit en quelque façon apparaître, autrement, on croirait plutôt que la promesse était faite par ignorance et que, dans un tel cas, il n'en naîtrait aucune contrainte légale [101], si ce n'est dans des remises ; car, en cela, l'intention d'une bienveillance est facilement crue et acceptée [102].

---

fiancée, donne avec cette intention que, le mariage ne s'était pas ensuivi, le bien soit enlevé, il peut être réclamé, nous ne disons pas le contraire de [ce qui a été dit en] premier, mais nous accordons qu'entre ces personnes, est faite cette donation qui, sous condition, sera résolue ».

[98] (Note de Groenewegen) Voir D. 39,5, 27 et 34.

Extrait du livre XXIX des *Questions* de Papinien : *« Aquilius Regulus le Jeune, à Nicostratus le rhéteur, ainsi, a écrit : "parce qu'avec mon père, toujours, tu as été et qu'avec ton éloquence et ta diligence, tu m'as rendu meilleur, en don, je te permets de loger dans cet appartement et d'en user". Regulus étant défunt, Nicostratus a souffert une dispute pour l'habitation et alors que, quant à cette affaire, avec moi, il en a référé, j'ai dit qu'il pouvait être défendu que la donation n'était pas pure, mais que Regulus avait un office rémunéré avec un certain salaire et que c'est pourquoi la donation du temps suivant n'était pas nulle. Si, ayant été expulsé, Nicostratus vient vers le juge, à l'exemple de l'interdit qui, à l'usufruitier, est proposé, il devra être défendu comme, à la place d'un possesseur, ayant été établi, [lui] qui a reçu l'usage de l'appartement ».*

Extrait du livre V des *Sentences* de Paul : *« Si un père, au nom de son fils émancipé, avec l'intention d'une donation, prête de l'argent à intérêt et que le fils l'a stipulé, selon le droit lui-même, on ne peut douter que la donation ait été accomplie. 1 - Si quelqu'un a soustrait quelqu'un à des brigands ou à des ennemis, et qu'il a reçu quelque chose pour celui-ci de lui, cette donation est irrévocable ; ne doit pas être appelée une rétribution pour une peine remarquable ce qu'en considération du salut, avec une certaine mesure, on n'a pas décidé d'évaluer ».*

[99] (Note de Groenewegen) Voir D. 5, 3, 25 § 11.

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Le Sénat s'est avisé des possesseurs de bonne foi, afin qu'en totalité, du préjudice, ils ne soient pas affectés, mais qu'ils soient seulement tenus de ce en quoi ils sont devenus plus riches. En conséquence, quelque frais qu'ils aient fait à partir de la succession, si, ce qu'ils ont gaspillé, ils l'ont perdu, cependant que, de leur bien, ils pensent user, ils ne le paieront pas. Et, s'ils ont fait une donation, ils ne seront pas considérés être devenus plus riches, bien que, pour leur témoigner de la gratitude, ils aient obligé quelqu'un de façon naturelle. Clairement, s'ils ont reçu des* αντιδωρα *- dons en retour, il doit être dit qu'ils sont devenus plus riches dans la mesure où ils les ont reçus ; cela sera comme une certaine sorte d'échange ».*

[100] (Note de Groenewegen) Voir Fachinæus, *Controversiarum opus,* liv. III, cap. 7 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 1, defin. 3 ; *Codex Fabrianus*, liv. VIII, tit. 38, defin. 3 ; Clarus, § *donatio*, quæst. 33, nb 3.

[101] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 3, 25 § 4. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XIII, tit. 9 et le suivant.

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« 4 - Mais cela, quand, quant au paiement de l'indu, la question se trouve. Mais, si au contraire, une garantie est réputée, de façon indue, avoir été exposée et, confusément, le dit, alors celui pour lequel la*

§ 5. Nous disons *de son bien*, car, bien que la vente du bien d'autrui puisse exister, comme nous l'expliquerons ci-après [103], ainsi, une telle chose n'est pas trouvée bonne par les lois en matière de donation et, pour **[267]** cela, le donateur n'est pas tenu de garantir [l'éviction du] bien donné [104].

[**Note de WillemSchorer sur la note 104 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessous le chap. XIV, § 6, sur les notes 501 et 502.]

§ 6. *Sans recevoir en retour quelque chose de lui ou stipuler à son profit* ; car autrement, il n'y aurait aucune donation, mais un donner pour donner, lequel contrat n'est pas compris dans les lois des donations [105].

§ 7. Tous les gens peuvent faire des dons à toutes les personnes, à l'exception des mineurs [106], sans qu'aussi, le tuteur soit autorisé à donner ou à charger ces mêmes biens [107].

---

garantie a été exposée est contraint de prouver qu'il y a une dette qui, dans la garantie, est amenée, à moins que celui-là même, spécialement, qui a exposé la garantie n'ait expliqué les causes pour lesquelles il avait écrit celle-ci ; alors, en effet, il faut que celui-ci s'en tienne à sa confession, à moins qu'avec des très claires preuves, dans des écrits, tenues, il ne se soit préparé à prouver qu'il n'avait pas indûment promis ».

[102] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 22, 3, 25 § 4 au début.

[103] (Note de l'éditeur) Voir le chap. XIV, § 9.

[104] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 5, 18 § 3 ; D. 21, 1, 62. Voyez C. 8, 44 (45), 2.

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Labéon dit que, si quelqu'un m'a donné le bien d'autrui, que, sur lui, j'ai fait de grands frais et qu'ainsi, pour moi, il est évincé, aucune action ne se présente à moi contre le donateur ; clairement, quant au dol, je peux, contre lui, avoir une action, si, avec un dol, il l'a fait ».*

Extrait du livre VIII des *Distinctions* de Modestinus : *« Il faut dire que l'Édit des édiles curules ne regarde pas les biens donnés ; le fait est, qu'en est-il de ce que le donateur a de nouveau promis qu'il rendrait, quand aucun prix n'est intervenu ? Qu'en est-il, en conséquence, si le bien, vis-à-vis de celui auquel il a été donné, en a été rendu meilleur, pour combien de ce qu'il est de l'intérêt de celui qui l'a rendu meilleur, le donateur sera-t-il cité en justice ? Il ne faut pas le dire, afin que le donateur, dans ce cas, ne souffre pas la peine de sa libéralité. C'est pourquoi, si, par quelque moyen, un bien est donné, il ne sera pas nécessaire qu'il repromette ce que, pour les choses à vendre, les édiles ont commandé de repromettre. Assurément, quant au dol, le donateur doit s'obliger et s'oblige ordinairement, afin de retirer ce qu'il avait, de façon bienveillante, apporté avec le dessein d'une fraude ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Quarta et donnée en 205 : *« Parce que ton grand-père, alors qu'il t'a donné des biens-fonds, quant à leur éviction, a donné garantie, tu peux, contre tes cohéritiers, à partir de la cause de la stipulation, rester ferme à raison de l'éviction des biens-fonds, à savoir à la faveur de la part héréditaire. Mais, un pacte nu étant intervenu, il est certain que le donateur, de cette action, n'est pas tenu ».*

[105] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 5, 19 §§ 5-6.

Extrait du livre LXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Mais ces stipulations qui, à raison d'une cause, sont faites n'ont pas [ce qui fait] une donation. 6 - Enfin, Pegasus pensait que, si je t'avais promis cent sous cette condition que, si tu avais juré, tu porterais mon nom, il n'y avait pas de donation, parce qu'à raison d'une cause, elle avait été faite, et que le bien avait suivi ».*

[106] (Note de Groenewegen) Voir D. 41, 1, 11.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« Un pupille, pour acquérir, n'a pas besoin de l'autorisation de son tuteur ; mais il ne peut aliéner aucun bien, si ce n'est avec l'autorisation de son tuteur et pas même une possession n'est naturelle, comme aux Sabiniens, cela semblé ; cette opinion est vraie ».*

[107] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 37, 16 ; voyez D. 26, 7, 12 § 3.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Proculus et donnée en 293 : *« À tout titre, les tuteurs n'ont pas le pouvoir d'aliéner les biens des pupilles. Mais, vendant seulement à raison de l'administration [de la tutelle], il leur est permis de les mettre en vente ; ils fourniront une juste cause de posséder à ceux qui achètent. Du fait qu'ils n'ont pour cette raison, pas le pouvoir de donner, avec aucune raison, les biens de ceux dont ils administrent les affaires, tu ne te verras pas interdire de réclamer la propriété aux possédants ».*

Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Lorsque le tuteur, non aux biens seulement, mais aussi aux mœurs du pupille, est préposé, en premier lieu, il établira les émoluments pour les précepteurs, non les plus petits qu'il pourra, mais à la faveur de la possibilité du patrimoine et à la faveur de la dignité de la naissance, il fournira les aliments aux esclaves et aux affranchis, parfois aussi, aux étrangers, si cela, pour le pupille, est à propos, il enverra les cadeaux ordinaires aux parents et aux cognats. Mais il ne donnera pas de dot à une sœur née d'un autre père, même si, autrement, celle-ci ne pouvait pas se marier ; car, quoiqu'honorablement, à partir d'une libéralité, cependant, elle soit faite, celle-ci doit être observée au jugement du pupille ».*

§ 8. Les parents ne peuvent pas aussi validement donner à leurs enfants qui restent encore mineurs et sous leur puissance [108].

[**Note de Willem Schorer sur la note 108 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur tient ici est vrai quant au droit romain ; mais Groenewegen signale dans sa note que, dans les usages, cela est sorti de l'usage. Cependant, il est vrai qu'un fils de famille ne donne pas à bon droit à son père ni à un étranger durant le temps de sa minorité ; donner est en effet perdre [quelque chose] et un pupille ne peut pas rendre sa condition plus mauvaise, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 7.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDLXXXV. Du fait que la raison de la puissance paternelle est autre chez nous que chez les Romains, rien n'empêche la validité de la donation faite par le père à un fils qu'il a sous sa puissance et par le même, si le fils est pubère ou est un mineur dans l'enfance, acceptée par une personne publique, voir les *Keuren* d'Amsterdam, chap. 39, art. 7]

§ 9. Semblablement, un mari ne le peut pas à son épouse [109] ; cependant, une donation de cette sorte, comme aussi celle de l'épouse à son mari, est confirmée par la mort, dans le cas où n'apparaît pas un changement de la volonté [110].

---

[108] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 16, 25. Mais voyez contre cela Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 4.

Constitution de Justinien au Préfet du prétoire Menna, donnée en 528 : *« Nous consacrons que les donations que les parents confèrent aux enfants de sexe quelconque établis en leur puissance, que l'épouse [confère] à son mari, le mari à son épouse, ou l'un et l'autre d'entre eux à une autre personne à laquelle il n'est pas permis de donner, le mariage restant durable, ou à une autre personne à laquelle ils ne pouvaient donner, seront ainsi fermes à travers le silence du donateur, ou de la donatrice, si elles ont été enregistrées avec des actes jusqu'à un montant légal, ou bien l'excèdent. Car, nous accordons que ne soit pas confirmée une donation enregistrée d'un plus important montant, ni par le biais du silence de celui qui a donné. Mais, si au contraire, le donateur, ou la donatrice, les a confirmées dans sa dernière volonté, elles seront tenues pour confirmées sans aucune distinction, cependant, d'une façon telle que, si certes, présentant un montant déterminé au-delà de la loi, elles n'ont pas été enregistrées dans les actes, leur confirmation particulière aura force à partir du moment dans lequel ces mêmes donations ont été confirmées. Mais, si la donation n'est pas plus importante, ou bien, alors qu'elle est plus importante, si elle a été enregistrée dans des actes, alors le silence du donateur, ou de la donatrice, sera renvoyé au moment où la donation a été rédigée, de même qu'il faut que les autres ratifications des affaires faites soient ramenées aux autres moments, dans lesquels elles ont été contractées. On ne peut introduire pour le reste la subtile division du fait, ou du droit ».*

[109] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 24, 1 *(Des donations entre mari et femms)* et de C. 5, 16 *(Des donations entre mari et femme, et faites par les parents aux enfants et de leur confirmation)*. Selon les coutumes d'Anvers, cap. 41, art. 53, un mari peut donner à son épouse des vêtements, des bagues et d'autres bijoux, tant que celle-ci tient sa condition et ne prend pas l'occasion d'aller au-dessus. Voir en argument D. 24, 1, 18, 40, 41 et 42. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 24, 1 *(Des donations entre mari et femme)*, 31 § 8.

Extrait du livre IV des *Différentes leçons* de Pomponius : *« Si le mari, des esclaves ou des vêtements de son épouse, ou l'épouse, de ceux de son mari, a usé ou, dans la maison de celle-ci ou de celui-ci, à titre gratuit, a habité, la donation est valide ».*

Extrait du livre II des *Réponses* d'Ulpien : *« Ce qui, pour obtenir une dignité, par l'épouse, au mari, a été apporté est confirmé dans la mesure où il y a besoin, à la dignité, de suppléer ; … »*

Extrait du livre VI des *Règles* de Licinius Rufinus : *« … car l'empereur Antonin a dit dans une constitution que, pour l'avancement de son mari, l'épouse pouvait lui faire un don ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Tout récemment, à partir de l'indulgence de l'empereur Antonin, a été reçue une autre cause de donation, que nous appelons à raison d'un honneur, comme si une épouse, à son mari, pour la demande du laticlave, fait une donation, pour qu'il soit fait membre de l'ordre équestre, ou pour des jeux ».*

[110] (Note de Groenewegen) Voir D. 24, 1, 32 §§ 2-3 ; C. 5, 16, 25. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 16 *(Des donations entre mari et femme, et faites par les parents aux enfants et de leur confirmation)*, 1.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« . 2 - Le discours dit : "il est licite que celui qui, certes, a fait la donation, le regrette ; mais il est dur et cupide que l'héritier l'arrache, peut-être, à l'encontre de la volonté de celui qui l'a donnée". 3 - Comme regret, nous devons recevoir le dernier regret. Par conséquent, si, à son épouse, [le mari] a fait une donation, qu'ensuite, il l'a regretté, que bientôt, il ait cessé de le regretter, il doit être dit que la donation est valide, de sorte que nous envisagerons le dernier jugement de celui-ci, comme, pour les fidéicommis, nous le faisons ordinairement ou comme, pour les legs, avec l'opposition de l'exception de dol, nous en débattons, de sorte que la volonté est modifiable jusqu'à la fin dernière de la vie ».*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 109 et 110 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne dans ces notes, à savoir que la donation entre mari et femme est interdite, si ce n'est confirmée par la mort, est d'un droit expédient. Cependant, une donation réciproque entre époux est valide, parce qu'une telle donation n'est pas pure, mais plutôt un échange ou une compensation d'un avantage reçu, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 118, p. 237, et part. IV, cons. 349, p. 638. Une donation simple est aussi permise à un vieux mari qui a une descendance issue de plusieurs mariages, s'il a épousé une jeune femme jeune ou seulement d'âge mûr, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 54, nb 18, p. 180, et Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 60, nb 3, dit que cette donation n'est pas du tout contraire aux usages de Flandre.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXXVI. Bien que la raison propre et privée de l'interdiction de la donation entre mari et femme cesse chez nous, la communauté des biens ayant été exclue, cependant, l'adoption du droit romain interdit aussi dans ce cas cette libéralité entre époux, n'étant pas moins admises les exceptions approuvées dans ce droit, dans la mesure où l'analogie de notre droit ne les repousse pas.]

§ 10. Mais un homme qui a presque vingt-cinq ans ou une femme qui a presque vingt ans, sans le consentement des parents, de la parenté ou du tribunal, comme il est dit ci-devant [111], a conclu une promesse de mariage ne peut pas donner à son époux ou son fiancé ; et ne peut en aucune manière être confirmée une donation de cette sorte [112].

[268] § 11. Une donation faite entre vifs de tous les biens présents ou futurs ne peut pas, selon le droit, tenir ferme, bien que celle-ci, sous serment et faite à des personnes pauvres ou des maisons religieuses, mais elle est invalide en totalité, parce que la confection de la dernière volonté en est par là empêchée [113].

[**Note de Willem Schorer sur la note 113 de Groenewegen van der Made**

Voet est en désaccord avec l'auteur et défend longuement que, non seulement l'aliénation des biens actuels est à bon droit faite, mais aussi celle des biens futurs et repousse la raison ajoutée par Grotius à cette fin dans cedit chapitre, § 10. Ainsi seulement, de sorte que tout ce qu'il a ne soit pas enlevé au donateur, mais pour qu'il ne soit pas dans le besoin et qu'il ne jouisse pas du bénéfice de la compétence, voir D. 42, 1 *(De la chose jugée et de l'effet des sentences)*, 19 § 3. Il ne faut pas distinguer si la donation aura commencé depuis la tradition [du bien] ou depuis la promesse, comme l'enseigne Brunemann sur cette loi.

Constitution de Justinien au Préfet du prétoire Menna, donnée en 528 : *« Nous consacrons que les donations que les parents confèrent aux enfants de sexe quelconque établis en leur puissance, que l'épouse [confère] à son mari, le mari à son épouse, ou l'un et l'autre d'entre eux à une autre personne à laquelle il n'est pas permis de donner, le mariage restant durable, ou à une autre personne à laquelle ils ne pouvaient donner, seront ainsi fermes à travers le silence du donateur, ou de la donatrice, si elles ont été enregistrées avec des actes jusqu'au montant légal, ou bien l'excèdent. Car, nous accordons que ne soit pas confirmée une donation enregistrée d'un plus important montant, ni par le biais du silence de celui qui a donné. Mais, si au contraire, le donateur, ou la donatrice, les a confirmées dans sa dernière volonté, elles seront tenues pour confirmées sans aucune distinction, cependant, d'une façon telle que, si certes, présentant un montant déterminé au-delà de la loi, elles n'ont pas été enregistrées dans les actes, leur confirmation particulière aura force à partir du moment dans lequel ces mêmes donations ont été confirmées. Mais, si la donation n'est pas plus importante, ou bien, alors qu'elle est plus importante, si elle a été enregistrée dans des actes, alors le silence du donateur, ou de la donatrice, sera renvoyé au moment où la donation a été rédigée, de même qu'il faut que les autres ratifications des affaires faites soient ramenées aux autres moments, dans lesquels elles ont été contractées. On ne peut introduire pour le reste la subtile division du fait, ou du droit ».*

[111] (Note de Groenewegen) Voir dans le liv. I, chap. V, §§ 14-15, notes 81, 82, 83, 84 et 85 ; liv. I, chap. VIII, § 2.

[112] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540. Voyez ci-dessus liv. I, chap. VIII, § 3 ; liv. II, chap. V, notes 143-149 ; chap. XI, note 274 ; chap. XII, note 293 ; chap. XVI, notes 339 et 340.

[113] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 53 *(Des donations)*, 35 § 4.

Autrement, il doit être relevé que personne ne peut recevoir une donation pour partie et la repousser pour partie, comme il ne sera permis à personne d'accepter une succession pour partie, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 13.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXXVII. Dans le droit romain, certes, à partir d'une plus saine doctrine, la donation de tous les biens n'avait pas été interdite ; mais, avec une sentence contraire autrefois, elle était tenue pour plus en accord avec le droit civil et elle-même est considérée avoir été reçue par la plupart dans le tribunal et aussi approuvée par les nôtres, voir *Hollandsche consilien*, part. I, cons. 169 ; Loenius, *Decisiones*, cas. 123 ; Bijnkershoek*, Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 7, p. 260 ; cf. la thèse XXI.]

§ 12. Une donation, (suivant ce qui est dit ci-devant en général d'une promesse) demande une acceptation [114] qui peut être faite entre les parties non seulement oralement, mais aussi par un autre signe suffisant [115] ; elle peut aussi être faite entre des absents par des lettres [116], comme aussi par des représentants des deux côtés [117], étant bien entendu qu'avant l'acceptation du mandat du promettant, il n'a aucun effet, dans le cas où il le révoque ou vient à mourir avant [118], à moins que qu'un notaire n'ait accepté la promesse pour autrui à son bon plaisir [119].

---

[114] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 5, 10 et 26, et là, Bartole.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« A un absent, que tu envoies celui qui le lui apporte ou que lui-même ait ce que tu ordonnes qu'il ait, à bon droit, il peut être donné. Mais, s'il ignore que le bien qui, chez lui, se trouve a été donné ou qu'il n'a pas reçu celui qui lui a été envoyé, il ne devient pas le propriétaire du bien donné, même si, par l'intermédiaire de l'esclave de celui auquel il était donné, il avait été envoyé, à moins qu'il n'ait été donné par l'intermédiaire de l'esclave de celui-ci, de sorte qu'immédiatement, il devienne le sien ».*

Extrait du livre IV *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Un simple compte ne rend pas quelqu'un débiteur ; comme par exemple ce que nous voulons donner à un homme libre, bien que nous le rapportions dans nos comptes, nous le devons, cependant, aucune donation n'est entendue ».*

[115] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 46, 8, 5.

Extrait du livre V des *Réponses* de Scævola : *« [Scævola] répondit que non seulement, avec des mots, on peut confirmer, mais aussi avec un acte ; enfin, si le principal, qui l'approuve, poursuit jusqu'au bout ce procès que le procurateur a commencé, la stipulation n'est pas exécutoire ».*

[116] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 53, 6 ; D. 39, 5, 10 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 1, defin. 1.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Calpurnia Aristanæta et donnée en 286 : *« Il ne faut pas douter que les donations, aussi entre des absents, surtout si, à partir de la volonté des donateurs ceux auxquels il a été donné obtiennent la possession, sont valides ».*

Extrait du livre III des *Discussions* d'Ulpien : *« Celui qui, à partir d'une donation, s'est obligé, à partir du rescrit du divin [Antonin] le Pieux, pour autant qu'il peut payer, il est cité en justice. [Le fait est que] ce qui, aux créanciers, est dû devra être retiré ; mais cela, quant à ce à quoi, à partir de la même cause, quelqu'un a été lié, il ne devra pas le retirer ».*

[117] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 5, 4.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Aussi, par l'intermédiaire d'une personne interposée, une donation peut être accomplie ».*

[118] (Note de l'éditeur) À moins que l'exécution de la donation ne fût fixée jusqu'à après la mort du donateur ; car, dans un tel cas, la donation peut être acceptée après la mort du donateur, comme cela est jugé par le Grand Conseil à Malines, voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 85, nb 14 ; en argument D. 17, 1, 12 § 17.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 17 - De même, Marcellus écrit que, si, pour qu'après sa mort, un monument lui soit fait, quelqu'un a donné mandat, son héritier pourra agir en justice avec l'action de mandat. Mais celui qui s'est chargé du mandat, s'il l'a fait avec son argent, je pense qu'il agit en justice avec l'action de mandat, si, pour lui, le mandat n'est pas d'une façon telle qu'il fasse le monument avec son argent. En effet, il pouvait aussi agir en justice contre celui qui a donné mandat qu'à lui, il remette l'argent pour le faire, surtout si, déjà, il a préparé certaines choses pour le faire ».*

[119] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 10 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 1, defin. 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 17, *1 (De l'action directe de mandat et de l'action en sens contraire)*, 10.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même pour un bien-fonds, si le procurateur achète le bien-fonds ; en effet, il faut que celui qui est procurateur ne garantisse rien de plus que la bonne foi. 1 - Mais, si, quant à la santé d'un esclave, au procurateur, on a donné garantie ou qu'on peut donner garantie, quant à d'autres défauts, il faudra dire la même chose, ou si, avec une faute, on ne s'est pas soucié de donner garantie, on sera condamné. 2 - Si, du bien-fonds qu'il a acheté pour*

[**Note de Willem Schorer sur la note 114 de Groenewegen van der Made**

Pour que soit valide la donation, selon l'auteur, il y a besoin d'une acceptation. Voyez cependant la limitation, § 18, sur les notes 135 et 136.]

§ 13. Celui qui veut donner quelque chose peut le faire dès à présent, depuis un certain moment ou pour un certaine période, aussi sous un terme ou une condition [120].

[**Note de Willem Schorer sur la note 120 de Groenewegen van der Made**

À bon droit, il est fait un don sous condition, à partir d'un certain temps et pour un certain temps, et cela peut être aussi à bon droit fait à partir du moment de la mort, par exemple si quelqu'un dit qu'après sa mort ou quelque chose de semblable, il donne, il y aura une donation entre vifs à ce point irrévocable, car la mention de la mort n'a été faite pour aucune autre fin que

---

moi, le procurateur a obtenu les fruits, il faut aussi que, par l'office du juge, celui-ci les fournisse. 3 - Si mon procurateur a mon argent, pour le retard en tout cas, il est suspendu à des intérêts envers moi. Mais, s'il a remis mon argent à intérêt et a obtenu des intérêts, logiquement, nous dirons qu'il doit me payer le revenu quel qu'il soit qu'il pensait [faire], que je le lui aie donné mandat [de le faire] ou non, parce qu'il s'accorde à la bonne foi de ne pas penser à un profit sur le bien d'autrui ; s'il n'a pas exploité l'argent, mais l'a tourné à son usage, il sera cité en justice pour les intérêts qui sont pratiqués à la mesure légale dans les pays. Enfin, Papinien dit aussi que, si le procurateur réclame des intérêts et les tourne à son usage, il doit payer les intérêts. 4 - Si quelqu'un, à Titius, a donné mandat de recevoir de ses agents un prêt d'argent, Papinien écrit, dans le livre III de ses Réponses, qu'avec une action de mandat, il n'agira pas en justice, parce que, quant au prêt d'argent, celui-ci l'a comme obligé ; et c'est pourquoi il ne peut réclamer les intérêts comme sur le fondement d'une cause de mandat, si, dans la stipulation, ils n'ont pas été introduits. 5 - De même, Papinien, dans le même livre, rapporte qu'au garant condamné qui a donné garantie, parce que le principal, au procurateur, avait donné mandat de recevoir un prêt d'argent, une action utile doit être accordée comme s'il y avait une action institoire, parce que celui-ci sera considéré comme l'avoir préposé à recevoir le prêt d'argent. 6 - Si, à quelqu'un, j'ai donné mandat de stipuler de Titius, je pourrai agir en justice contre celui à qui j'ai donné mandat avec une action de mandat, afin que, l'ayant reçu, il le libère, si je le veux ; ou, si je préfère, j'agirai en justice pour qu'il le délègue pour moi ou à un autre, si je le veux. Papinien écrit dans le même livre que, si une mère, en faveur de sa fille, a donné une dot et que, sa fille lui en donnant le mandat a immédiatement stipulé ou aussi par la suite, elle est tenue de l'action de mandat, bien que ce soit elle-même qui a donné la dot. 7 - Si quelqu'un a donné mandat que l'on confirme seulement ainsi ce que son procurateur et ses esclaves ont fait, si, avec l'intervention de Sempronius, cela a été fait et que, de mauvaise façon, il y a un prêt d'argent, Sempronius, qui n'a commis aucun dol, n'est pas tenu. Et il est vrai que celui qui, avec l'intention d'un procurateur, n'est pas intervenu, mais a promis son affection amicale pour rappeler à l'ordre les procurateurs et les agents, et les diriger par un conseil, par l'action de mandat, n'est pas tenu, mais, s'il a fait quelque chose avec un dol, il est tenu non par l'action de mandat, mais plutôt par l'action quant au dol (de dolo). *8 - Si j'ai donné mandat à mon procurateur de prêter à Titius mon argent sans intérêt et que celui-ci ne l'a pas prêté sans intérêt, voyons s'il doit aussi me restituer les intérêts. Labéon écrit qu'il faut qu'il me les restitue, même si j'ai donné mandat de remettre l'argent gratuitement, bien que, si, à son risque, il l'a prêté, Labéon dit que cessera, sur les intérêts, l'action de mandat. 9 - De même, Labéon dit, et c'est vrai, que cette action autorise aussi les prises en compte. Et, de même qu'est contraint de restituer les fruits celui qui est procurateur, de même, il faut qu'il déduise la dépense qu'il a faite en percevant les fruits, je pense qu'il faut aussi prendre en compte ces frais, si ce n'est s'il y avait une rémunération et que l'on a convenu qu'il ferait les dépenses à partir de son bien pour ces voyages, c'est-à-dire à partir de son salaire. 10 - Il dit de même que, si le procurateur a fait quelque chose sans mandat pour le plaisir, il faut lui permettre d'enlever ce qui, sans préjudice pour le principal, est fait, à moins que le principal n'autorise le compte de cette dépense. 11 - Les garants et les mandataires, si, sans un jugement, ils ont payé, ont l'action de mandat. 12 - De façon générale, Julianus dit que, si le garant, à partir de sa propre volonté, a renoncé à une exception dont le débiteur ne pouvait user, si certes, [elle n'était] pas honorable, il avait l'action de mandat ; si [c'est] celle dont le débiteur peut user, si sciemment, il l'a fait, il n'aura pas l'action de mandat, si seulement il avait la possibilité de citer en justice le débiteur et de souhaiter que lui-même se charge plutôt du jugement en son propre nom ou en celui du procurateur. 13 - Si à un garant, à raison d'une donation, une recette a été faite par le créancier, je pense que, si le créancier a voulu rémunérer le garant, il a l'action de mandat ; beaucoup plus, si, en la recevant à cause de mort, le créancier l'apportait ou s'il a légué cette libération ».*

[120] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 54, 1 et tout le titre de C. 8, 54 *(Des donations qui, sous une mesure, une condition ou à partir d'un certain temps, sont faites).*

Constitution de Valérien et Gallien adressée à Gamica et donnée en 258 : *« Si tu montres que, comme tu l'affirmes, à ta petite-fille, il a été donné sous cette condition qu'elle te procurerait certains aliments, tu peux obtenir une revendication utile aussi dans ce cas, parce qu'à cette condition, elle n'a pas voulu obtempérer, c'est-à-dire une action avec laquelle la propriété originelle te sera rendue. 1 - Car une condiction, certes, dans ce cas (c'est-à-dire une action contre la personne), légalement, se présente ; mais les divins empereurs ont aussi consacré qu'une revendication aussi, dans ce cas, devait être accordée ».*

pour que le moment où elle pourra être demandée soit indiqué. Il s'ensuit de là qu'elle n'est pas infirmée, bien que le donataire meurt avant le donateur, également comme si la donation avait été faite entre vifs, du fait qu'elle est transférée dans cet espoir de donation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 45. D'où, si quelqu'un n'a pas voulu qu'il soit donné à des héritiers étrangers, il doit veiller à ce que les biens donnés retournent au donateur ou à ses héritiers, le donataire étant mort sans enfants. Mais il est demandé, quand il a été donné d'une façon telle que les biens donnés retournent au donateur et quand le donataire est mort sans enfants, si le droit sur les biens donnés aura de là été obtenu aux enfants en tant qu'héritiers fidéicommissaires. Cela est refusé, du fait qu'ils ne sont pas présumés venir à ces biens avec le bénéfice du donateur, mais ils succèdent plutôt ab intestat par la force de la loi, si ce n'est dans ces endroits où cela a été introduit par une pratique ininterrompue, afin que ceux qui sont appelés à partir d'un testament soient aussi tenus comme placés sous une condition ou qu'à partir d'un concours de circonstances, il doive être présumé que le testateur a voulu quelque chose de tel, voir Voet, lib. 39, tit. 5, nb 44. Nous avons déjà traité ci-dessus aussi de ceux qui sont placés sous une condition liv. II, chap. XX, sur le § 5.

En outre, le donataire est grevé à bon droit d'un fidéicommis par le donateur, comme si le donateur avait ordonné que le dontataire restitue [le bien] à un tiers après sa mort. Mieux, cela procède à un point tel qu'immédiatement, l'obtention du droit naisse pour le tiers qui ne peut pas être ôté avec la révocation du donateur, même avec le consentement du donataire et, en cela, le donateur diffère de celui qui fait un fidéicommis, du fait que celui-ci peut être conduit au dernier souffle de sa vie à un regret ; voir Voet, lib. 39, tit. 5, nb 43.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXXVIII. La donation ayant été faite sous cette mesure que le donateur reçoive des aliments du donataire, si la mesure n'est pas remplie, est certes accordée une condiction à raison de la cause de ce qui a été donné, la cause ne s'étant pas ensuivie, mais la revendication utile du bien accordée à ce titre dans C. 8, 54 *(Des donations qui, sous une mesure, une condition ou à partir d'un certain moment, sont faites)*, 1, n'est pas considérée s'accorder avec nos usages.]

§ 14. La donation étant accomplie, le donateur est tenu à une délivrance [121] et aussi, le donataire acquiert en premier lieu un doit personnel à la propriété [122] et ensuite, la propriété elle-même [123]. [Mais le donateur n'est pas tenu à un intérêt à raison du délai de livraison] [124].

---

[121] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 53 (54), 35 § 5 ; *Institutes de Justinien*, II, vii *((Des donations)*, § 2.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 5 - Mais, si, certes, dans tous les cas ci-dessus dits, l'usufruit a été, par le donateur, retenu, la tradition est légalement entendue être faite. 5a - Si au contraire, le donateur ne l'a pas exprimé, si certes, la stipulation, dans la donation, a été insérée, à partir de l'autorité de celle-ci, la tradition doit être faite. 5b - Mais, si au contraire, cela a été laissée de côté et qu'il n'a pas détenu l'usufruit, à partir de notre loi, la nécessité ne lui pas moins imposée aussi de livrer ce qu'il a pensé donner, afin qu'à partir de cela, la donation ne soit pas sans effet parce que les biens n'ont pas été livrés et ne sera pas confirmée la donation, mais l'effet de la tradition suivra nécessairement la pleine libéralité selon notre loi établie comme très parfaite et le donateur aura la nécessité, par tout moyen, de livrer les biens ou une partie de la richesse qu'il a indiquée ou toute la richesse. 5c - En effet, du fait qu'au jugement de n'importe qui, il y a que soit fait ce qu'il a institué, il faut que celui-ci ne se lance pas vers cela, quand il s'est hâté d'en venir, avec certaines habiletés réfléchies, à frauder son propos et à protéger une si grande irréligion avec certains voiles quasi-légaux. 5d - Cela est d'autant plus ferme, si, à des actes pieux ou à des personnes religieuses, la donation a été assignée (l'observation des documents, dans ces moyens, selon ce qui, spécialement, par nous, dans les cas de cette sorte, a été ci-devant dit, devant être observée), afin que, dans les causes ci-devant dites, à partir de certaines machinations, non seulement comme irréligieux, mais aussi comme impie, le donateur soit entendu et il attendra non seulement les peines légales, mais aussi célestes. 5e - Et, les biens donnés dans tous les cas ci-dessus dits, non seulement ceux-ci, tant qu'ils sont vivants, mais aussi leurs successeurs sont contraints de les rendre non seulement à ceux auxquels la donation a été faite, mais aussi à leurs héritiers ».*

« § 2. Mais les autres donations sont celles qui, sans une pensée de la mort, sont faites, que nous appelons entre vifs. Celles-ci ne sont pas comparées à des legs qui, s'ils avaient été réalisés, au hasard, ne peuvent pas être révoqués. Mais elles sont réalisées lorsque le donateur a manifesté sa volonté dans un écrit ou sans écrit ; et, à l'exemple de la vente, notre constitution (cf. C. 8, 53 (54) 35 § 5) *a voulu que celles-ci aussi, en elles, aient la nécessité d'une tradition, de sorte que, si elles ne sont pas délivrées, elles aient une pleine et parfaite force, et la nécessité de la délivrance incombe au donateur. Et, du fait qu'en retour, les dispositions des empereurs voulaient celles-ci soient enregistrées dans des actes qui interviennent, si elles étaient plus grandes que deux cents sous, notre constitution* (cf. 8, 53 (54), 36) *a augmenté le montant jusqu'à cinq cents sous qu'elle a fixé tenir sans enregistrement et a trouvé certaines donations qui ne souhaitaient pas du tout qu'un enregistrement soit fait, mais aient en elles une très entière*

§ 15. Mais, pour empêcher la douceur excessive, **[269]** il est statué par les lois romaines que toute donation au-dessus de la valeur de cinq cents pièces d'or romaines [125], à l'exception des donations faite pour le rachat des captifs ou autrement, aux maisons religieuses ou aux pauvres, pour la construction de maisons brûlées ou abattues, à l'empereur, par l'empereur ou par les généraux en récompense des gens de guerre, en récompense des gens d'église, ne tiendraient pas ferme [pour ce qui est au-dessus de la ci-devant dite valeur] [126], à moins que celles-ci ne fussent enregistrées et notées dans un registre [127] ; de cela, je ne trouve rien dans nos lois [128], peut-être parce que la douceur n'a pas été ici trop grande.

---

fermeté ; en outre, nous avons trouvé beaucoup de choses pour une issue plus pleine des donations qui toutes, à partir de nos constitutions que, sur cela, nous avons posées, doivent être rassemblées. Cependant, il faut savoir que, quoique les donations soient très complètes, toutefois, si les hommes, sur lesquels l'avantage a été rassemblé, sont ingrats, aux donateurs, par notre constitution (cf. C. 8, 55 (56), 10)*, nous avons donné la possibilité, pour certaines causes, de les révoquer, afin que ceux qui ont apporté leurs biens à d'autres, par ceux-ci, ne souffrent pas une certaine injure ou perte, selon les mesures énumérées dans notre constitution ».*

[122] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 3.

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« La substance des obligations ne consiste pas en ce que quelque chose fasse nôtre un objet ou nôtre, une servitude, mais qu'une chose nous engage à donner quelque chose, à faire ou procurer quelque chose. 1 - Mais il n'est pas suffisant que les espèces monétaires appartiennent à celui qui les donne et deviennent celles de celui qui les reçoit pour que l'obligation naisse, mais qu'elles soient données et reçues avec cette intention que l'obligation soit établie. C'est pourquoi, si quelqu'un, pour le donner, m'a remis son argent, bien qu'il ait appartenu à celui qui le donne et soit devenu le mien, cependant, je ne serai pas obligé envers lui, parce que cela, entre nous, n'a pas été fait. 2 - Une obligation par échange de paroles aussi est établie, si, entre les contractants, cela est fait ; en effet, si, par jeu, par exemple, ou pour montrer une faculté de comprendre, moi, je t'ai dit "promets-tu ?" et que toi, tu as répondu "je promets", naît une obligation ».*

[123] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 20.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Martialis et donnée en 293 : *« Avec des traditions et des usucapions, les propriétés des biens sont transférées, non avec des pactes nus ».*

[124] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[125] (Note de Groenewegen) Certains juristes estiment chaque pièce d'or romaine à la valeur d'un angelot, voir Bodin, *Les six livres de la République*, liv. VI, cap. 3 ; Automne, *Conférence du droict françois*, liv. XXXVI, dernier § sur le mots *cæteris* ; Charondas le Caron, *Pandectes du droict françois*, chap. *De donations* ; Gail, *Observationes*, liv. I, cap. 18 ; d'autres, à la valeur de deux florins, voir *Consultatien van de Hollandsche rechtsgleerden*, part. I, avis 126 ; d'autres, à celle d'un ducat hongrois, voir Wesembeck, *Paratitla*, *De donationibus*, nb 6 ; Gœddeus sur D. 50, 16 [*De la signification des termes*], 232 à la fin. Cela a aussi été jugé par le Conseil de Frise, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 1, defin. 3 ; voyez Vinnen sur *Institutes de Justinien*, II, vii [*Des donations*]. Il est certain que cette pièce d'or romaine était le soixante-douzième d'une livre d'or, voir C. 10, 72, 5, Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. IV, decis. 188, nb 22 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 39, nb 1 et 2 ; Wurmser, *Observationes*, liv. I, tit. 50, obs. 11 ; Covarruvias, *De veterum numismatorum potestate*, cap. 3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, concl. 348, lettre M, nb 11 et le suivant. Du même poids, il y a aussi un double ducat ou aussi une double couronne française, voir Mornac sur C. 3, 44 [*Des actes religieux et des dépenses des funérailles*], 14 au début ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 10, 72 [*Des préposés receveurs et caissiers*], 5.

(Note du traducteur) L'angelot était une monnaie d'or frappée en Angleterre, ainsi nommée parce la figure d'un ange était représentée sur l'empreinte. Il pesait 4 deniers et était d'un or de 23 carats ¾ ; il avait été évalué en France en 1641 à 7 livres. Cf. Mr de Salzade, *Recueil des monnoies tant anciennes que modernes ou Dictionnaire historiques de monnoies*, Bruxelles, chez Jean-Joseph Boucherie, Dunkerque, chez Jean-Louis de Boubers, 1767, p. 75.

[126] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[127] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 53 (54), 34 et 36 ; *Institutes de Justinien*, II, vii *(Des donations)*, § 2.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Nous consacrons que toute donation commune ou faite avant les noces, d'un montant allant jusqu'à trois cents sous, n'a pas besoin de documents, mais a une fortune commune, de sorte que, jusqu'à un montant de deux cents sous, elle ne tient pas, mais que, dans une observation de cette sorte, tant les donations communes que celles faites avant les noces, sont semblables. 1 - Mais, si quelque chose a été donné au-dessus de la détermination légale, ce qui est en plus n'est non seulement pas valide, mais le montant restant qui, à l'intérieur des limites de la loi, a été établi, reste dans sa force tout à fait comme avec aucun autre ajout, mais cela est cru être entendu pour non écrit. 1a - Étant exceptées les donations tant impériales que celles qui, dans des causes très pieuses, sont faites ; de celles-ci, il a été consacré tant par les empereurs dans le passé que par nous que les donations impériales, certes, à juste titre, s'indignent d'être faites sous l'observation de documents, mais ont une ferme majesté propre ; mais nous pensons qu'autrement, ce que, pour la*

patrie, ils reçoivent, jusqu'au montant de cinq cents, sont sans documents. 1b - En outre, ces donations faites avant les noces qui sont faites à des adultes mineures établies dans leur propre droit d'un quelconque montant, selon les décrets des anciennes lois et à moins qu'avec l'intervention d'actes, elles ne soient corroborées, conservant leur fermeté. 1c - Mais, si au contraire, non en or, les biens de la donation avaient été donnés, mais par des biens meubles, immeubles ou se mouvant par eux-mêmes, leur montant est estimé et si, certes, jusqu'au montant légal des sous, il est élevé, celle-ci est valide et, sans documents, observée ; si au contraire, elle est trouvée d'un montant plus important et qu'avec des actes, elle n'a pas été approuvée, le surplus seulement est vide. 2 - Mais, afin qu'une mise en commun ayant été amenée pour le donateur et celui qui a reçu la libéralité, une dispute ne naisse pas, nous donnons le choix à celui qui aura eu un montant plus important sur le bien donné de proposer à celui qui a eu une moindre cause le montant de l'estimation restante et de posséder la totalité. 2a - Mais, si au contraire, il a préféré ne pas le faire, alors, par tout moyen, le bien est partagé selon le montant convenable aux deux parties, s'il est possible que le bien soit partagé sans leur risque. 2b - Si au contraire, dans des cas de cette sorte, dans lesquels le partage ne peut pas effectivement être fait, le propriétaire du montant le plus important n'a pas voulu proposer l'estimation, alors, il sera permis à celui qui a le pouvoir sur le moindre montant, de proposer le prix et de revendiquer la totalité pour lui. 3 - Si quelqu'un, à divers moments, à la même personne, fait de nombreuses libéralités, dont chacune, certes, n'excède pas le montant légal, composées sur un seul et dépassant la mesure ci-devant dite, elles sont considérées être en excédent et être d'un montant plus important, on ne considérera pas qu'il faille réunir celles-ci sur un seul et introduire les mesures par le biais desquelles elles ne seront pas valides et seraient révoquées en nullité, mais au contraire, plusieurs sont entendues et chacune tient solidement selon sa nature et, de l'observation des documents, n'a pas besoin. 3a - En effet, du fait que, par les anciens, sur cela, cela a varié, les uns déterminant celles-ci comme nombreuses, d'autres, comme unique, la cause nous a agréé comme plus humaine que de nombreuses soient entendues et toutes, valides, et que ceux qui reçoivent les libéralité sachent que leurs donateurs sont véritables, non faux. 4 - Mais, si quelqu'un a reçu une telle donation dans laquelle il a stipulé de payer à quelqu'un un montant annuel d'une somme qui n'excède pas la mesure légale de la donation, on variait [de savoir] si l'on devait estimer à partir d'une donation particulière celui-ci avait fait de nombreuses donations et que celles-ci n'avaient pas besoin d'actes ou si, à partir du fondement de toute la stipulation et de la source de ce à partir de quoi les donations annuelles ont découlé, que l'on devait penser que cette donation était unique et que, sans aucun doute, elle devait être fortifiée avec l'observation de documents. 4a - Quant au fait que les anciens, certes, on suffisamment et abondamment varié, nous, avec un certain partage, nous concluons que, si, certes, il y avait eu une donation de cette sorte, pour que, durant la vie des personnes du donateur ou du donataire, elle tienne bon, de nombreuses donations soient entendues libres de l'observation des documents. Le fait est que le résultat incertain du sort nous a conseillé qu'il est possible que le donateur ou celui qui a reçu la donation survive les mesures d'une seule année seulement, d'une période plus brève ou plus longue et qu'à partir de cela, on trouve que tout le montant de la donation n'excède pas le montant légal. 4b - Mais, si au contraire, il est fait mention des héritiers [issus] des deux parties ou qu'est ajouté le temps de la vie du donateur ou de celui qui recevra la donation, alors, la donation ayant été continuée et sa continuation rendant celle-ci importante et riche, une seule sera entendue, comme ayant été cumulée avec des donations plus compactes, excéder la mesure légale, par tout moyen, demander des actes et autrement, ne pas être valide ».

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Si quelqu'un a donné de l'argent pour le rachat de captifs, ou s'il a promis de donner une caution d'un montant quelconque, il saura qu'il n'aura pas de réclamation et ne pourra esquiver le recouvrement de la caution, parce que n'ont pas suivi des choses faites au sujet de l'enregistrement de ce montant (comme dans les donations), pour cette raison que celui qui reçoit l'argent, ou bien en guise de premier argent, ou bien après la caution, a la nécessité de remplir une très sacrée administration sans lui faire embarras ou sans causer d'inquiétude, ou bien de le demander à celui qui a versé l'argent, ou à d'autres qui ont été autorisés par l'autorité des lois, mais seulement de prêter serment qu'il versera réellement tout le montant, sans mauvaise foi ou quelque diminution, pour le rachat des captifs. 1 - De la même façon, nous délions de l'arrangement de ce qui a été fait les donations des biens mobiliers ou qui se meuvent eux-mêmes, que les très glorieux maîtres des soldats donnent aux très courageux soldats tant à partir de leur fortune qu'à partir des dépouilles des ennemis, qui sont reconnus passer leur vie soit dans une prise de possession même des guerres, soit dans des endroits quelconques. 2 - Nous accordons cette même libéralité de notre loi à ceux dont les demeures ont été détruites par un incendie, ou une ruine, à ceux qui, peut-être donnent de l'argent d'un montant quelconque, ou qui font une caution, afin qu'eux-mêmes ne craignent point une réclamation, mais qu'ils puissent faire un recouvrement de l'argent pour la reconnaissance de l'argent introduit, bien que ce qui a été fait ne s'en soit pas suivi, en ne leur accordant nulle possibilité de lever de l'argent, si ce n'est pour la réparation des maisons. Si quelque doute était né [pour savoir] si tout le montant, ou une partie de celui-ci avait été dépensé dans les constructions, cette maison du propriétaire serait interrompue. 3 - Pour les autres donations, qui, des actes étant intervenus, n'ont pas été insinuées, celles-ci étant valides sans distinction jusqu'à cinquante sous, nous décrétons à partir de la présente loi que cela doit être seulement ajouté pour accroître des donations de ce type, modérant notre loi précédente d'une époque antérieure, par laquelle on ordonnait que les donations faites jusqu'à trente sous et sans insinuation obtenait leur confirmation ».*

« § 2. Mais les autres donations sont celles qui, sans une pensée de la mort, sont faites, que nous appelons entre vifs. Celles-ci ne sont pas comparées à des legs qui, s'ils avaient été réalisés, au hasard, ne peuvent pas être révoqués. Mais elles sont réalisées lorsque le donateur a manifesté sa volonté dans un écrit ou sans écrit ; et, à l'exemple de la vente, notre constitution (cf. C. 8, 53 (54) 35 § 5) *a voulu que celles-ci aussi, en elles, aient la nécessité d'une tradition, de sorte que, si elles ne sont pas délivrées, elles aient une pleine et parfaite force, et la nécessité de la délivrance incombe au donateur. Et, du fait qu'en retour, les dispositions des empereurs voulaient celles-ci soient enregistrées dans des actes qui interviennent, si elles étaient plus grades que deux cents sous, notre constitution* (cf. 8, 53 (54), 36) *a augmenté le montant jusqu'à cinq cents sous qu'elle a fixé tenir sans enregistrement et a*

[**Note de Willem Schorer sur les note 127 et 128 de Groenewegen van der Made**

Grotius enseigne ici que, bien que la donation dépasse cinquante pièces d'or, les loi de Hollande ne requièrent aucune nécessité d'enregistrement, alors que, cependant, il a déclaré dans le § 4 que seule la donation en récompense était dispensée des lois prescrites à la donation.

Personne ne doute que cette solennité de l'enregistrement n'ait été remise à Utrecht par le duc d'Albe, voir Matthæus, *Parœmia*, par. 5, nb 16. À partir de là, il s'ensuit qu'il n'a pas été répondu à bon droit à Utrecht les 12 janvier 1654 et 13 décembre 1653 que cette donation non enregistrée dans les actes qui dépassait ce montant était invalide, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 74 et suivant, comme [le dit] aussi Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 18, nb 199. Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 110 en totalité, signale que, dans les usages du Brabant, [l'enregistrement] est sorti de l'usage, bien que, dans certaines provinces de la Belgique, comme aussi en Espagne et en France, il est requis.

D'autres sont cependant en désaccord et pressent [en disant] que l'enregistrement n'a nulle part été abrogé, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 82, p. 200 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 18 ; Carpzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. IV, tit. 7, resp. 56. Ils pensent qu'il est suffisant au regard des meubles et que l'on tient pour un enregistrement si la donation est délivrée solennellement devant la loi du lieu et, en tout cas, si elle a été confirmée par un serment, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. II, cap. 4, nb 26. Et beaucoup de docteurs aussi chez nous signalent que la donation [faite] devant un notaire et deux témoins doit être tenue à la place d'un enregistrement, voir van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *donatien*, § 2, p. 229 [éd. 1711]. Mais combien vaudra le sou ou la pièce d'or n'est seulement pas clair ; beaucoup pensent que le ducat de Hongrie doit être tenu pour une pièce d'or, voir Voet, lib. 39, tit. 5, nb 18 ; van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 8, nb 11. D'autres, pour le ducat, ont estimé le double et cela a été ainsi jugé par la Cour Suprême de Malines, bien que les sentences varient, rapporte van Christijnen, *Decisiones Curiarum Belgarum*, vol. IV, decis. 188, nb 22. Il y en a de nouveau d'autres la pièce d'or de plus de valeur que le tiers d'un sou, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, diff. 144, nb 3.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDLXXXIX. L'autorité du droit romai,n reçu approuve que la donation plus importante que conquante pièces d'or doit être enregistrée dans les actes, voir le thèse XVIII, cependant, d'une façoçn telle que la cession solennelle d'un bien immeuble faite en justice ou la déclaration [faite] devant un notaire et des témoins sur un bien meuble soit remplie à la place de l'enregistrement.]

§ 16. Une donation une fois faite reste en force et ne peut pas être révoquée [129],

---

trouvé certaines donations qui ne souhaitaient pas du tout qu'un enregistrement soit fait, mais aient en elles une très entière fermeté ; en outre, nous avons trouvé beaucoup de choses pour une issue plus pleine des donations qui toutes, à partir de nos constitutions que, sur cela, nous avons posées, doivent être rassemblées. Cependant, il faut savoir que, quoique les donations soient très complètes, toutefois, si les hommes, sur lesquels l'avantage a été rassemblé, sont ingrats, aux donateurs, par notre constitution (cf. C. 8, 55 (56), 10)*, nous avons donné la possibilité, pour certaines causes, de les révoquer, afin que ceux qui ont apporté leurs biens à d'autres, par ceux-ci, ne souffrent pas une certaine injure ou perte selon les mesures énumérées dans notre constitution ».*

[128] (Note de Groenewegen) Je trouve dans les coutumes d'Anvers, cap. 53, art. 4, que toutes les donations faites par des personnes qualifiées aussi sans insinuation sont valides et qu'à partir de cela, on peut agir en justice et demander tous le biens qui excèdent cinq cents pièces d'or. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, II, vii *(Des donations)*, § 2.

[129] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 53 (54), 35 § 5 à la fin.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« 5d - Cela est d'autant plus ferme, si, à des actes pieux ou à des personnes religieuses, la donation a été assignée (l'observation des documents, dans ces moyens, selon ce qui, spécialement, par nous, dans les cas de cette sorte, a été ci-devant dit, devant être observée), afin que, dans les causes ci-devant dites, à partir de certaines machinations, non seulement comme irréligieux, mais aussi comme impie, le donateur soit entendu et il attendra non seulement les peines légales, mais aussi célestes. 5e - Et, les biens donnés dans tous les cas ci-dessus dits, non seulement ceux-ci, tant qu'ils sont vivants, mais aussi leurs successeurs sont contraints de les rendre non seulement à ceux auxquels la donation a été faite, mais aussi à leurs héritiers ».*

§ 17. à moins que le donataire n'ait attenté à la vie du donateur, ne l'ait battu ou n'ait pensé rendre tous ses biens sans valeur. Une calomnie insultante ou un autre grand dommage reçu donne un même droit [130], excepté aux mères qui se sont données en secondes noces [131]. Des causes d'un même ou plus grand poids sont **[270]** tenues [être] de la même force [132] et, parmi celles-ci, dans le cas où le donataire, en ayant un moyen, ne veut pas entretenir le donateur dans son extrême nécessité [133]. [Après la mort du donataire, ces causes pour une révocation qui naissent d'une ingratitude contre les héritiers de celui-ci ne sont pas acceptées] [134].

§ 18. Une donation faite par quelqu'un de son bien, d'une notable partie de ce dernier ou d'une pièce d'une grande valeur [135] à l'époque où il n'avait aucun enfant et ni ne pensait probable d'en obtenir [136], est annulée dans le cas où il engendre des enfants par la suite [137] et les laisse [138], nés légitimes ou autrement légitimés [139].

---

[130] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 55 (56), 10.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« De façon générale, nous consacrons que toutes les donations faites légalement demeurent fermes et régulières, si celui qui reçoit la donation n'est pas trouvé ingrat envers le donateur, d'une façon telle qu'il répande contre lui des injures atroces, porte sur lui des mains impies, mette sur lui une masse de dépenses à partir de ses pièges, qui impose à la fortune du donateur une façon de penser non légère, qu'il lui a causé quelque péril pour sa vie, ou qui n'a pas voulu remplir certaines conventions, soit imposée à la donation par écrit, soit faites sans écrit, que le donataire avait promises. 1 - En effet, c'est seulement à partir de ces raisons, si elles ont été prouvées dans le jugement avec des arguments clairs, que nous accordons que les donations soient aussi retournées contre eux, afin qu'il n'y ait pour personne l'autorisation de saisir les biens d'autrui, de tourner en ridicule la frugalité du donateur, de ruiner le donateur lui-même et ses biens et qu'il soit affecté des ci-devant dits maux par l'ingrat donataire. 2 - Nous jugeons que cela tient seulement pour les premières personnes, en accordant aucune possibilité aux successeurs du donateur d'engager un commencement de plaintes de ce type. Le fait est que, si celui qui a lui-même souffert cela s'est tu, son silence restera toujours et on n'accordera pas qu'il soit ranimé par sa postérité contre celui qui est réputé être ingrat, soit contre ses successeurs ».*

[131] (Note de Groenewegen) Voir C. 8,55 (56), 7.

Constitution de Constantin et Constant à Philippe, donnée en 349 : *« Aux seules mères qui n'ont pas épousé en secondes noces, mais qui se trouvent seulement dans un unique mariage, nous accordons ainsi la faculté de révoquer les donations qu'elles ont faites à leurs fils, s'ils ont montré qu'ils avaient été ingrats envers elles. Quoi que celui qui se voit arguer par sa mère une impiété tienne au titre de la donation, en ce jour où tout début de la dispute est accordé sur ordre du juge, il sera contraint de la rendre à sa mère. Du reste, ce qui a été légalement encore fait par une mère pacifique et ce qui a été, avant le début de la dispute, vendu, donné, changé, remis en dot et aliéné avec d'autres raisons légitimes, nous ne le révoquons pas. Mais nous voulons que l'action de la mère soit personnelle, d'une façon telle qu'elle ait seulement l'effet d'une réclamation, qu'elle ne soit pas accordée contre l'héritier, ni donnée à l'héritier. Aussi quant au reste, qui appartient à une utilité monstrueuse et à une pudicité rejetée, nous pensons qu'il y a été suffisamment pourvu. En effet, quel est celui qui aurait jugé qu'il fallait leur donner quelque chose, du fait que même à celles qui ont légalement contracté des secondes noces seulement, nous avons voulu que rien n'ait été donné sur le fondement de ces privilèges ? »*

[132] (Note de Groenewegen) Voir la glose sur C. 8, 55 (56) [*De la révocation des donations*], 10 ; Clarus, § *donatio*, quæst. 21, nb 3.

[133] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *donatio*, dans ladite quæst. 21, nb 3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 711, nb 18, lettre D.

[134] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[135] (Note de Groenewegen) Voir *Codex Fabrianus*, [liv. VIII, tit. 37] *De donatione revocata*, defin. 9 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 340, nb 5-6 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 712, nb 39 avec les suivants, lettre D ; Clarus, § *donatio*, quæst. 22, nb 5 ; Fachinæus, *Controversiarum opus,* liv. III, cap. 88 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, caus. 133.

[136] (Note de Groenewegen) Voir *Codex Fabrianus*, liv. VIII, [tit. 37] *De revocata donatione*, defin. 2 et 7.

[137] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 55 (56), 8.

Constitution de Constantin et Constance adressée à Orphitos, Préfet de la ville, et donnée en 355 : *« Si jamais, un patron qui n'a pas de fils a généreusement donné à ses affranchis tous ses biens ou une partie de ses richesses, avec une donation et que, par la suite, il a engendré des enfants, tout ce qu'il avait largement donné reviendra, restant au jugement et à l'autorité du donateur lui-même ».*

[138] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *donatio*, quæst. 23, nb 9 ; Tusch, *Practicæ conclusiones,* vol. II, concl. 712, nb 14 et les suivants, lettre D. Mais voyez avec cela Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. III, cap. 90 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 340, nb 9-10.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 135, 136 et 137 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale que la donation faite par un homme sans enfants est à bon droit révoquées à raison de la survenance d'enfants et cela a été ainsi reçu dans la pratique communément et jugé en France dans la cause du très célèbre avocat Charles Dumoulin qui, conduit par une inopportune libéralité, avait donné tout son patrimoine à son frère, mais, à raison d'enfants nés par la suite, il a recouvré ses biens, et ainsi l'a jugé aussi en Flandre la Cour en 1700, voir *Précis du droit Belgique*, § 4, p. 117, et cela, à raison de C. 8, 56 *(De la révocation des donations)*, 8 et ainsi aussi, Brunemann sur cette loi. Cette révocation est plus favorable que celle fait à raison de l'ingratitude ; il a été jugé que, pour cette raison, elle était aussi accordée à l'héritier, bien que le donateur ne soit jamais plaint, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 12, defin. 40. Il y en a cependant qui sont en désaccord, comme le signale Brunnemann à cet endroit, et sont d'avis que le cas de la loi est particulier et que, pour cette raison, il ne doit pas être étendu du patron à n'importe quel donateur.

Toutefois, une telle révocation n'est pas tendue aux donations en récompense selon ce qui est rapporté par l'auteur, § 3, dans la note 100, et par Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. Ii, const. 11, defin. 34, ni pour la libéralité faite à un fiancé ou une fiancée par un tiers pour les noces qui vont s'ensuivre ne s'ensuivent pas, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 18, comme cette donation faite à un absent dans les pactes dotaux sera valide et n'a pas besoin d'une acceptation, voir Abraham van Wesel, *De connubiali bonorum societate*, tract. II, cap. 1, nb 86.]

[**Sur la note 139 de Groenewegen van der Made**

L'auteur ne fait aucun différence ici entre les enfants légitimés et les enfants légitimes ; ce qui est très vrai, du fait que les enfants naturels, également comme les enfants légitimes, ont le plus entier droit de succéder aux biens paternels, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus sur le liv. II, chap. XXVI, § 12, sur la note 673, ainsi, de sorte que, dans ce cas, la révocation ne doit pas être refusée à la donatrice.

Du reste, si les enfants à raison desquels la révocation de la donation a été faite, meurent avant le donateur, il est demandé ce qu'il en sera du droit. On distingue s'ils auront cédé au destin avant ou après la révolcation. Dans le premier cas, la possibilité de révoquer est considérée disparaître, en partie parce que, déjà, cesse la cause de la révocation, en conséquence aussi, son effet, en partie parce que la chose n'en vient pas à ce cas à partir duquel elle ne peut pas commencer. Dans l'autre cas, les enfants nés étant prédécédés, la révocation reste ferme, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 19, [titre] où aussi, il examine différentes questions sur la survenance d'enfants, nb 30, 31 et 32.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXC. Du fait qu'il a agréé que la donation faite par un homme sans enfants puisse être révoquée dans le tribunal à raison de la survenance d'enfants, les controverses qui tombent quant à ce droit doivent être réglées à partir des termes de C. 8, 56 *(De la révocation des donations)*, 8 ; d'où, il est à bon droit approuvé qu'au seul donateur, non de même aux enfants ou aux héritiers, cette possibilité de révocation de la donation se présente.]

§ 19. Mais si ce que quelqu'un faisait autrement une certaine donation à l'un de ses enfants ou à un étranger par quoi son patrimoine est amoindri à un tel point que ses enfants ne tiendraient pas la part légale qui leur appartient dans la succession de leur père aussi sans sa dernière volonté, ainsi, les enfants qui, par cela, seraient préjudiciés, pourraient rompre la donation comme ils pourraient le faire à l'égard de la dernière volonté [contraire aux devoirs] et non plus loin [140], à moins que la donation ne fût faite à un étranger avec le

---

[139] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *donatio*, dans ladite quæst. 23, nb 6 ; Mynsinger, *Centuriæ*, V, obs. 64, nb 5 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, dans ladite concl. 712, nb 46 avec les suivants, lettre D.

[140] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de C. 3, 28 *(Du testament contraire aux devoirs)*.
Ce titre comprend 37 constitutions.

dessein de porter un préjudice aux enfants, dans lequel cas la totalité de la donation ne marcherait pas [141].

[**Note de Willem Schorer sur la note 140 de Groenewegen van der Made**

La plainte de donations contraire aux devoirs n'est pas une action principalement sur un bien ou ou certaine sorte de réclamation de succession, mais plus une action sur la personne, à savoir une condiction venant de la loi. Cependant, dans les autres, on marche presque d'un même pas, du fait que la plainte de testament contraire aux devoirs se présente aussi aux personnes, car elle est accordée aussi aux enfants d'un degré plus éloigné et aussi, aux enfants émancipés, mieux, aux enfants naturels, pourvu qu'elle ne soit pas quant à une donation immodérée de la mère. Aux parents lésés sur la légitime à raison d'une donation contraire aux devoir des enfants nés, elle n'est pas refusée, ni aux frères germains ou consanguins, mais non aux frères utérins, chaque fois que la légitime a été diminuée par une donation immodérée faites à ces personnes honteuses. Cette plainte est soulevée à l'imitation de la plainte de testament contraire aux devoirs contre les donataires et tend à ce que la donation soit annulée, non en totalité, mais pour ce qui touche la légitime, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 37. En outre, il faut relever que, si les donations ont été faites à divers moments, toutes doivent être annulées à proportion, non les seules postérieures, voir Voet, lib. 39, tit. 5, nb 38.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCI. Si toute la légitime a été enlevée par le biais d'une donation contraire aux devoirs aux enfants, ils doivent agir en justice avec une condiction pour le complément de la légitime, voir C. 3, 29 *(Des donations contraires aux devoirs)*, 30, jointe à C. 3, 29, 9 et à la Novelle XCII. Si rien ne leur a été laissé, avec la plainte de donation contraire aux devoirs, toute la donation est annulée, à moins qu'elle n'ait été faite au fils pour lequel la part filiale doit être sauvegardée.]

§ 20. Ce qui est donné en considération d'un mariage souhaité doit être rendu, le mariage ne s'étant pas ensuivi [142]. En outre, pour ce qui concerne les présents de mariage, **[271]** on trouvera ci-dessus [143] ce qui est dit de la communauté des biens.

[**Note de Willem Schorer sur la note 142 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que les donations à cause de noces, les noces ne s'étant pas ensuivies, sont annulées, et Cornelis van Alkemade avec Pieter van der Schelling, *Nerderlands displegtigheden (Cérémoniaux des Pays-Bas)*, part. I, p. 226, et Brunemann sur C. 5, 3 *(Des donations avant les noces ou à raison des noces et des fiançailles)*, 9, [le disent] plus longuement. Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 46, nb 10, rapporte que cela n'est pas en accord avec les usages du Brabant. En tout cas, le

---

[141] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *donatio*, quæst. 24, nb 2 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 685, nb 6-7, lettre D. Mais voyez Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VI, cap. 84 ; Azon sur C. 3, 28 [*Du testament contraire aux devoirs*] ; *Codex Fabrianus*, [liv. III, tit. 19] *Du testament contraire aux devoirs*, defin. 3 à la fin.

[142] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 5, 1 § 1 ; *Institutes de Justinien*, II, vii *(Des donations)*, § 3.

Extrait du livre XVII des *Digestes* de Julianus : *« 1 - En conséquence, quand nous disons qu'entre un fiancé et une fiancée, la donation est valide, de l'appellation propre, nous usons et nous montrons le fait qu'elle provient de celui qui, à raison d'une libéralité, donne quelque chose pour qu'immédiatement, cela devienne [la propriété] de celui qui reçoit et que jamais, en aucun cas, il n'a voulu qu'à lui, cela soit retourné. Mais, quand nous disons que, si, le fiancé, à sa fiancée, donne avec cette intention que, le mariage ne s'était pas ensuivi, le bien soit enlevé, il peut être réclamé, nous ne disons pas le contraire de [ce qui a été dit en] premier, mais nous accordons qu'entre ces personnes, est faite cette donation qui, sous condition, sera résolue ».*

« § 3. Mais certes le premier, notre divin père Justin, alors que l'on avait permis d'accroître les dots après les noces, si quelque chose de tel survenait permit que soient aussi accrues les dots avant les noces par sa constitution, les mariages étant constants ; cependant, le nom restait inconvenant, alors qu'il était appelé avant les noces et qu'il recevait une telle augmentation après les noces. Mais nous, désirant livrer les constitutions à une fin plus entière et considérant que les noms étaient conséquents pour les choses, nous avons établi que de telles donations ne seront pas seulement accrues, mais aussi qu'elles recevront leur début, le mariage étant constant et non avant les noces, mais seront appelées à cause des noces et équivaudront aux dots de sorte que, de même que les dots ne sont pas augmentées, le mariage étant constant, mais se font aussi, de même ces donations, qui ont été introduites à cause des noces, ne précéderont pas seulement le mariage, mais aussi seront augmentées et établies avec ce contrat ».

[143] (Note de l'éditeur) Voir le liv. II, chap. XII, §§ 16-17.

mariage ayant été dissous, cette donation revient au mari, mais lui étant mort, à ses héritiers, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 42, defin. 1, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. VI, tit. 1, resp. 5, nb 2, et *Decisiones illustres*, part. II, decis. 168, nb 8 et 9. Anciennement cependant, si les fiançailles avaient été célébrées oralement et que le fiancé était mort avant la célébration du mariage, les donations échoyaient pour la moitié à la fiancée ; autrement, elles devaient être rendues au fiancé, voir Heemskerk, *Batavische Arcadia*, p. 160, et dans les notes. Toutefois, cette donation ou cette largesse des fiançailles diffère du douaire, bien que d'autres les confondent faussement, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 7, aux mots *Unde manifestum est* - "D'où, il est clair". Van den Berg, *Consila jurisconsultorum Batavorum*, part. II, p. 73, tient *ex professo* la raison de la différence.]

§ 21. Toutes les donations sont interprétées de façon très stricte pour charger le moins le donateur [144].

---

[144] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 22, 3, 25 ; D. 39, 5, 7.

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« Quand, au sujet d'un indu, une demande est faite, qui doit prouver qu'il n'y avait pas de dette ? La chose doit être tempérée d'une façon telle que, si, certes, celui qui est réputé avoir reçu le bien ou l'argent indu l'a nié, que celui-là même qui l'a donné, avec les preuves légales, a prouvé le paiement, sans aucune distinction, celui qui a nié avoir reçu l'argent, s'il veut être entendu, doit être contraint à fournir des preuves qu'il a reçu un argent dû ; le fait est qu'il est tout à fait absurde que celui qui a, dès le commencement, nié avoir reçu l'argent, après avoir été convaincu de l'avoir reçu, réclame de son adversaire la preuve de ce qui n'est pas dû. Mais, si au contraire, dès le commencement, il a certes confessé avoir reçu l'argent, mais qu'il dit aussi qu'un argent indu ne lui a pas été payé, il n'est personne qui doute, il va sans dire, que la présomption est en faveur de celui qui le reçoit ; en effet, celui qui paie n'est jamais bouleversé d'une façon telle qu'il jette facilement son argent et dissipe des sommes indues, et surtout, si celui-là même qui a remis un indu dit qu'il est un homme diligent et un père de famille appliqué, dont il est incroyable que la personne, sur quelque chose, se trompe facilement. Et c'est pourquoi celui qui dit avoir payé un argent indu est contraint de prouver que, par le biais d'un dol de celui qui le reçoit ou de quelque juste cause d'ignorance, l'indu a été, par lui, payé, à moins qu'il n'ait montré que celui-ci n'avait aucune réclamation. 1 - Mais, si au contraire, celui qui se plaint d'un indu est pupille, un mineur, une femme ou, peut-être, un homme d'un âge accompli, mais un soldat ou cultivateur d'une terre et habile dans les affaires judiciaires, ou autrement, jouissant d'une simplicité et adonné à la paresse, alors, celui qui a reçu l'argent prouvera qu'il l'a bien reçu et que celui qui lui était dû a été payé et, s'il ne le montre pas, il [doit être rendu]. 2 - Mais, cela ainsi, si celui qui l'a remis soutient que tout le montant indu a été payé. Mais, si au contraire, à la faveur d'une partie, il se plaint, parce qu'une partie de l'argent payé n'est pas due ou parce que, dès le commencement, certes, il y avait une dette, mais que, la dette ayant été payée, par la suite, ne le sachant pas, de nouveau, il a payé ou qu'avec une exception, protégé, avec l'erreur de celui-ci, il a dépensé l'argent, lui-même, de toute façon, prouve qu'il a payé plus qu'il était dû, qu'il a dépensé l'argent déjà payé, le paiement ayant été réclamé par erreur ou, protégé avec une exception, ne le sachant pas, il a jeté son argent, selon la règle générale qui réclame que le prouvent ceux qui affirment que les exceptions doivent être opposées ou soutiennent qu'ils ont payé les dettes. 3 - Mais, pour toutes ces vues que nous avons mises en avant, la possibilité doit être accordée à celui auquel la charge de la preuve incombe, à son adversaire, quant à la vérité de la chose, de déférer le serment, d'abord, lui-même, pour la fausse accusation, faisant le serment, pour que le juge, suivant la foi du serment, puisse ainsi former sa sentence, en maintenant à celui-ci le droit d'en rapporter le caractère sacré. 4 - Mais cela, quand, quant au paiement de l'indu, la question se trouve. Mais, si au contraire, une garantie est réputée, de façon indue, avoir été exposée et, confusément, le dit, alors celui pour lequel la garantie a été exposée est contraint de prouver qu'il y a une dette qui, dans la garantie, est amenée, à moins que celui-là même, spécialement, qui a exposé la garantie n'ait expliqué les causes pour lesquelles il avait écrit celle-ci ; alors, en effet, il faut que celui-ci s'en tienne à sa confession, à moins qu'avec des très claires preuves, dans des écrits, tenues, il ne se soit préparé à prouver qu'il n'avait pas indûment promis ».*

Extrait du livre XLIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Un fils de famille ne peut pas donner, s'il n'a pas la libre administration de son pécule : en effet, la libre administration d'un pécule ne lui est pas accordée pour qu'il le perde. 1 - Qu'en est-il donc, si, ému par une juste raison, il donne, pourra-t-il être dit qu'il y a lieu à une donation ? Cela sera plus approuvé. 2 - Voyons de même, quand quelqu'un, à un fils de famille, a accordé la libre administration de son pécule, de sorte que, nommément, il a ajouté qu'il la lui avait accordée pour qu'il puisse aussi donner, s'il y aura lieu à une donation. Et je ne doute pas qu'il puisse aussi donner. 3 - Parfois aussi, à partir de la personne, cela pourra être conclu ; pose, en effet, que le fils appartienne à la dignité sénatoriale ou à quelque autre dignité ; pourquoi ne diras-tu pas que le père, à moins qu'il ne lui ait spécialement enlevé la faculté de donner, est considéré la lui avoir accordée, tandis qu'il lui donne la libre administration de son pécule ? 4 - Mais, pour la même raison, avec laquelle le fils de famille se voit interdire de donner, aussi à cause de mort, il se verra interdire de donner ; en effet, bien qu'à partir de la volonté de son père, il puisse aussi donner, cependant, quand cesse la volonté, sera aussi interdite cette donation. 5 - Mais, en effet, il faudra se rappeler que, si celui auquel il a été aussi permis de donner, s'il n'a pas été spécialement permis de donner à cause de mort, ne peut pas, à cause de mort, donner. 6 - Tout cela aura lieu pour les civils ; du reste, ceux qui ont un pécule des camps ou comme des camps se trouvent dans cette condition de pouvoir donner à cause de mort et non à cause de mort, du fait qu'ils disposent du pouvoir de faire un testament ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 144 de Groenewegen van der Made**

La donation est de droit strict, par conséquent, elle n'admet aucune extension. De là, si quelqu'un a simplement donné tous ses biens, seuls les actuels, non de même les futurs, sont entendus avoir été donnés ; et si quelqu'un a donné des biens meubles et des biens immeubles, les biens incorporels ne sont pas jugés avoir été donnés, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 10.]

§ 22. Là, il y a une sorte de donation qui est appelée à cause de mort, à savoir quand quelqu'un qui pense à sa mort, livre à un autre quelque chose actuellement ou le fait sans une délivrance [145].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCII. Du fait que la donation à cause de mort est semblable à la dernière volonté, elle doit être faite en présence de cinq témoins ou devant un notaire et deux témoins.]

§ 23. Cette donation a, dans l'exécution, tout en commun avec les legs qui sont faits par une dernière volonté [146] et, semblablement, est soumise à la soustraction du quart [147] ; elle peut aussi être révoquée entre vifs [148] et vient à dépérir d'elle-même dans le cas où le donataire meurt avant le donateur [149], bien que, des deux côtés, la livraison soit faite [150] ;

---

[145] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 39, 6 *(Des donations à cause de mort)* et de C. 8, 56 (57) *(Des donations à cause de mort)*. Voyez en outre Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. V, cap. 22-23 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. III, præs. 35 ; Michael Grass, art. 4 *Donatio mortis causa* ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 1, defin. 3.

Le titre 6 du livre 39 du Digeste comprend 44 extraits et C. 8, 56 (57), 4 constitutions.

[146] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, vii *(Des donations)*, § 1.

« § 1. La donation à cause de mort est celle qui, à raison d'une suspicion de mort, est faite, lorsque quelqu'un donne d'une façon telle que, si quelque chose, conformément à la nature humaine, lui arrivait, l'obtiendrait celui qui l'a reçue ; mais si au contraire, a survécu celui qui a donné, il la recouvrerait, ou s'il regrettait lui avoir donné ou si était mort le premier celui auquel il a été donné. Ces donations à cause de mort, à l'exemple des legs, ont été ramenées pour tout. Car, du fait qu'aux jurisprudents, il était douteux [de savoir] si, à l'instar d'une donation ou d'un legs, il fallait que celle-ci tienne, elle avait les marques de certaines causes des deux, et d'autres, à une autre espèce, la ramenaient ; il a été établi par nous dans une constitution (cf. C. 8, 56 (57), 4) *qu'en presque tout, dans les legs, elles seraient comptée et que l'on procède ainsi, comme l'a mise en forme notre constitution. Et, avec une suprême cause de mort, a donation se trouve, quand quelqu'un a plus voulu être que celui auquel il est donné et plus celui auquel il est donné que son héritier, ainsi, chez Homère, Télémaque donne-t-il à Piræos* (Od. XVII, vers 78-83) *:*

"Piræos, nul ne sait comment les choses vont tourner.
Si les fiers prétendants doivent me tuer en cachette
Dans ma demeure et se partager toutes mes richesses,
Plutôt que l'un d'entre eux, que ce soit toi qui en jouisses !
Mais si c'est moi qui leur inflige une sanglante mort,
Quel bonheur pour moi de les prendre et pour toi, de les rendre !" ».

[147] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 50, 5 et 9.

Constitution d'Alexandre à Samosate, donnée en 223 : *« Si tu peux prouver qu'à cause de mort ta mère a apporté des donations sans mesure à ta sœur, de la raison de la Loi Falcidie, selon la constitution du divin Sévère, mon grand-père, tu peux user ».*

Constitution de Gordien adressée à Mestrianus et donnée en 238 : *« L'erreur de fait, à partir d'une cause de fidéicommis n'empêche pas la répétition du quart non conservé. Mais celui qui, sachant qu'il peut la conserver, a restitué la totalité n'a pas de condiction ; mieux même, s'il a ignoré le droit, la répétition cesse ».*

[148] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, vii *(Des donations)*, ledit § 1.

Ce § est donné dans la note 142 ci-dessus.

[149] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 6, 23.

Extrait du livre II des *Questions* d'Africanus : *« Si, à un fils de famille, à cause de mort, une donation a été faite, que, du vivant du donateur, est mort le fils et que son père vit, il a été demandé ce qu'il en sera du droit. [Africanus] a répondu qu'avec la mort du fils, une condiction se présentait, si seulement, plus au fils lui-même qu'au père, celui qui va donner a donné ; autrement, si, comme de son ministère, son père a usé, la mort de ce même père doit être envisagée. Et cela appartiendra à la règle, si, quant à la personne d'un esclave, la question est posée ».*

mais, en ce qui concerne cela, cette donation est comprise sous les lois qui parlent d'un acte entre vifs [151], d'où il s'ensuit que les personnes qui ne peuvent pas aliéner leurs biens entre vifs, comme les mineurs et d'autres, aussi, ne peuvent pas faire ces donations [152]. Il y a aussi à observer que cette donation étant faite légalement et par celui qui en a le pouvoir existe, même si la succession du donateur n'est pas déjà acceptée [153], bien que le legs vienne alors à périr [154]. De plus, quand quelqu'un, en danger de mort, donne à un autre quelque chose sans le livrer et, par la suite, retrouve la santé, une donation **[272]** de cette sorte est tenue pour être tacitement révoquée [155].

[**Note de Willem Schorer sur la note 146 de Groenewegen van der Made**

Voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 56 *(Des donations à cause de mort)*, 4. En ourre, il faut ov-bserver que le donateur n'est ordinairement pas tenu de l'éviction, à moins, cependant, qu'un dol ne soit intervenu, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 34, defin. 23, ce qui tombe aussi pour la donation en récompense, de même dans ledit endroit, defin. 24.]

[**Sur la note 152 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne que les mineurs ne peuvent pas donner à cause de mort ; ce qui ne procède pas ainsi simplement ; en effet, s'ils donnent à bon droit à cause de mort à ceux auxquels il a été permis de tester, principalement à raison de la clause codicillaire ajoutée ordinairement, avec laquelle le testateur demande que sa dernière volonté soit valide, selon le droit du testament ou du codicille, ou d'une donation à cause de mort, elle ne tourne pas à un plus grand préjudice envers le mineur qui donne à cause de mort qu'à celui qui soutient la dernière disposition, du fait que les deux peuvent être révoquées. De là aussi, comme l'observe l'auteur lui-même, § 25, note 159, dans l'édit de Charles Quint, dont nous avons traité ci-dessus, il a été interdit aux mineurs

---

[150] (Note de Groenewegen) Voir ladite loi de D. 39, 6, 23.

[151] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *De donationibus mortis causa*, nb 6.

[152] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 3, 1 § 1 ; D. 39, 6, 25 § 1 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 6.

Extrait du livre XXXVI sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - D'où, il est demandé chez Julianus, dans le livre XXI de ses Digestes, quand le tuteur, au pupille, a accordé son autorisation pour une donation à cause de mort, si, de l'action de tutelle, il sera tenu. Et il dit qu'il en est tenu ; car, de même que la confection d'un testament, dit-il, aux pupilles, n'a pas été accordée, de même, les donations à cause de mort ne doivent pas être permises ».*

Extrait du livre IX des *Institutes* de Marcianus : *« 1 - Le fils de famille qui ne peut pas faire un testament, ni avec la volonté de son père, cependant, à cause de mort, peut, son père le permettant, donner ».*

[153] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 39, 6, 25.

Extrait du livre IX des *Institutes* de Marcianus : *« Tant celui qui fait le testament que celui qui ne le fait pas, à cause de mort, peuvent donner. 1 - Le fils de famille qui ne peut pas faire un testament, ni avec la volonté de son père, cependant, à cause de mort, peut, son père le permettant, donner ».*

[154] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 181.

Extrait du livre I[er] *Sur Vitellius* de Paul : *« Si personne n'entre dans une succession, toute la force du testament est anéantie ».*

[155] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 6, 29 et 35 § 3 ; Clarus, § *donatio*, quæst dernière, nb dernier ; Costalius sur D. 12, 1 *(Des biens prêtés, si un montant certain est demandé, et de la condiction)*, 19 ; Covarruvias, *De testamentis*, part. III, nb 23, dans le passage commençant par *secundo.*

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, à cause de mort, un bien a été donné et que s'est rétabli celui qui l'a donné, il faut voir s'il aura une action sur le bien* (in rem). *Et, si, certes, quelqu'un a ainsi donné, de sorte que, si sa mort est survenue, alors, l'aurait celui auquel il en a été fait don, sans aucun doute, le donateur pourra réclamer le bien ; celui-ci étant mort, alors, [le pourra] celui auquel le don a été fait. Mais, si [c'est] ainsi, de sorte que, déjà maintenant, il l'ait et qu'il le rende s'il s'est rétabli ou que, de la guerre ou de l'étranger, il est rentré, il peut être défendu que [l'action] sur le bien* (in rem) *se présente au donateur, si quelque chose de cela est arrivé, mais, dans l'intervalle, [elle se présente] à celui auquel le don a été fait. Mais, dans la mort, a pris les devants celui auquel le don a été fait, encore, on accordera [une action] sur le bien* (in rem) *au donateur ».*

Extrait du livre VI *Sur les Lois Julia et Papia* de Paul : *« 3 - En conséquence, celui qui, à cause de mort, donne, avec cette part, pense à lui et administre l'affaire, à savoir pour que, s'il s'est rétabli, cela lui soit rendu ; [ceux qui suivent] Cassius n'ont pas douté qu'avec une condiction cela puisse être réclamé comme si l'affaire ne s'était pas ensuivie à cause de cette raison que ce qui est donné ou donné d'une façon telle que tu fasses quelque chose, que moi, je fasse quelque chose, que Lucius Titius [le fasse] ou qu'il obtienne quelque chose, en cela, la condiction s'ensuit ».*

de [moins de] vingt-cinq ans de donner à cause de mort aux tuteurs ou aux curateurs ; ce qui aurait été disposé en vain, si toute donation à cause de mort avait été interdite simplement et sur tout. Mieux, à l'épouse sans le consentement du mari, il est permis de donner à cause de mort, bien qu'elle ait été soumise à la puissance maritale, à un point tel qu'elle ne contracte à bon droit ni ne donne, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 39, tit. 5, nb 5, pourvu que durant la minorité, le bien ne soit pas livré. La raison en est que, dans les donations à cause de mort, on considère non le moment de la donation, mais le moment de la mort, voir Voet, lib. 39, tit. 5, nb 6.]

[**Sur la note 154 de Groenewegen van der Made**
La clause codicillaire produit aussi cet effet que, la succession ayant été refusée, les legs ne s'écroulent pas.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
CDXCIII. De ce même principe, il s'ensuit que ceux qui peuvent faire un testament peuvent donner à cause de mort.]

§ 24. Un homme, une femme qui est mariée avec un homme ou une veuve qui a des enfants du précédent lit ne peut, ni par une donation entre vifs, ni faire à cause de mort jouir de plus d'une part d'enfant [156], dans un sens semblable comme il a été ci-dessus dit de la dernière volonté [157].

---

[156] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 9, 6.
Constitution de Léon et Anthemius adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donnée en 478 : *« Avec cette loi édictale qui vaudra à perpétuité, nous consacrons que, si, d'un premier mariage, des enfants ayant été procréés, le père ou la mère, vers de secondes ou troisièmes noces ou les vœux d'un mariage ultérieur répété, a migré, il ne leur sera pas licite de laisser à la marâtre ou au parâtre dans un testament sans un écrit ou dans un codicille, selon le droit de succession, au titre d'un legs ou d'un fidéicommis, plus ni d'apporter au titre de la dot ou d'une donation avant les noces ou une donation ayant été faite à cause de mort, ni d'inscrire des donations entre vifs (qui, bien que, le mariage durant, selon le droit civil, sont interdites, cependant, avec la mort du donateur, pour certaines causes, sont ordinairement confirmées) qu'à un fils ou une fille, si l'un ou l'une existe. 1 - S'il y avait plusieurs enfants, chacun n'ayant pas plus de parts égales que ce qui, à chacun d'eux arrive, à leur parâtre ou à leur marâtre, il sera permis de le transférer. 2 - Mais, si, les parts n'étant pas égales, à ces mêmes enfants, les richesses rappelées sont passées, alors aussi, il ne sera pas permis qu'à leur parâtre ou leur marâtre, le testateur laisse, donne ou, au titre de la dot ou de la donation avant les noces, apporte plus que le fils ou la fille a, auquel une plus petite part, dans la dernière volonté, a été donnée ou laissée, d'une façon telle que le quart qui est dû à ces mêmes enfants à partir des lois, en aucune manière, ne soit diminué, si ce n'est pour ces causes qui, quant au testament contraire aux devoirs, excluent les plaintes. 3 - Nous pensons que cette observation aussi pour les personnes du grand-père ou de la grand-mère, des petits-fils ou des petites-filles, de même, des arrière-petits-fils et des arrière-petites-filles, qu'ils soient sous puissance ou qu'ils aient été émancipés, à ceux qui viennent de la ligne paternelle ou maternelle, est gardée. Mais si au contraire, quelque chose, plus qu'il a été statué a été laissé ou donné au parâtre ou à la marâtre, nous ordonnons que ce qui a été laissé ou donné en plus, en tant que non écrit, ni laissé ou donné, aux personnes des enfants, est déféré et partagé entre elles, cessant toute tromperie, si, par quelque moyen, par l'intervention d'une personne ou avec n'importe quel autre moyen, elle avait été réfléchie. 4 - À cela, nous ajoutons ceci, [à savoir] que l'épouse, dans les cas dans lesquels elle est contrainte de conserver les donations [faites] avant les noces, aussi les autres biens à elles dévolus par le mari, selon les statuts des premières lois pour les enfants communs, comme paternels, c'est-à-dire quand, le mariage ayant été dissous par la mort du mari, elle en vient à d'autres noces, elle sera maîtresse aussi de l'usufruit des aliments civils seulement durant les temps de sa vie, leur aliénation étant totalement interdite. 5 - Mais une fois tenue l'estimation des biens mobiliers à de justes prix par le biais de ceux que chacune des deux parties aura choisis comme arbitres pour en juger, avec l'intervention d'un serment, [l'épouse] aura de la même façon l'usufruit, si elle a fourni la garantie appropriée qu'elle restituera selon la façon des lois ces mêmes biens mobiliers, ou leur prix, aux fils et aux filles nés de ce même mariage, ou après leur mort, aux petits-fils et petites-filles nés de ces mêmes enfants, s'il arrivait qu'elle meure, tous, ou bien un ou une seule étant survivants ; 6 - et de façon certaine, si elle l'a différé ou n'a pas été capable de fournir les garanties appropriées, les biens mobiliers ci-devant dits, non encore remis par les enfants à leur mère, resteront chez eux. Mais les biens payés à cette même mère, ou détenus par elle-même seront rendus aux enfants, cependant, si une garantie appropriée a été offerte à la mère par eux, par laquelle il est veillé à ce que l'on ne diffère pas de payer à celle qui survit, à la faveur de l'usufruit de ces biens mobiliers, ou du prix auquel ils sont été évalués, 33 % chaque année au titre des intérêts, d'une façon telle, cependant, que dans cette même garantie, on ait aussi veillé à ce que, par les fils, ou les filles, et à partir des enfants nés d'eux, s'il arrivait qu'eux tous meurent avant cette même mère, tous les biens mobiliers ci-devant dits, soient rendus à la mère selon la modération des lois, pour que le profit redevienne douloureux pour celle-ci. 7 - C'est pourquoi il sera légal pour celle des deux parties qui a fourni la garantie, si elle avait envisagé qu'il lui était avantageux d'avoir l'usufruit de ces biens mobiliers et de les donner en prêt, de les obliger ou de les vendre, afin qu'à partir d'eux principalement, les enfants qui*

§ 25. Semblablement, des tuteurs des administrateurs des biens de jeunes gens, ni les enfants de ceux-ci, ni ceux qui ont porté les jeunes gens au baptême [158] ne peuvent acquérir de ces mêmes jeunes gens en dessous de vingt-cinq ans un certain bien immeuble par une donation entre vifs ou faite à cause de mort [159].

§ 26. Ce qui est ci-devant dit de la donation entre vifs entre ceux qui, réciproquement, se sont mariés vers l'âge sans un consentement légal a aussi lieu pour la donation à cause de mort [160].

*

Chapitre III
De la promesse [161], des débiteurs principaux [162] et des fidéjusseurs [163]

§ 1. Une PROMESSE QUI EST UTILE À UN CERTAIN AUTRE CONTRAT est faite ou un **[273]** renforcement de droits usuels qui appartiennent au contrat ou pour stipuler quelque chose en dehors de cela. Car, *avec une stipulation*, comme on dit, *un homme sort de ses vêtements*, c'est-à-dire, de son droit [164] ; et pour cela, chacun peut s'obliger à quelque chose qui n'est

---

les acquièrent puissent se consacrer à l'affection maternelle sans leur désavantage. 8 - Mais, si les deux parties ont dissimulé la garantie ci-devant dite, ou peut-être, n'ont pas pu l'offrir, ces mêmes biens resteront auprès de l'épouse jusqu'au terme de sa vie. 9 - À savoir, pour toutes les richesse maritales, aussi, pour ce qu'elle a ou va avoir, en tant que, si, selon le droit du gage, les hypothèques ont été supposées, sur cette même donation avant les noces ou les autres biens dévolus à celle-ci à partir de la richesse du mari à partir du jour où ces mêmes biens lui sont arrivés, les enfant étant obligés à ce que, si quelqu'un, après la livraison ou la détention par celle-ci des biens (si cela arrive ainsi), il a passé un contrat avec cette même femme qui s'est unie en des noces répétées, dans la réclamation des biens supposés, le second sera tenu, les enfants qui ont été procréés de ce même mariage, les petits-fils ou les petites-filles qui, de ces enfants, sont nés, étant sans nul doute placés devant. 10 - Mais, si au contraire, l'affection de ses enfants étant observée, le père ou la mère, vers d'autres noces, n'a pas voulu migrer, ni le mari pour ce qui, des biens de son épouse, est passé à lui, ni la femme, pour les biens qui, à partir de la richesse du mari, lui sont arrivés, ne se voient interdire, à la faveur de leur jugement, d'en user, de les vendre ou de les obliger en gage ou selon le droit d'hypothèque comme étant leurs propriétaires. 11 - Les biens ci-devant dits existant, s'ils n'ont pas été aliénés, consommé ou supposés, il sera permis aux enfants de les réclamer aussi eux, n'ayant pas accepté la succession de leurs parents ».

[157] (Note de Groenewegen) Voir le liv. II, chap. XII, § 6, et chap. XVIII, § 7.

[158] (Note du traducteurs) Ici, dans la marge, Grotius précise avec deux termes néerlandais, *Peters en Meters*, qui ils sont, c'est-à-dire "les parrains et marraines".

[159] (Note de Groenewegen) Voir placard du 4 octobre 1540, art. 8 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 37 *(De l'administration des tuteurs et des curateurs, du prêt à intérêt ou du dépôt de l'argent)*, 17 et ci-dessus, dans le liv. II, chap. XVI, note 338.

[160] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard. Voyez en outre le liv. I, chap. VIII, note 161, liv. II, chap. V, note 160 ; chap. XI, § 8 et chap. XII, note 293, notes 302 et 303 de ce chapitre.

[161] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *(De l'obligation [faite] par [un échange] de paroles).*

[162] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, III, xvi *(Des deux débiteurs de la stipulation et de la promesse)*, D. 45, 2 *(De l'établissement de deux débiteurs)* et C. 8, 39 (40) *(Des deux débiteurs de la stipulation et de la promesse).*

Le titre xvi des *Institutes* est assez court en comprend outre un prologue, deux courts paragraphes ; le titre du Digeste comprend 19 extraits et celui du Code, 4 constitutions.

[163] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs).*

Ce titre, outre un prologue, comprend 8 paragraphes.

(Note du traducteur) Le terme translittéré du latin *fidejussor* en "fidéjusseur" peut aussi être plus simplement traduit par "garant".

[164] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 1, 4 ; voir en argument D. 2, 14, 1.

Extrait du livre XXVII des *Questions* de Papinien : *« Si j'ai stipulé qu'un bien soit donné et que la possession soit livrée vide, la raison conseille que tu obtiennes les fruits pris par la suite avec une action relative à un montant incertain sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu) *à raison des termes [mis] plus bas. Il doit être envisagé si, de même, quant à l'enfant d'une servante, on pourra le répondre. Car, pour ce qui regarde les termes [mis] plus haut, qu'ils incluent l'acte du débiteur de la promesse ou leur effet par l'intermédiaire de la tradition du maître qui la transfère, l'enfant n'y est pas compris ; mais, si l'acheteur, du vendeur, avec l'intention de nover, a ainsi stipulé, il est entendu avoir stipulé l'acte de la tradition, parce qu'il n'est pas vraisemblable que le vendeur ait promis plus qu'avec l'action de l'acheteur, il sera contraint de payer. Mais, cependant, à*

pas compris selon l'usage du contrat ou aussi décharger son co-contractant de quelque chose qui serait usuellement compris [165], à moins que la loi civile n'annule une telle obligation ou décharge, comme il sera expliqué par la suite.

§ 2. Par une promesse visant un contrat, ne peuvent pas être obligés les jeunes enfants qui n'ont encore aucun usage de leur entendement [166] ou les fous [167], à raison du droit naturel comme il est dit ; et puisque nous parlons maintenant d'une promesse verbale, il est connu que, par cela, doivent être ajoutés les muets [168] ; à raison de la loi civile, tous les autres mineurs en sont incapables [169], comme aussi les enfants prodigues [170].

---

raison de ces termes "que la possession soit livrée vide", il peut être dit que la raison de l'enfant aussi est rendue exécutoire avec la stipulation d'un montant incertain ; le fait est que, la servante ayant été livrée, le créancier de la stipulation a pu avoir l'enfant, par la suite, né dans ses biens. 1 - Si, après l'achat contracté et avant l'intervention de la stipulation, l'enfant né ou quelque chose, par l'intermédiaire de l'esclave, au maître, a été acquis, que, sur le fondement de la stipulation, il ne pourra pas obtenir, avec l'action d'achat (empti)*, il l'obtient ; en effet, ce qui n'est pas transféré dans la cause de novation, selon le droit originel, peut être réclamé ».*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La justice de cet Édit est naturelle. Qu'y a-t-il de si approprié à la foi humaine que ces choses que les hommes ont décidé d'observer entre eux ? 1 - Le pacte est dérivé de l'accord (d'où vient aussi l'appellation de paix) 2 - et un accord de deux personnes ou de plusieurs, est un agrément et un consentement. 3 - Le terme général de convention est ce qui se rapporte à toutes choses dont ont consenti pour contracter et transiger des affaires ceux qui agissent entre eux ; car, de même que sont dits se rassembler* (convenire) *ceux qui viennent de diverses places en une seule, de même consentent ceux qui, animés de différents motifs, en viennent à un seul, c'est-à-dire qu'ils en viennent à une seule décision. 3 - L'appellation de convention est à ce point générale que Pedius dit élégamment qu'il n'y a ni contrat, ni obligation, qui n'aient en eux une convention, qu'ils soient conclus à partir de la remise d'un bien* (re) *ou par des paroles* (verbis) *; car une stipulation qui se fait par des paroles* (verbis) *est nulle, s'il n'y a pas de consentement. 4 - Mais un grand nombre de conventions est fait sous une autre appellation, comme pour l'achat, le louage, le gage ou la stipulation ».*

[165] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 29.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si quelqu'un a confessé en rédigeant un instrument, qu'il n'usera pas du prétexte du tribunal à raison de son baudrier de service, de sa dignité ou du privilège du sacerdoce, bien que l'on ait douté auparavant qu'il faille tenir ce même écrit et que celui qui a accordé cela ne doive pas venir contre sa convention ou [qu'il ne faille pas] lui donner la possibilité de s'écarter de son écrit, mais d'user de son droit, nous consacrons qu'il ne sera permis à personne d'aller contre ses propres accords et de tromper ses cocontractants. 1 - En effet, si, selon l'Édit même du préteur, les accords convenus qui ne sont faits ni contre les lois, ni de mauvaise foi, doivent absolument être respectés, pourquoi, dans cette cause, les accords seraient-ils sans valeur, du fait qu'il existe une autre règle de l'ancien droit [qui dit] que tous ont licence de renoncer à ce qui a été introduit en leur faveur ? 2 - C'est pourquoi tous nos juges observeront cela et une observation de ce type s'étendra aux juges subalternes, aux juges compromissoires et aux arbitres choisis ; ils sauront que, s'ils ont négligé cela, ils seront entendus faire leur le procès ».*

[166] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 10.

« § 10. Mais ce que nous avons dit des pupilles, en tout cas, est vrai de ceux qui, déjà, ont quelque entendement ; car un enfant qui ne parle pas et celui qui est proche de l'enfance ne l'éloignent pas beaucoup du fou, parce que les pupilles de cet âge n'ont aucun entendement ; mais, pour ceux qui sont proches de l'enfance, à raison de leur utilité, l'interprétation du droit est devenue plus bienveillante, de sorte qu'ils sont le même droit que ceux qui sont proches de la puberté. Mais, celui qui, sous le pouvoir du père, est impubère, avec l'autorisation, certes, de son père, n'est pas obligé ».

[167] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipualtions inutiles)*, § 8.

« § 8. Un fou ne peut administrer aucune affaire, parce qu'il n'entend pas ce qu'il fait ».

[168] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 7.

« § 7. Il est clair qu'un muet ne peut ni stipuler ni promettre. Cela, pour un sourd, a été reçu, parce que celui qui stipule doit entendre les paroles du promettant et celui qui promet, les paroles du stipulant. D'où, cela apparaît non quant à celui dont nous parlons qui entend plus lentement, mais quant à celui qui n'entend pas du tout ».

[169] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 9.

« § 9. Un pupille administre à bon droit toute affaire ; de sorte que, cependant, de même que l'autorité d'un tuteur sera nécessaire, est employé un tuteur comme si lui-même était obligé ; car il ne peut pas obliger envers lui un autre sans l'autorité de son tuteur ».

[170] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 6, et là, les docteurs. Voyez ci-dessus le liv. I, chap. XI, § 4.

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Celui, auquel interdiction a été faite de ses biens, acquiert pour soi en stipulant, mais il ne peut livrer ou s'obliger, en promettant et c'est pourquoi un garant ne pourra intervenir en sa faveur, comme pour un fou ».*

(Note du traducteur) Ici, comme dans le livre I, les termes néerlandais utilisés par Grotius *'s Lands-ofte-stads kinderen*, qui signifient mot à mot "les enfants [placés sous la tutelle] du pays ou de la ville", sont traduits dans

§ 3. Personne ne peut promettre quelque chose pour obliger un autre [171] en dehors des exceptions ci-devant alléguées [172] ; pour cela, lorsque quelqu'un promet qu'en dehors de ces exceptions, un tiers fera ou donnera quelque chose est entendu chez nous d'une façon telle qu'il propose de faire en sorte qu'une telle chose sera faite [173].

§ 4. Mais on peut faire une promesse si [c'est] comme DÉBITEUR PRINCIPAL ou comme GARANT.

§ 5. Un DÉBITEUR PRINCIPAL est *celui que la chose concerne principalement*.

[274] § 6. Il y a un ou plusieurs débiteurs principaux [174].

§ 7. Il peut bien aussi y avoir que l'un deux débiteurs principaux, simplement, l'autre, sous une certaine condition, soit obligé, dans lequel cas celui qui est obligé simplement, aussi avant l'échéance de la condition, puisse être poursuivi en justice [175].

[**Note de Willem Schorer sur la note 175 de Groenewegen van der Made**
Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 4, nb 1, traite des deux codébiteurs. Il indique ici ce qui a été disposé dans les différents statuts des places.]

§ 8. Quand il y a plusieurs débiteurs d'une promesse, ceux-ci doivent, d'après les lois romaines, tous être semblablement poursuivis en justice et chacun doit payer sa part [176] ; cependant, l'un, en payant volontairement toute la dette, libère l'autre en ayant son recours contre son codébiteur [177] ; mais, dans le cas où il est libéré sans paiement pour sa tête, cela n'excuse pas l'autre [178].

---

la marge ainsi : "les prodigues auxquels, des biens, il a été fait interdiction". Ce qui explique notre traduction par "prodigues".

171 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Desstipulations inutiles)*, § 3.

« § 3. Si quelqu'un a promis qu'un autre donnerait, ou ferait, quelque chose, il ne s'obligera pas, comme s'il promettait que Titius donnerait cinq pièces d'or. S'il a promis qu'il ferait en sorte que Titius les donne, il s'obligera ».

(Note du traducteur) En droit français, cela s'appelle une stipulation pour autrui, que l'article 1119 du C. civ. interdit de façon générale en décidant que l'on ne peut stipuler *« que pour soi-même »*, mais que l'article 1121 permet seulement *« lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».*

172 (Note de l'éditeur) Voir le chap. I, §§ 27-28, etc.

173 (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 3.

174 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xvi *(Des deux débiteurs de la stipulations et de la promesse)*, pr.

« Deux ou plusieurs débiteurs de la stipulation et de la promesse peuvent être créés. De la stipulation, ainsi, si, après l'interrogation de tous, le promettant répond "je promets". Comme par exemple, lorsqu'à deux stipulants séparément, le promettant répond ainsi "à chacun de vous deux, je promets de donner" ; car, si, d'abord, à Titius, il a promis, ensuite, à un autre qui l'interroge, il promet, il y aura une et une autre obligation et les deux débiteurs ne sont pas crus devoir stipuler. Deux ou plusieurs débiteurs d'une promesse sont ainsi faits : "à Mævius, promets-tu de donner cinq pièces d'or ? À Seius, promets-tu de donner ces mêmes cinq pièce d'or ?" et chacun répond séparément "je promets" ».

175 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xvi *(Des deux débiteurs de la stipulation et de la promesse)*, § 2 ; D. 45, 2, 7.

« § 2. Des deux débiteurs de la promesse, l'un, purement et simplement, l'autre, à terme ou sous condition, peuvent être obligés ; en empêchement, le terme ou la condition ne se trouvera pas, empêchant qu'à celui qui est, purement et simplement, obligé, cela soit réclamé ».

Extrait du livre VIII des *Institutes* de Florentinus : *« Des deux débiteurs de la promesse, l'un peut être obligé à terme ou sous condition ; en effet, en empêchement ne sera pas le terme ou la condition, empêchant que, de celui qui a été obligé purement et simplement, on fasse réclamation ».*

176 (Note de Groenewegen) Voir la Novelle XCIX, cap. 1, telle que rapportée sous C. 8, 39 (40), 1 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 98. Voyez en outre *Cuiræ Hollandiæ decisiones*, decis. 49 ; Bronckhorst, cent. 4, assert. 5, 1 ; Costalius sur D. 16, 1 *(Sur le sénatus-consulte Velléien)*, 17 et ci-après, § 29, note **54.**

177 (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 39 (40), 2.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCIV. Le sentence commune de Grotius et des Hollandais, souvent approuvée dans les décisions, voir *Nerderlandsche Advijsboek*, part. III, cons. 235, est que sont considérés avoir renoncé les codébiteurs qui se sont obligés d'une façon telle que chacun soit tenu à la faveur de tous en tant que débiteur principal avec l'avantage du partage qu'ils auront eu à partir de la Novelle XCIX, cap. 1.]

§ 9. Cependant, cette nécessité de la citation en justice commune de tous ceux-ci, comme aussi, la division de la dette, n'ont pas lieu,

§ 10. dans le cas où l'un des débiteurs est reconnu insolvable ou à l'étranger [179]

[**Note de Willem Schorer sur la note 179 de Groenewegen van der Made**

Voyez ce que nous relèverons sur la note 209.]

§ 11. ou dans le cas où les débiteurs se sont volontairement abstenus de ce privilège de la poursuite commune et de la division de la dette [180].

§ 12. Un GARANT est *celui qui s'oblige à une plus grande sécurité de la dette pour un autre débiteur par une promesse* [181].

§ 13. Tous ceux qui ont le pouvoir de promettre peuvent aussi être des garants, pour cette raison aussi, ceux qui, étant sous une tutelle, peuvent utiliser leur entendement, à savoir lorsqu'une telle chose est faite avec le consentement du tuteur [182],

[275] § 14. à l'exception des femmes dont les garanties sont si entièrement annulées par les lois civiles qu'aussi le paiement qui pourrait en être fait est révocable avec les fruits de celui-ci [183] et ceux qui sont devenus des arrière-garants pour leur garantie en sont libérés [184],

---

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Fabricius et donnée en 293 : *« Tu aurais dû exprimer dans tes prières si, en partie ou en totalité, chacun, vous étiez obligés et si vous étiez les deux débiteurs de la promesse, du fait que, si, certes, depuis le début, chacun, pour sa part, est obligé, il ne peut pas sortir de la foi du contrat, mais, si [c'est] sur la totalité, le choix, avec le rescrit, ne devra pas être enlevé ».*

[178] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 2, 19. Voyez en outre Wesembeck, *Paratitla* sur D. 45, 2 [*De l'établissement de deux débiteurs*], nb 8.

Extrait du livre XXXVII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Quand deux personnes doivent le même argent, si l'une, du fait d'une diminution de son statut, est dispensée de l'obligation, l'autre n'en est pas libérée. Il importe, en effet, beaucoup [de savoir] si la chose elle-même sera payée ou si une personne en sera libérée. Quand une personne en est libérée, l'obligation demeurant, l'autre reste obligée et c'est pourquoi, si l'on interdit l'eau et le feu à quelqu'un, le garant donné par lui par la suite en sera tenu ».*

[179] (Note de Groenewegen) Voir ladite Novelle XCIX telle que rapportée sous C. 8, 39 (40), 1. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle IV, cap. 1, telle que rapportée sous C. 8, 40 (41) [*Des garants et des mandants*], 3.

[180] (Note de Groenewegen) Voir ladite Novelle XCIX, cap. telle que rapportée sous C. 8, 39 (40), 1 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*.

[181] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])*, pr.

« En faveur de celui qui promet, sont ordinairement obligées d'autres personnes qui sont appelées des garants, des hommes que l'on reçoit ordinairement, pourvu qu'ils s'occupent de ce que, de façon plus soignée, il lui soit donné garantie ».

[182] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 7 § 3 ; D. 50, 17, 5 à la fin.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais non seulement sur cela, il lui est donné un secours, mais aussi sur les interventions, comme par exemple si, au nom d'une garantie, il a même obligé son propre bien. Mais Pomponius est considéré acquiescer à ce que disent ceux qui font une distinction ; l'arbitre établi pour approuver les garants a-t-il approuvé celui-ci ou l'adversaire lui-même [a-t-il été approuvé] ? Mais il me semble que l'on doive toujours donner un secours, s'il est mineur et s'il apprend qu'il a été circonvenu ».*

Extrait du livre II *Sur Sabinus* de Paul : *« (…) un pupille peut, avec l'autorité de son tuteur, tout faire ».*

[183] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 32 §§ 1-2.

Extrait du livre Ier des *Sénatus-consultes* de Pomponius : *« 1 - Si une femme veut recevoir un bien donné par elle en gage par le biais de son intervention, elle reçoit aussi les fruits libres et, si la chose a été détériorée, à ce titre, l'évaluation en sera faite. Mais, si le créancier qui a reçu le gage par le biais de son intervention le vend à un autre, est vraie l'opinion de ceux qui pensent*

le créancier restant son plein droit contre le débiteur principal, bien qu'elle lui ait fait une certaine remise de la garantie [185].

§ 15. Mais les femmes ne jouissent pas de ce privilège, dans le cas où elles ont en vue de tromper une autre personne [186]. Et en particulier, dans le cas où elles s'y sont autorisées, si elles étaient codébitrices [187] ;

[**Note de Willem Schorer sur la note 186 de Groenewegen van der Made**

Nous avons indiqué ci-dessus, liv. I, chap. VII, § 6, sur la note 127, la raison et elle est tenue dans la loi alléguée dans la note, et ainsi aussi [le dit] Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 28, defin. 84, nb 7, de même, *Decisiones illustres*, part.II, decis. 141, nb 14, du fait qu'il est seulement donné un secours aux femmes trompées, voir de même *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. V, tit. 4, resp. 24, nb 16.]

§ 16. dans le cas où et pour autant qu'elles ont joui de quelque chose à partir du contrat [188], comme aussi, dans le cas où elles sont devenues garantes pour une personne envers laquelle elles étaient redevables [189] ;

---

qu'une réclamation doit lui être accordée contre l'acheteur de bonne foi, afin que l'acheteur ne soit pas d'une meilleure condition que l'était le vendeur. 2 - De même, si une femme, à un créancier, a vendu le bien-fonds de son mari et l'a livré sous cette condition que l'acheteur rapporterait l'argent reçu au mari, qu'elle revendique ce bien-fonds, une exception lui est certes opposée quant au bien acheté et livré, mais il sera fait une réplique par la femme "ou si cette vente a été faite à l'encontre du sénatus-consulte", et cela aboutit à ce que le créancier lui-même a acheté ou qu'il a interposé un autre, par le moyen duquel la femme, avec cette raison, sera privée de son bien. Il en est de même, si elle livre, non en faveur du mari, mais en faveur d'un autre débiteur, son bien ».

[184] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 6 et 16 § 1.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si les garants, en faveur du fils absent à partir du mandat de sa mère, sont intervenus, on demande si, à ceux-ci aussi, il est, par le sénatus-consulte, offert un secours. Et Papinien, dans le livre IX de ses Questions, dit que, de l'exception, ils useront ; ne joue pas beaucoup le fait qu'en faveur du défenseur, ils aient donné garantie, alors qu'en considération du mandat de la mère, ils sont intervenus. Clairement, dit-il, si celui qui reçoit ces garants ignorait que la mère leur avait donné mandat, l'exception du sénatus-consulte, avec une réplique, doit être écartée ».*

Extrait du livre IV *Sur Urseius Ferox* de Julianus : *« 1 - Si, de cette femme qui, à l'encontre du sénatus-consulte, est intervenue, j'ai reçu un garant, Gaius Cassius a répondu qu'ainsi seulement au garant, l'exception devait être accordée, si, par la femme, il se l'est fait demander. Mais Julianus, à bon droit, pense qu'au garant, l'exception doit être accordée, même s'il n'a pas l'action de mandat contre la femme, parce que le Sénat désapprouve l'obligation entière et que, par le préteur, le premier débiteur est rétabli pour le créancier ».*

[185] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 8 §§ 7-9 et D. 16, 1, 14.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Chaque fois qu'en faveur d'un débiteur, intervient une femme, l'action originelle est accordée contre lui, quoique celui-ci ait été libéré avec une acceptilation, avant que la femme soit intervenue. 8 - S'il est convenu avec le débiteur qu'il donne un répondant et que la recette [de l'argent] lui a été portée, qu'ensuite, celui-ci a remis une femme qui, avec l'aide du sénatus-consulte, a été punie, on peut agir avec une condiction envers lui, comme s'il ne l'avait pas remise ; en effet, qu'importe qu'il la donne ou ne la donne pas ? En conséquence, une action utile ne sera pas nécessaire, du fait que la condiction se présente. 9 - Marcellus écrit aussi que, si, à la femme, après l'intervention, l'ayant reçu, le créancier l'a porté, une action en restitution ne doit pas moins lui être accordée ; en effet, il a abandonné une obligation sans valeur ».*

Extrait du livre XII des *Digestes* de Julianus : *« Si une femme, à l'encontre du sénatus-consulte, est intervenue, il est non seulement juste que soit rétablie une action contre ses débiteurs, mais aussi contre ses garants, car, comme la femme a soustrait [quelque chose] au créancier, à raison du sénatus-consulte, toute la cause doit être remise dans son état premier ».*

[186] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 2 § 3.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais il leur donne un secours ainsi seulement, si, de façon habile, elles n'ont pas été tourmentées ; en effet, les divins Sévère et Antonin l'ont dit dans un rescrit. Car, à celles qui ont été trompées, non à celles qui trompent, il porte un secours et il y a un tel rescrit en grec de Sévère :* (texte en grec) *"Aux femmes qui trompent, le sénatus-consulte ne porte pas secours" ; en effet, la faiblesse des femmes, non leur habileté, a mérité une aide ».*

[187] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 11.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si une femme a reçu de l'argent pour son usage, qu'elle va prêter à un autre, au sénatus-consulte, il n'y a pas lieu ; autrement, personne ne contractera avec des femmes, parce qu'il peut être ignorant de ce qui va être fait ».*

[188] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 16.

§ 17. dans le cas où elles se sont portées garantes après les deux années par une nouvelle promesse ou ont fortifié la sécurité [190] ;

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCV. Du fait que le sénatus-consulte Velléien venu du droit civil a été reçu chez nous, il est raisonnable que les mêmes exceptions qui ont été reçues dans ce droit soient aussi approuvées dans notre tribunal, parmi lesquelles il y a celle-ci, si la femme enjoint de payer dans son testament aux héritiers ce qu'elle doit à partir de la cause d'une garantie, en argument D. 31 *(Des legs et des fidéicommis)*, 88 § 10, et D. 32 *(Des legs et des fidéicommis)*, 93 § 1 ; cf. Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. III, tit. 11, defin. 7.]

§ 18. dans le cas où elles ont fait expressément et en étant bien instruites renonciation de ce privilège qui est appelé privilège du sénatus-consulte Velléien [191].

[**Note de Willem Schorer sur la note 191 de Groenewegen van der Made**

En Frise, seulement dans un instrument public, la renonciation au sénatus-consulte Velléien est valide ; cependant, cette solennité n'est requise ni dans nos usages ni dans ceux des Français, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 29 *(Sur le sénatus-consulte Velléien)*, 23. Il n'y a besoin d'aucune renonciation si quelqu'un contracte publiquement un commerce avec une femme, de même sur ce titre du Code, Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 18, nb 6, et la renonciation à la Novelle CXXXIV, cap. 8 [telle qu'elle se trouve placée sous C. 4, 29, 22], n'est pas requise, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 29 *(Sur le sénatus-consulte Velléien)*, 15. Et, dans ce cas, dans un contrat de change, si elles intercèdent en faveur d'autres et interposent leur foi ou souscrivent avec leur mari, elles sont à bon droit incarcérées, bien qu'il n'ait pas été

Extrait du livre IV *Sur Urseius Ferox* de Julianus : *« Si une femme, à l'encontre du sénatus-consulte Velléien, en ma faveur, est intervenue envers Titius, que moi, à la femme, j'ai payé et que d'elle, Titius a réclamé cet argent, l'exception de ce sénatus-consulte ne sera pas utile à la femme ; en effet, celle-ci ne risque pas de perdre cet argent, du fait qu'elle l'a déjà. 1 - Si, de cette femme qui, à l'encontre du sénatus-consulte, est intervenue, j'ai reçu un garant, Gaius Cassius a répondu qu'ainsi seulement au garant, l'exception devait être accordée, si, par la femme, il se l'est fait demander. Mais Julianus, à bon droit, pense qu'au garant, l'exception doit être accordée, même s'il n'a pas l'action de mandat contre la femme, parce que le Sénat désapprouve l'obligation entière et que, par le préteur, le premier débiteur est rétabli pour le créancier ».*

[189] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 13.

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Parfois, bien que la femme reçoive l'obligation d'autrui, par ce sénatus-consulte, elle n'est pas secourue ; ce qui arrive quand, de prime abord, elle reçoit l'obligation d'autrui, mais en réalité son obligation. Comme par exemple, si une servante, à raison d'un accord de liberté, en donnant un répondant, après l'affranchissement, reçoit ce que le répondant devait, si elle achète une succession et fait passer sur elle l'argent d'autrui de la succession ou, si, en faveur de son garant, elle intervient. 1 - Au sujet des gages du premier débiteur, pour le créancier, il n'y a pas besoin d'une nouvelle action, du fait que, pour eux, il y a une action utile, [l'action] quasi-servienne (qui est aussi appelée hypothécaire), parce qu'il est vrai que l'on a convenu des gages et que n'a pas été payé l'argent. 2 - Si, sous condition ou à terme, une femme, en faveur d'un autre, est intervenue, même la condition étant suspendue, au créancier qui veut faire valoir son droit contre le premier débiteur, une action en restitution doit être accordée ; en effet, en quoi est-il bon d'attendre la condition ou le terme, du fait que, dans cette cause, celui-ci est le premier débiteur, de sorte que, de toute façon, lui-même doit recevoir l'action ? »*

[190] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 29, 22.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Si une femme d'un âge accompli, après une entremise, a rédigé une garantie ou un gage, ou a procuré un intermédiaire, nous consacrons que, la variété des lois cessant, si, certes, dans le délai de deux ans à compter après la première garantie, pour cette même cause, elle a fait une garantie ou un gage, ou a donné un intermédiaire, ne lui porte en rien préjudice ce qui, encore à partir de la conséquence de sa fragilité, dans une seconde perte, sera tombé. 1 - Mais, si au contraire, après deux ans, elle a fait cela, elle se l'imputera si elle n'a pas fait ce qu'elle pouvait plus souvent penser et éviter, mais, en allant plus loin, l'a confirmé ; le fait est qu'elle est considérée, à partir de la longueur d'un délai de cette sorte, non, pour l'obligation d'autrui, se lier, mais, pour sa propre cause, faire quelque chose et se rendre redevable tant à partir de la seconde garantie, pour autant qu'elle a fait cela, que donner un gage ou un intermédiaire de façon effective ».*

[191] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 1, 32 § 4 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. II, cap. 60 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 29 *(Sur le sénatus-consulte Velléien)*, 23.

Extrait du livre Ier des *Sénatus-consultes* de Pomponius : *« 4 - Si la femme, en faveur de celui pour lequel elle est intervenue, s'est préparée à recevoir le jugement, de sorte que, contre l'ancien débiteur, l'action ne soit pas accordée, parce qu'elle peut opposer l'exception du sénatus-consulte, elle devra garantir qu'elle n'usera pas de l'exception et aller ainsi devant le juge ».*

fait de renonciation au bénéfice du sénatus-consulte, voir Abraham de Munck, *Dissertatio juridica de jure cambii*, p. 95. Mais il est demandé quand une telle renonciation sera présumée. De façon certaine, il ne suffit pas qu'elle ait été mariée au marchand, qu'elle lui procure sa peine dans le commerce et qu'elle consigne les crédits et les dettes dans les livres du marchand ; mais il est requis en outre qu'elle soit aacoutumée de pratiquer le commerce par elle-même ou en tant qu'associée avec lui en l'absence du mari, voir de même, p. 96. Cela a été aussi ainsi disposé dans la loi municipale des Îles, voir la coutume de la ville de Lille, chap. 5, art. 12, comme il a été reçu en faveur du commerce que la femme puisse établir une hypothèque sans un curateur, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 13, defin. 16. Nous avons traité ci-dessus, liv. I, chap. V, § 23, sur la note 102, de la [femme] marchande et liv. II, chap. XI, § 19, sur la note 292. Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, defin. 16, nb 3, pense que celle qui fait une seule affaire ne doit pas être tenue pour telle. Nous avons indiqué différentes exceptions ci-dessus, liv. I, chap. V, sur le § 23.

Cet avantage est utile à la femme à un point tel que, même si son patron a négligé de l'exposer lors du jugement et que, pour cette raison, la femme est tombée de sa cause, elle peut user dans l'exécution même de la sentence de cette exception, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 292, p. 471.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCVI. Pour que la renonciation au sénatus-consulte Velléien permise dans les usages soit efficace, la raison enseigne et le consentement de beaucoup confirme que celle-ci doit être faite dans un instrument public sans lequel l'intervention de C. 4, 29 *(Du sénatsus-consulte Velléien)*, 23 § 2 est nulle, à moins peut-être qu'il ne soit prouvé qu'une autre chose cela a été reçue dans la coutume de Hollande.]

§ 19. Par des lois particulières, la femme mariée se voit interdire de donner garantie pour un prêt d'argent qui est fait à son mari, excepté pour autant que la dette pourrait être trouvée être utile à son profit [192], lequel privilège reste en entier aux femmes, quand elles n'avaient pas renoncé au privilège du sénatus-consulte **[276]** Velléien, à moins qu'elles n'eussent renoncé à ce privilège particulier [193].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 192 et 193 de Groenewegen van der Made**

Mieux, il est permis que la femme renonce au sénatus-consulte Velléien avec l'intervention d'un serment ; cependant, qu'il ait été renoncé au bénéfice de la Novelle CXXXIV, cap. 8 [telle qu'elle se trouve placée sous C. 4, 29, 22] n'est pas présumé, voir [les références à] Nieuwstadt et à Sande citées dans les notes.]

§ 20. Un soldat ne peut pas être garant dans des affaires judiciaires [194] ou un louage de terre [195].

---

[192] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CXXXIV, cap. 8, telle que placée sous C. 4, 29, 22 et Groenewegen, *De legibus abrogatis* là. Cela a lieu quand la ci-devant dite femme tenue a ouvertement fait un trafic ou un négoce, voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 18 à la fin et obs. 19.

Novelle CXXXIV, cap. 8 : *« Si, par quelque moyen, une femme, à un instrument de crédit, consent envers son mari, ou le rédige, nous commandons que sa substance propre ou celle qu'elle a obligée envers elle-même ne sera en aucune manière valide, que la dette soit privée ou publique ; mais il en est ainsi, comme si rien n'avait été fait ou écrit, à moins que, clairement, il ne soit prouvé que l'argent aura été dépensé pour l'utilité propre de la femme elle-même ».*

[193] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 11, defin. 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 29 *(Sur le sénatus-consulte Velléien)*, 23.

[194] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 8, 8 § 1. Mais voyez ledit traité *De legibus abrogatis* sur C. 2, 12 *(Des procurateurs)*, 18.

Extrait du livre XIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Celui qui emploie une femme pour faire garantie n'est pas considéré donner garantie ; mais ni un soldat, ni un mineur de moins de vingt-cinq ans ne doivent être approuvés, à moins que ces personnes ne donnent garantie sur leur propre bien comme procurateur pour ce qui leur est propre. Certains [pensent] aussi que, si, par le mari, un bien-fonds dotal est réclamé, la femme [peut être] garante sur son propre bien ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCVII. Si vous pensez vrai que les soldats, aujourd'hui, peuvent donner garantie dans la garantie d'être présent au jugement, que ce qui a été jugé soit payé ou dans une cause de prise de bail, je pense cependant qu'il faut statuer que ces garants, contre le gré du créancier, ne peuvent pas être imposés.]

§ 21. Bien que les garanties s'obligent seulement par une promesse, ainsi, une telle chose ne peut pas seulement être faite quand le débiteur principal est obligé à partir d'une promesse, mais aussi, à partir d'autres causes, comme par la jouissance d'un profit, des contrats ou un délit [196], étant bien entendu que personne ne peut s'obliger par une garantie pour une peine corporelle [197].

§ 22. Quelqu'un peut non seulement devenir garant pour des obligations qui sont autorisées par la loi civile, mais aussi celles qui naissent seulement du droit naturel [198], à savoir dans le cas où l'obligation est seulement autorisée à partir du droit naturel par la loi civile, mais non dans le cas où la loi civile a entièrement interdit de telles obligations ou les a privé de toute force [199] ; et donc, il peut arriver qu'un garant soit soumis à une contrainte légale et le débiteur non [200].

---

[195] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 65, 31. Mais voyez contre cela ledit traité *De legibus abrogatis* sur lesdites lois de C. 4, 65, 31 et de C. 2, 12, 18.

Constitution de Léon adressée à Asparus, maître des soldats et donnée en 458 : *« Nous interdisons que nos soldats deviennent locataires des biens d'autrui, intendants, fidéjusseurs* (garants) *ou mandataires de locataires, afin qu'oubliant l'usage des armes, ils ne se consacrent pas au travail des champs et que, pour les voisins, des choses fâcheuses ne s'en manifestent par l'assurance du baudrier militaire. Mais ils s'occuperont des armes, non d'affaires privées, de sorte qu'attachés à leur rang et à leurs enseignes sans interruption, ils protègent la République, par laquelle ils sont nourris, de toute nécessité des guerres ».*

[196] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 1, 56 § 3 ; D. 48, 3, 3. Voyez en outre Bossius, *Crimin.*, tit. *De carceratione fidejussorum commtitenda* ; Mencochio, *De arbitrariis judiciorum quæstionibus*, liv. II, cas. 303.

Extrait du livre XV des *Questions* de Paul : *« 3 - En faveur d'une action de vol, un garant peut être reçu ; de même, en faveur de celui qui a agi à l'encontre de la Loi Aquilia. La cause des actions populaires est différente ».*

Extrait du livre VII *De l'office du proconsul* d'Ulpien : *« Le divin [Antonin] le Pieux a dit dans un rescrit en grec [en réponse] à une lettre des habitants d'Antioche que ne devait pas être jeté dans les liens celui qui était prêt à donner des garants, à moins qu'il ne soit clair qu'il a commis un crime si grand que, ni à des garants, ni à des soldats, il ne doive être confié, mais [doive] supporter cette même peine de la prison avant son supplice ».*

[197] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 9, 2, 13 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 212 ; Wesembeck, *Paratitla*, D. 46, 1 *(Des garants et des mandants)* ; Menochio, *De arbitrariis judiciorum quæstionibus*, liv. II, cas. 304 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 48, 3 *(De la garde et de la production des accusés)*, 4 ; coutume d'Utrecht, tit. 37, art. 2.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Un homme libre, en son propre nom, dispose de l'action utile de la loi Aquilia ; car il n'a pas d'action directe, parce que, comme le propriétaire de ses propres membres, personne n'est considéré. Mais, au nom d'un [esclave] fugitif, le maître en a [une]. 1 - Julianus écrit que, si un homme libre, de bonne foi, me sert, lui-même, de la Loi Aquilia, envers moi, est tenu. 2 - Si un esclave de la succession est tué, il est demandé qui, avec l'action de la Loi Aquilia, agira en justice, du fait qu'il n'existe aucun maître de cet esclave. Celsus dit que la loi, envers le maître, a voulu que les dommages soient sauvegardés ; en conséquence, comme un maître, la succession en sera tenue ; c'est pourquoi, la succession ayant été acceptée, l'héritier pourra faire valoir son droit en justice. 3 - Si un esclave, objet d'un legs, après l'acceptation de la succession, est tué, se présente l'action de la Loi Aquilia au légataire, si, après la mort de l'esclave, il n'a pas reconnu le legs ; s'il l'a refusé, Julianus dit qu'il est logique qu'à l'héritier, elle se présente ».*

[198] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])*, § 1 ; tout le titre de C. 8, 40 (41) *(Des garants et des mandants).*

« § 1. Mais dans toutes les obligations, ils peuvent être ajoutés, c'est-à-dire qu'elles aient été contracté avec la remise d'un bien (re)*, par échange de paroles* (verbis)*, par un écrit* litteris) *ou par le consentement* (consensu). *Et il n'importe pas même [de savoir] si est civile ou naturelle l'obligation à laquelle est ajouté le garant, certes, à un point tel que, pour un esclave aussi, il est obligé, que soit étranger celui qui reçoit le garant par un esclave ou qu'il soit le maître lui-même pour ce qui, naturellement, lui est dû ».*

Le titre en question du Code comprend 29 constitutions.

[199] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 1, 46 et 47.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 198 et 199 de Groenewegen van der Made**

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 1, suit aussi ce que tient ici l'auteur. Par exemple, si quelqu'un a donné garantie dans une modification des pactes dotaux durant le mariage, une telle garantie ne sera sur les biens de personne, parce que, durant le mariage, les pactes dotaux ne peuvent pas être modifiés, du fait qu'en tout cas, l'époux survivant peut choisir s'il veut s'en tenir à la communauté ou aux pactes dotaux, comme je l'ai relevé ci-dessus, liv. II, chap. XII, § 5, sur la note 295. Il a été jugé le 31 juillet 1609 que, si l'un des époux avait renoncé au contrat devant un notaire et deux témoins, il pouvait être secouru par une telle remise en son état initial, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 199. Il en ira de même, si le garant est intervenu en faveur du douaire dans lequel il est donné plus au second époux que les lois le permettent ; dans ce cas, le garant n'est pas obligé au-delà d'une part filiale, à moins qu'il n'ait promis en outre qu'il ferait en sorte qu'à celui dont c'est l'intérêt, de tels pactes allaient être confirmés et alors, non en tant que garant, mais en tant que promettant, il aura été lié à l'acte d'autrui. Il faut le dire de même, si quelqu'un est intervenu en faveur de la femme durant le mariage sans le consentement du mari, du fait que de telles garanties n'acquièrent aucune validité durant le mariage ou celui-ci ayant été dissous, bien que cela ait autrement agréé aux gens d'Utrecht, ainsi, cependant, de sorte que, durant le mariage, l'exécution soit interdite et que l'obligation soit jugée avoir été différée à cette date, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 1. Voyez ci-dessous dans le chap. XXX, § 9, sur la note 1065.]

Extrait du livre X des *Œuvres posthumes de Labéon* de Javolenus : *« Alors qu'une loi, à des ventes, a voulu s'opposer, le garant aussi est libéré, d'autant plus que, par le biais d'une action de ce type, au débiteur, il est venu ».*

Extrait du livre IX des *Questions* de Papinien : *« Si, au débiteur, une déportation a été infligée, Julianus écrit qu'en faveur de ce dernier, un garant ne peut être reçu, comme si toute l'obligation contre lui a été éteinte. 1 - Si un fils [de famille], dans une cause pécuniaire, a ainsi reçu un garant :"autant d'argent que j'aurai prêté, [promets-tu] d'en être le garant ?" et qu'ayant été émancipé, il le prête, envers son père certes, s'il n'est pas le débiteur obligé, [le garant] ne sera pas tenu, mais envers le fils, avec une considération d'humanité, il doit en être redevable ».*

[200] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 13 ; tout le titre de C. 2, 23 (24) *(Des garants des mineurs).*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Dans la connaissance de la cause, on agitait [la question de savoir] si, à lui seul, il fallait donner un secours ou bien à ceux qui, en sa faveur, se sont obligés, comme par exemple à des garants. C'est pourquoi, si, alors que je sais qu'il est mineur et qu'en lui, je n'ai pas confiance, que toi, tu as donné garantie en sa faveur, il n'est pas juste qu'au garant, à mon préjudice, soit donné un secours, mais plutôt, à lui, devra être refusée l'action du mandat. En somme, il faudra attentivement peser, pour le préteur, celui auquel plutôt, il donnera un secours, au créancier ou au garant ; car le mineur trompé, envers aucun des deux, ne sera tenu. Plus aisément, pour le mandant, il faudra dire qu'il ne doit pas lui être donné un secours ; ce dernier, en effet, était comme quelqu'un qui assure et un conseiller, pour qu'avec un mineur, il soit contracté. D'où, l'on peut traiter [de savoir] si le mineur devra implorer la remise en son état initial contre le créancier ou contre le garant. Je pense plus sûrement [que], contre les deux, [il le peut] ; en effet, la cause une fois connue et les adversaires étant présents, ou si, par le biais d'une contumace, ils font défaut, les remises en l'état initial doivent être soigneusement pesées. 1 - Mais parfois, la restitution sur le bien est accordée à un mineur, c'est-à-dire à l'encontre du possesseur de ce bien, bien qu'avec lui, il n'y ait pas de contrat. Comme par exemple du mineur, tu as acheté un bien et, à un autre, tu l'as vendu ; il peut parfois souhaiter, contre le possesseur, être remis dans son état initial, afin de ne pas perdre son bien ou de son bien, ne pas être privé, et cela, avec la connaissance du préteur ou avec l'annulation de l'aliénation, un jugement étant donné sur le bien. Pomponius aussi, dans son livre XXVIII, écrit que Labéon pensait que, si un mineur de [moins de] vingt-cinq ans vendait un bien-fonds et le délivrait, si l'acheteur, de nouveau, l'aliénait, si, certes, l'acheteur suivant savait que l'affaire avait été ainsi faite, la remise en état initial, contre lui, devait être faite ; s'il l'ignorait et que le premier acheteur était solvable, elle ne doit pas être faite ; mais, si au contraire, il n'est pas solvable, il est plus juste qu'au mineur, soit donné un secours aussi contre celui qui l'ignorait, bien que, de bonne foi, l'acheteur soit ».*

Le titre en question du Code renferme 2 constitutions que l'on peut alors rependre ici.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Myronus et donnée en 194 : *« Après qu'a bénéfice de l'âge, tu as été remis dans ton état initial, tu ne seras pas contraint de garantir le risque de l'éviction à l'acheteur auquel tu as vendu un bien-fonds des biens paternels. Mais cette affaire ne peut pas excuser les garants qui, en ta faveur, sont intervenus. C'est pourquoi, avec l'action de mandat, s'ils ont payé l'argent ou ont été condamnés, tu seras cité en justice, seulement si, à ce titre aussi, avec le remède de la remise [en l'état initial], tu n'es pas secouru ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Curio et donnée en 287 : *« Si celle qui t'a vendu des possessions, un décret du gouverneur étant intervenu, seulement, avec le secours de l'âge, est aidée, il n'est pas douteux que le garant, à partir de sa propre personne, est soumis au contrat. Mais, si, avec un dol, il est apparu que le contrat était intervenu, il est d'un droit clair qu'aux deux personnes tant de la vendeuse que du garant, il faut aviser ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CDXCVIII. Pour garantir que la dot de l'épouse sera sauvegardée, chez nous, autrement que dans le droit romain, un garant peut être donné par le mari et cela non seulement si, dans les pactes prénuptiaux, on en a ainsi convenu, mais aussi dans ce cas où, durant le mariage, le mari tend vers l'indigence, s'y ajoutant le jugement du juge ; cf. l'affaire jugée par la Cour Suprême me 28 juillet 1675 chez van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. I, cap. 12, nb 7, joint à Grotius, lib. I, chap. V, § 24 à la fin.]

§ 23. Les garants ne peuvent pas s'obliger plus lourdement que le débiteur a été obligé sur une chose, en temps, lieu ou une autre circonstance [201], mais bien moindre [202] ; aussi, avec un certaine condition, à partir d'un certain temps ou **[277]** à un certain moment, dans lequel cas, le temps étant arrivé, le garant n'est pas obligé plus longtemps [203], bien que le débiteur reste obligé.

[**Note de Willem Schorer sur la note 201 de Groenewegen van der Made**

Dans le droit romain, si le garant avait été obligé sur un montant plus important que le débiteur principal, il n'était pas même tenu au montant qui court ; mais il n'y a aucun doute que cette subtilité a disparu dans notre droit. Mieux, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 46, 1 *(Des garants et des mandants)*, 8 § 7, juge que le garant qui s'oblige plus durement avec une intention délibérée est lié à partir de la force de sa promesse sur la totalité principalement.]

[**Sur la note 203 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici quant à la condition et au terme est d'un droit expédient, ainsi, de sorte que, la condition et le terme se trouvant seulement, le garant sera cité en justice, voir D.13, 5 *(Du constitut)*, 3 § 2 à la fin, 4 et 19 ; Rodenburg, *De jure conjugum*, p. 182.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessl**

ID. Le garant qui s'est obligé pour un montant plus important est indistinctement tenu sur le montant se rencontre, mieux aussi, sur un plus important, si, ensuite, le débiteur principal commence à le devoir.

D. Celui qui a donné garantie temporairement, le temps étant fini, est libéré et celui qui est intervenu en faveur d'une dette qui doit être payée à une certaine date, la déclaration ayant été faite pour que le créancier veille à lui, peut obtenir d'être libéré, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 326. Cependant, il semble que le contraire a été reçu à Amsterdam,voir

---

[201] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fiéjusseurs [garants])*, § 5 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 46, 1 [*Des garants et des mandants*], 8 § 7.

« § 5. Les garants ne peuvent pas être obligés d'une façon telle qu'ils doivent plus que doit celui en faveur duquel il est obligé ; car l'obligation de ceux-ci est un accessoire de l'obligation principale et, dans l'accessoire, il ne peut y avoir plus que dans l'affaire principale. En revanche, en sens contraire, ils peuvent être obligés à devoir moins. C'est pourquoi, si le débiteur a promis dix pièces d'or, le garant est à bon droit obligé sur cinq ; mais, en sens contraire, il ne peut pas être obligé. De même, si le débiteur a promis purement et simplement, le garant peut promettre sous condition ; mais en sens contraire, il ne le peut pas. En effet, non seulement sur le montant, mais aussi, sur un temps, plus ou moins est entendu. En effet, est plus de donner quelque chose immédiatement et est moins de le donner après un temps ».

[202] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 5 des *Institutes*, III, xx.

[203] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 44, 7, 44 § 1 au mot *placet* ; D. 17, 1, 29 § 6 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XVI, tit. 21.

Extrait du livre LXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - (…) Mais on décide que, pour un temps, une obligation ne peut pas être établie, pas plus qu'un legs : car ce qui, à quelqu'un, commence à être dû cesse, avec certains moyens, d'être dû. Clairement, après le terme, le stipulant, avec l'exception de pacte convenu ou de dol, ne pourra pas être repoussé. Ainsi, en le délivrant, si quelqu'un a dit qu'il livrait un terrain sans superficie, il n'est d'aucun profit d'empêcher qu'il remette une superficie qui, par nature, au terrain, est attachée ».*

Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : *« 6 - Le garant, si seul, libéré par le temps, il a cependant fait paiement au créancier, à bon droit, aura l'action de mandat contre le débiteur ; en effet, bien que, déjà libéré, il ait payé, cependant, il a rempli sa parole et a libéré le débiteur ; en conséquence, s'il s'est préparé à défendre le débiteur contre son créancier, il est très juste qu'avec l'action de mandat, celui-ci récupère ce qu'il a payé. Et c'est ce qu'il a semblé à Julianus ».*

Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 49, art. 12, et, de façon certaine, cela a été reçu pour le garant en faveur de l'éviction du bien immeuble vendu et cédé en justice, voir art. 19.]

§ 24. La garantie peut être faite au même moment où le débiteur s'obligé, aussi, avant ou après [204].

§ 25. Un garantie est faite comme d'autres obligations par une promesse et une acceptation [205] ; et, lorsque l'on trouve que quelqu'un s'est placé comme un garant, ainsi, il est tenu pour cela que tout est fait légalement [206] ; mais, dans le cas où quelqu'un dit *cet homme est suffisant* ou *vous recevrez bien votre dette* sans y ajouter *de moi*, celui-ci ne serait pas entendu s'être obligé comme garant [207].

---

[204] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])*, § 3.

« § 3. Le garant peut précéder l'obligation ou la suivre ».

[205] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 5 §§1-2.

Extrait du livre XXVI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Aussi la stipulation est-elle une expression de mots, avec lesquels celui qui est interrogé a répondu qu'il donnerait ou ferait, ce qu'on lui a demandé. 2 - La réception d'une garantie est une stipulation qui oblige le promettant d'une façon telle que les garants aussi sont par lui reçus, c'est-à-dire ceux qui promettent la même chose ».*

(Note du traducteur) Ici, Grotius fait clairement un renvoi aux contrats *verbis* du droit romain appelés les stipulations, sorte de moule général de toute forme d'engagement unilatéral, avec un créancier, le stipulant, et un débiteur, le promettant.

[206] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Desfidéjusseurs [garants])*, § 8 ; D. 27, 7, 4 § 3.

« § 8. Dans les stipulations des garants, il faut savoir que, de façon générale, il est reçu que tout ce qui a été écrit comme fait est considéré aussi avoir été fait ; c'est pourquoi il est reconnu que, si quelqu'un a écrit qu'il donnait garantie, tout cela est considéré avoir été ordinairement fait ».

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Les garants nommés par les tuteurs, s'ils étaient présents, n'ont pas porté de contradiction et ont souffert que leurs dettes soient rapportées dans des actes publics, il est juste qu'ils en soient tenus de la même façon que si, selon le droit légal, la stipulation était intervenue. Est considérée comme la même la raison de ceux qui affirment, à savoir, ceux qui, alors qu'ils ont affirmé que les tuteurs étaient appropriés, soutiennent la place de garants ».*

[207] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 2 § 5 ; *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 6 ; D. 17, 1 12 § 12 ; C. 4, 26, 13 ; D. 50, 14, 2 ; D. 4, 3, 7 § 10 et D. 4, 3, 8 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 6.

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« . 5 - [Pour] toi et autrui, comme quand je te donne mandat qu'à Titius, avec des intérêts, tu prêtes ; si [c'est] pour que, sans intérêts, tu prêtes, seulement pour autrui, est intervenu le mandat ».*

« § 6. Pour toi, un mandat est intervenu comme si l'on te donnait mandat de réunir ton argent pour des achats de biens-fonds plutôt que le prêter à intérêts, ou en sens inverse, de le prêter à intérêts plutôt que le réunir pour des achats de biens-fonds. Un mandat de ce genre est plus un conseil qu'un mandat et, pour cela, il n'est pas obligatoire, parce que personne, à partir d'un conseil de mandat, n'est obligé, même s'il n'est pas à propos pour celui auquel il est donné, du fait qu'il est libre à chacun d'examiner si le conseil sera à propos. C'est pourquoi, si quelqu'un t'a exhorté, toi qui as de l'argent oisif à domicile, à acheter quelque bien ou a le prêter, bien qu'il ne soit pas à propos pour toi que tu l'aies acheté ou prêté, cependant, envers toi, avec une action de mandat, il n'est pas tenu. Cela est ainsi à un point tel qu'il a été demandé si, de l'action de mandat, sera tenu celui qui t'as donné mandat de prêter, à Titius, l'argent à intérêts ; mais la sentence de Sabinus a tenu ferme [qui dit] qu'est obligatoire dans ce cas le mandat, parce qu'à Titius, tu n'as pas prêté autrement que si t'en avait été donné le mandat ».

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Clairement, dit-il, si un fils de famille ou un esclave, était garant et que pour eux, j'ai payé pour leur faire un don, le père ou le maître, n'agira pas avec l'action de mandat. Cela, parce que ce n'est pas au père qu'il a voulu que cela soit donné ».*

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Joannes, Préfet de Prétoire, et donnée en 422 : *« Il est clair que les propriétaires sont ainsi enchaînés par une action prétorienne qui est dénommée* "quod iussu" (« ce qui sur ordre ») *s'ils ont donné en mandat de compter à un esclave ou un agent subalterne une certaine somme d'argent. En conséquence, nous consacrons à jamais par cette loi édictale que celui qui accorde un prêt d'argent à un esclave, un colon, un preneur de bail, ou bien à l'administrateur d'une propriété, saura que les propriétaires de possessions, ou les cultivateurs, ne peuvent être obligés. Et qu'il ne convient pas de faire des lettres familières par lesquelles les hommes en général confient à un absent, afin de dire mensongèrement que l'on a dépensé l'argent que l'on n'a pas sollicité, en faveur des biens-fonds, alors que l'on n'a pas été poursuivi par le propriétaire, si ce n'est particulièrement pour qu'il fournisse l'argent ; de même, le propriétaire ne pourra être tenu ; une somme ayant été prêtée, nous voulons que les créanciers soient punis d'une amende si l'argent a été prêté à des personnes de ce type, le propriétaire ne l'ordonnant point et des garants n'ayant pas été particulièrement reçus. De façon raisonnable, nous accordons au créancier la possibilité que, si libre des comptes qu'il gérait, l'agent subalterne avait été trouvé esclave ou administrateur des biens-fonds, une action utile sera accessible quant au pécule ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DI. La raison de notre droit persuade que l'obligation du garant peut être contractée sans solennité des termes. Cependant, la simple affirmation *que quelqu'un est approprié* n'est pas tenue chez nous pour une garantie, bien qu'elle soit tenue [comme telle] à Anvers, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 5.]

§ 26. L'obligation du garant passe aussi à ses héritiers comme les autres obligations [208].

§ 27. Un garant a obtenu par une loi de l'empereur Justinien [209] a reçu le droit de repousser le créancier [210] aussi longtemps qu'il aura mis à profit le débiteur, étant bien entendu dans le cas où le débiteur est en dehors du pays [211], ainsi, le garant sera mis en place au moment convenable pour amener le débiteur devant le tribunal et, dans le cas où, après l'excuse du débiteur, quelque chose vient au préjudice du créancier qu'il pourra réclamer au garant [212].

§ 28. En outre, quand, pour une dette ou pour ce même débiteur, il y a eu plus d'une garantie, **[278]** ainsi, chacun de ceux-ci, étant cité en justice, peut demander, selon la loi de l'empereur Hadrien [213] un partage de la dette entre les garants ; mais ce privilège [du partage] n'a pas lieu, quand plusieurs garants se sont obligés pour un tuteur que le bien du pupille sera sauf [214], ni quand un garant, devant le tribunal, a nié être un garant [215] ; là où

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un courtier est intervenu pour faire une dette, comme beaucoup le font ordinairement, voyons s'il peut être tenu comme s'il était un mandant. Je ne pense pas qu'il soit tenu, parce que celui-ci montre plus une dette qu'il ne donne mandat, même s'il fait valoir la dette. De même, je dis que, s'il a reçu quelque chose au titre d'un don d'amitié, il n'y aura pas d'action sur le fondement d'une offre de bail-prise de bail. Assurément, s'il a circonvenu le créancier par un dol et une tromperie, il sera tenu par une action de dol ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - De même, Pomponius rapporte que le préteur Cæcidianus n'avait pas accordé, quant au dol, l'action contre celui qui avait affirmé qu'était approprié celui auquel un prêt d'argent était remis, ce qui est vrai ; car, si ce n'est à partir d'une grande et claire tromperie, ne doit pas, quant au dol, être accordée l'action ».*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si, alors que tu sais que celui-ci, dans ses richesses, a défailli, à raison de ton profit, tu as affirmé que, pour moi, il était approprié, à juste titre, contre toi, alors que, pour me tromper, tu as faussement fait les louanges d'un autre, quant au dol, l'action doit être accordée ».*

[208] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 1, 4 § 1.

Extrait du livre XLV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Le garant lui-même est obligé et laisse l'héritier obligé, du fait qu'il obtient la place de débiteur ».*

[209] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle IV, cap. 1, telle que placée sous C. 8, 40 (41), 3.

Novelle IV, cap. 1 : *« Cependant, les deux étant présents, , il n'est pas permis que le garant soit cité en justice avant que le débiteur ait été trouvé moins approprié en totalité ou en partie. Mais, le débiteur étant absent, le garant présent, légalement, certes, est cité en justice, cependant, lui-même le souhaitant, le juge délimitera le délai dans lequel il accompagnera le débiteur à citer en justice en premier lieu, lui-même étant réservé en secours. Car, le délai étant passé, le garant est contraint de faire satisfaction, ayant cessé pour lui les actions [engagées] par le créancier sans distinction du contrat ou de la garantie ».*

[210] (Note du traducteur) Dans la marge, Grotius traduit cette expression en latin de la façon suivante : "le privilège de rang et du droit de repousser", *beneficium ordinis et excussionis.*

[211] (Note de l'éditeur) Dans le cas où le débiteur n'est pas à l'extérieur du pays, mais seulement en dehors de la ville, voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ladite Novelle IV, cap. 1, telle que placée sous C. 8, 40 (41), 3.

[212] (Note de Groenewegen) Voir ladite Novelle IV, cap. 1. Voyez en outre sur cela, Gabriel, liv. III, tit. *De fidejussoribus*, concl. 1 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, t. III, concl. 310, lettre F ; Mantica, *Der ambiguis conventionibus*, liv. XVI, tit. 17 et 18 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 27.

La Novelle IV, cap. 1 a été traduite ci-dessus dans la note 205.

[213] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])*, § 4.

« § 4. S'il y a plusieurs garants, quels qu'il seront en nombre, chacun, pour le tout, est tenu. C'est pourquoi il est libre au créancier de réclamer la totalité à celui qu'il a voulu. Mais, à partir de la lettre du divin Hadrien, le créancier est contraint, à chacun qui est solvable au moment où le débat judiciaire commence devant le juge (litis contestatio)*, de réclamer des parties. C'est pourquoi, si l'un des garants n'est pas solvable, cela charge les autres. Mais, si, d'un garant, le créancier a reçu la totalité, le préjudice reviendra à celui-ci seul, si celui en faveur duquel il a donné garantie n'est pas solvable ; et il doit se l'imputer, du fait qu'il aurait pu être secouru à partir de la lettre du divin Hadrien et souhaiter que, pour partie, contre lui, l'action soit accordée ».*

[214] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 6, 12.

aussi, un ou plusieurs garants au moment du procès était reconnu insolvable, cela viendrait à charge des autres garants [216] ; mais, s'il devenait insolvable par la suite, cela viendrait au préjudice du créancier [217].

§ 29. Ces deux privilèges de la loi de Justinien et de celle d'Hadrien ne profitent pas à ceux qui, par la suite, y ont renoncé [218] ou ont secouru leur négligence devant le tribunal

---

Extrait du livre XII des *Questions* de Papinien : *« Si plusieurs garants, par le tuteur, au pupille, ont été donnés, celui-ci ne doit pas être maintenu à l'écart, mais, contre l'un, une action en justice doit être accordée d'une façon telle qu'à celui qui est cité à comparaître, les actions sont procurées. Nul n'a pensé que, du droit, il avait été écarté, après que, pour cette part, on a décidé que les tuteurs seront condamnés, [part] qu'ils ont administrée et ainsi seulement pour le tout, si le bien, par les autres, n'est pas conservé et qu'avec une faute appropriée, est découvert le fait qu'il s'est dispensé de le rendre suspect ; car l'équité de l'arbitre et l'office de l'homme de bien est considéré avoir demandé cette forme du droit. Du reste, les garants obligés civilement pour le tout envers les autres qui agissent en justice, certes, peuvent obtenir que l'action soit partagée ; mais, au pupille qui agit en justice qui n'a pas lui-même contracté, mais qui, sur son tuteur, tombe et qui ignore tout, il a été considéré que le bénéfice du partage de l'action en justice comporte une injure, afin qu'à partir de la seule cause de tutelle, plusieurs et différentes questions, devant des juges différents, ne soient pas établies ».*

[215] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 1, 10 § 1.

Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : *« 1 - Ainsi seulement, entre les garants, l'action en justice est partagée, s'ils ne le refusent pas ; car, envers ceux qui refusent, le secours du partage ne doit pas être accordé. 2 - Un fils de famille, en faveur de son père, pourra donner une garantie et cette garantie ne sera pas sans effet, d'abord, certes, parce que, devenu autonome en droit* (sui juris)*, il pourra être tenu sur ce qu'il peut faire, ensuite, parce que, pendant que, sous une puissance, il reste, il peut être condamné. Mais voyons si le père, à partir de cette cause "ce que sur son ordre"* (quod jussu)*, sera tenu ; et je pense qu'à tous les contrats, aussi "ce que sur son ordre"* (quod jussu) *se rapporte. Mais, si, le père l'ignorant, en faveur de lui, il a donné garantie, cette action cesse ; cependant, comme si, sur le bien du père, cela a été tourné, on peut agir en justice contre le père. Clairement, si, ayant été émancipé, il a payé, à lui, une action utile devra se présenter ; à celui aussi qui reste sous une puissance, cette même action se présente, si, de son pécule des camps, en faveur du père, il a payé ».*

[216] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])*, § 3.

« § 3. Le garant peut précéder l'obligation ou la suivre ».

[217] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 4 des *Institutes*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])* ; D. 46, 1, 51 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XVI, tit. 19.

« § 4. S'il y a plusieurs garants, quels qu'il seront en nombre, chacun, pour le tout, est tenu. C'est pourquoi il est libre au créancier de réclamer la totalité à celui qu'il a voulu. Mais, à partir de la lettre du divin Hadrien, le créancier est contraint, à chacun qui est solvable au moment où le débat judiciaire commence devant le juge (litis contestatio)*, de réclamer des parties. C'est pourquoi, si l'un des garants n'est pas solvable, cela charge les autres. Mais, si, d'un garant, le créancier a reçu la totalité, le préjudice reviendra à celui-ci seul, si celui en faveur duquel il a donné garantie n'est pas solvable ; et il doit se l'imputer, du fait qu'il aurait pu être secouru à partir de la lettre du divin Hadrien et souhaiter que, pour partie, contre lui, l'action soit accordée ».*

Extrait du livre III des *Réponses* de Papinien : *« Entre ces garants, l'action doit être partagée, [garants] qui ont ordonné que la totalité et leurs parts soient garanties. Il en sera différemment avec des termes ainsi conçus : "la totalité ou la part individuelle, selon ta parole, ordonnes-tu qu'elles soient garanties ?" ; alors, en effet, dès le début, il n'est pas convenu que chacun ne doit que sa part individuelle. 1 - Le garant qui paie une partie de l'argent en son propre nom ou en celui du débiteur de la promesse, empêchant qu'une fois le partage de la part restante fait, il reçoive le jugement, ne doit pas le récuser ; en effet, il est convenu que ce montant, entre ceux qui sont solvables, est partagé, [montant] qu'au moment du procès, chacun doit. Mais il est plus humain que, si l'un est solvable au moment de l'ouverture du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, par une exception, pour celui qui a payé, il y ait un secours. 2 - Deux débiteurs d'une promesse ont séparément donné des garants ; contre son gré, le créancier, entre tous les garants, n'est pas contraint de partager les actions, mais seulement entre ceux qui, en faveur de chacun, sont intervenus. Clairement, s'il a voulu partager son action entre tous, il ne devra pas en être empêché, pas plus que s'il avait cité à comparaître les deux débiteurs à la faveur de leur part. 3 - Le créancier n'est pas contraint de vendre le gage, s'il a voulu citer en justice le garant reçu purement et simplement, le gage ayant été laissé de côté. 4 - Alors qu'entre les garants, l'action ayant été partagée, certains, après l'ouverture du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, ont cessé d'être solvables, cette chose ne regarde pas la charge de celui qui est solvable et, avec le secours de l'âge, le demandeur n'est pas défendu ; en effet, il n'est pas considéré comme ayant été trompé selon la règle de l'usage commun. 5 - Les biens du garant condamné ayant été revendiqués par le fisc, si, entre les garants, l'action, par la suite, a commencé à être partagée, de même que de l'héritier, de même, du fisc, il faut tenir compte ».*

[218] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 2, 3, 29. Cela a été jugé par la Cour de Hollande avoir aussi lieu, le créancier ne s'y opposant pas, le débiteur est, par la suite, cité en justice et, par le jugement, est vaincu, voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 6 ; C. 8, 40 (41), 27 ; Copycius, *decisiones*, decis. 119, nb 7 ; Rebuffe, *Sur les constitutions royales*, *De litteris obligationibus*, art. 11, glos. 3, nb 24. Mais il a été jugé par le Conseil de Frise qu'un homme s'étant placé lui-même comme garant avec une femme qui n'avait fait aucune renonciation au sénatus-consulte Velléien, peut être cité en justice pour la totalité non obstant le fait qu'il n'eût pas clairement

avec [219]. Ceux qui s'obligent un avant tous ou chacun en particulier sont entendus avoir renoncé aux ci-devant dits droits [220].

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 27, 28 et 29.**

---

renoncé à la ci-devant dite loi d'Hadrien, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 10, defin. 2 ; D. 46, 1, 48 et là, les docteurs.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si quelqu'un a confessé en rédigeant un instrument, qu'il n'usera pas du prétexte du tribunal à raison de son baudrier de service, de sa dignité ou du privilège du sacerdoce, bien que l'on ait douté auparavant qu'il faille tenir ce même écrit et que celui qui a accordé cela ne doive pas venir contre sa convention ou [qu'il ne faille pas] lui donner la possibilité de s'écarter de son écrit, mais d'user de son droit, nous consacrons qu'il ne sera permis à personne d'aller contre ses propres accords et de tromper ses cocontractants. 1 - En effet, si, selon l'Édit même du préteur, les accords convenus qui ne sont faits ni contre les lois, ni de mauvaise foi, doivent absolument être respectés, pourquoi, dans cette cause, les accords seraient-ils sans valeur, du fait qu'il existe une autre règle de l'ancien droit [qui dit] que tous ont licence de renoncer à ce qui a été introduit en leur faveur ? 2 - C'est pourquoi tous nos juges observeront cela et une observation de ce type s'étendra aux juges subalternes, aux juges compromissoires et aux arbitres choisis ; ils sauront que, s'ils ont négligé cela, ils seront entendus faire leur le procès ».*

Constitution de Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si un garant ne fait certes aucune garantie, en montrant qu'il a été un garant, qu'aux caissiers présents, il a confessé que, dans sa foi, il a reçu celui-ci, il était douté par une plaidoirie en Palestine [de savoir] si, après deux mois, il serait libéré comme avec une garantie faire sans écrit selon les édits généraux du très sublime siège prétorien ou si, vu qu'un écrit est intervenu, il serait tenu ; et un autre division était introduite, [à savoir] si cela devait ressortir au droit tant dans les causes publiques que privées. 1 - C'est pourquoi nous consacrons qu'à moins que la confession, dans un écrit, n'ait été exposée par les garants à partir d'une représentation des personnes, bien que l'attestation, sur cela, ait précédé, cependant, encore, la garantie est estimée être sans écrit, à savoir dans les causes privées et que, deux mois s'étant coulés, d'une lien de cette sorte, les garants sont libérés, à moins que la garantie n'ait été donnée pour un temps certain ; alors, en effet, celle-ci est étendue à autant que l'attestation a été exprimée. 2 - Mais, si au contraire, une cause publique intervient, alors, par tout moyen, l'attestation est tenue pour un écrit. Le fait est que, de nombreux privilèges ayant été accordés à raison des nécessités publiques dans le droit public, il n'est pas sans intérêt que nous lui accordions une prérogative de cette sorte ».*

Extrait du livre X des *Questions* de Papinien : *« Si Titius et Seia, en faveur de Mævius, ont donné garantie, la femme ayant été retirée, nous accorderons pour le tout contre Titius une action, du fait qu'il a pu savoir ou ignorer qu'une femme ne devait pas intervenir en vain. 1 - Semblable à cela, cette question peut être envisagée [de savoir] quand, à raison de son âge, un garant est remis dans son état initial, si l'autre devra recevoir la charge entière de l'obligation. Mais ainsi, seulement à l'autre, la totalité doit être infligée, si, par la suite, le mineur est intervenu, à cause de l'incertitude de son âge et de la remise en l'état initial. Si, par le dol du créancier, le mineur a été conduit à donner garantie, il ne faudra pas plus, au créancier, donner un secours contre le cogarant que si, une novation ayant été faite et le mineur ayant été circonvenu, il a souhaité que, contre l'ancien débiteur, une action utile lui soit accordée ».*

[219] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 40 (41), 10 § 1 ; C. 8, 40 (41), 12.

Constitution d'Antonin adressée à Vitalis (sans date) : *« 1 - Mais, pour que celui qui, a un autre, a donné garantie, ne soit pas cité seul en justice, avant la condamnation, à partir de l'ordre, il se les* (*i. e.* les intérêts) *voit ordinairement demander ».*

Constitution d'Antonin adressée à Theodotus et donnée en 230 : *« Il t'a fait illusion, celui qui t'a convaincu que tu n'étais pas tenu à ce que, lorsque tu es intervenu en faveur d'autrui, à ce que tu as dit* εγγυωμαι *- avoir donné garantie -, quand il a été reçu qu'avec ces termes, l'obligation des mots était déjà contractée ».*

[220] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, cap. 63, art. 2 ; privilèges de la Hollande du Sud, p. 409, art ; 34 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle XCIX, cap. 1, telle que placée sous C. 8, 39 (40), 1. Cependant, à Amsterdam cela a seulement lieu quand les autres garants, en dehors du territoire d'Amsterdam, et le débiteur n'ont aucun bien dans ce même territoire, voir les coutumes de la ci-devant dite ville introduite le 24 mars 1584 par plusieurs témoins, imprimée avec les privilèges de la même ville, p. 91. Semblablement, quelqu'un qui se place lui-même comme garant *principal* peut être cité en justice pour tous avant que les débiteurs ou le créancier lui-même aient gagné, voir les coutumes d'Anvers, cap. 63, art. 1 ; la coutume de Malines, tit. 7, art. 15, et là, Paul van Christijnen ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VIII, cap. 54 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 28, nb 2-6 ; voyez aussi Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 135.

Novelle XCIX, cap. 1 : *« Cela ainsi, si le pacte était particulier, chacun est tenu sur la totalité ; et si l'un est sans ressources en totalité ou en partie, que cela soit réclamé du moins à l'autre, ou s'il est absent. En effet, quand les deux sont présents, par le juge, ils sont produits, l'affaire, de façon commune, est examinée et la sentence est, de façon commune, portée. Ce qu'il fera par le biais d'un administrateur, si le juge a été délégué. Mais, si au contraire, ils ne sont pas spécialement cités en justice, également, ils supporteront la charge. Mais, s'ils sont cités à comparaître, que l'un ou l'autre de ceux-ci soit obligé ; si les deux sont présents et appropriés, en même temps, ils doivent être contraints au paiement ».*

L'auteur traites des avantages dont jouit le garant ; ils sont triples : I. le bénéfice de rang ou d'exclusion introduit par JUSTINIEN ; II. le bénéfice de partage accordé par le divin empereur HADRIEN, duquel il est aussi parlé dans la lettre du divin Hadrien ; III. le bénéfice de cession des actions.

Le BÉNÉFICE DE RANG est le droit avec lequel le créancier est tenu de citer en justice le débiteur avant qu'il fasse valoir en justice son droit contre le garant. Il cesse cependant I. si le débiteur principal est absent ; mais quand un telle chose est tenue, voyez, en dehors de Groenewegen dans sa note, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 1, nb 18 ; II. quand il est clair qu'il n'est pas solvable ; en effet, le créancier agira en vain contre un tel débiteur, voir Brunemann sur les *Institutes*, III, xx, § 4, nb 15 ; *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 72, p. 134, et cette preuve incombe au créancier, à moins que la pauvreté [du débiteur] ne soit notoire ; III. s'il y a été expressément renoncé ; IV. il cesse, si le garant succède au débiteur, voir Brunemann sur les *Institutes*, III, xx, § 4, nb 16 et 17. Il a été jugé dans un jugement contradictoire le 30 juillet 1610 à Middelburg que, si quelqu'un, comme garant, s'était établi en tant que débiteur principal, bien qu'il n'ait pas renoncé expressément au bénéfice de rang, cependant, le débiteur principal ayant été laissé de côté, il pouvait être cité en justice, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, p. 323. Merlin, *De pignoribus et hypothecis*, lib. V, tit. 2, quæst. 69, p. 633, a débrouillé plus longuement cette exception.

Du reste, en Hollande, par l'ordonnance du roi Philippe II du 21 février 1564, il a été expressément disposé que, si quelqu'un a donné garantie en faveur d'un débiteur et que le créancier, en faveur de la dette elle-même, a reçu un gage ou une hypothèque, il n'était pas permis au créancier de citer en justice le garant, si ce n'est dans la mesure où le gage ou l'hypothèque n'avait pas suffi au paiement de la dette (comme [le dit] l'auteur ci-dessous, § 32). En outre, cela a été ici ferment tenu, si cette hypothèque est parvenue à un tiers à un titre quelconque et que le débiteur principal a cédé au destin en laissant des héritiers ; non obstant cela, le créancier doit, pour poursuivre son bien, les héritiers n'ayant pas été aussi appelés, vendre d'abord l'hypothèque, les lois, s'il y en avait, qui statuaient le contraire ayant été abrogées à partir de la plénitude du pouvoir. Elle se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 379.

Le BÉNÉFICE DE PARTAGE est celui avec lequel le créancier peut seulement citer en justice l'un de plusieurs créanciers qui ne sont pas solvables au moment du commencement du procès. L'auteur, § 28, dans la note 214, signale que, dans nos usages aussi, le bénéfice cesse avec le désaveu de la dette et ainsi aussi le pense avec d'autres Brunemann sur les I*nstitutes*, III, xx, § 4. Cependant, cela peut à peine être admis dans les usages à raison de l'abrogation des pénalités légales, voir Voet, lib. 46, tit. 1, nb 18.

Du reste, il faut observer que, bien que l'on ait renoncé au bénéfice de cette exception, le garant n'est pas protégé vis-à-vis du co-garant en payant la totalité de la dette, du fait qu'ici, l'unique effet de la renonciation sera que le créancier puisse réclamer à l'un toute la dette, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. III, decis. 253, nb 3.

Le BÉNÉFICE DE CESSION DES ACTIONS [est] celui qui est accordé aux garants prêts à payer, pour que le créancier leur cède ses actions contre les co-garants et cette cession est nécessaire, parce que, sans elle, aucune action ne se présente au total au garant contre les autres co-garants, voyez l'auteur, § 31, dans la note 229 ; Voet, lib. 46, tit. 1, nb 28 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 40 *(Des garants et des mandants)*, 11. Mieux, ce bénéfice ne doit pas être refusé au garant, bien que les autres co-garants ne soient pas solvables, du fait qu'ils peuvent revenir à une meilleure fortune, voir Brunemann sur les *Institutes*, III, xx, § 4. En tout cas, le créancier est tenu de céder son action, bien qu'il ait été renoncé au bénéfice de la cession des actions, du fait que l'effet de cette renonciation sera ici seulement que le garant ne puisse pas être retardé par cette exception, voir Brunemann sur D. 46, 1 *(Des garants et des mandants)*, 39, et Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 17, defin. 17.]

[Sur le § 29, note 218 de Groenewegen van der Made

Avec une renonciation expresse ou tacite, comme l'enseigne aussi Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 1, nb 24, après l'auteur, les bénéfices dont jouissent autrement les garants cessent. Si, cependant, le créancier a volontairement partagé la dette et, parmi plusieurs co-garants, en a choisi un, il ne peut pas par la suite en citer un pour la totalité, mais seulement à

proportion, bien qu'il ait été renoncé au bénéfice de partage, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 6 au milieu.]

[**Sur la note 220 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que le bénéfice de partage cesse tacitement si l'on a ainsi convenu : *un pour tous comme principal*, et cela a été ainsi répondu à La Haye le 20 septembre 1674, voir *Bellum juridicum*, cas. 24. Mais en retour, c'est tout à fait le contraire le jour suivant, s'il n'a pas été expressément renoncé au bénéfice de partage, à un point tel que ce lui qui ose s'élever contre est considéré se tromper au commencement même ; Huber, dans ses *Prælectiones ad Pandectas*, *De fidejussoribus*, lib. 46, tit. 1, nb 3 et 4, qui repousse cette sentence de l'auteur, est aussi de cet avis.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DII. La raison du droit enseigne que l'on peut renoncer non seulement spécialement, mais aussi de façon générale aux bénéfices des garants, qu'un expert du droit y ait renoncé spécialement ou qu'un inexpérimenté ait mis en lumière que cela lui avait été connu de façon générale, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 1, nb 16.

DIII. les garants qui se sont obligés d'une façon telle qu'ils sont tenus pour tous, *chacun pour tous*, ou chacun en tant que débiteurs principaux, *chacun comme principal*, sont considérés dans différents endroits avoir renoncé aux bénéfices de rang et de partage, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 66. La même chose a été statuée à Middelburg, voir les coutumes de Middelburg, rubr. 8, art. 8 et 10 ; ce que regarde une décision de la Cour de 1610 dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 325, dont les termes *mais si aucune garantie n'est établie* doivent être corrigés à partir de mon manuscrit en *si plus*, ou doivent être plutôt biffés à partir du manuscrit de Leyde.

DIV. Entre les marchands aussi qui ont imposé leur foi en faveur d'un autre, *qui sont du croire*, les bénéfices des garants sont crus cesser, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 13, p. 631.]

§ 30. Un garant a son recours contre le débiteur [221], **[279]** mais il ne peut pas le demander avant le paiement, à moins qu'une telle chose ne fût stipulée [222], que le garant ne

[221] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xx *(Des fidéjusseurs [garants])*, § 6.

« § 6. Mais, si le garant a payé quelque chose en faveur du débiteur, pour le recouvrer, il a contre celui-ci une action de mandat ».

[222] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 35, 20.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Epagathus (sans date) : *« Si, à l'encontre de ce qui est légal, tu as racheté le montant incertain du procès, tu réclames en vain que soit remplie envers toi la foi d'une convention incertaine. 1 - Si tu as reçu un mandat gratuit, selon la bonne foi, tu réclames à bon droit les frais ».*

fût vaincu par un jugement [223], qu'il ne fût resté très longtemps dans l'engagement [224] ou que le débiteur ne perdît ses biens [225].

[**Note de Willem Schorer sur la note 222 de Groenewegen van der Made**

Si quelqu'un a donné garantie que ce qui a été jugé soit payé, il n'est pas uni au bénéfice de rang, bien qu'il n'ait pas nommément renoncé à celui-ci, du fait que, tacitement, à partir de l'intention du préteur, une telle personne est crue avoir renoncé à ces bénéfices avec lesquels la fermeté de ce qui a été jugé serait retardée. Mais il est non seulement d'un droit expédient [de savoir] si cela procèdera aussi dans un appel. Il y en a qui le nient ; il y en a qui l'affirment, il y en a qui font une distinction. Ils l'affirment, si la sentence est confirmée, voir *Responsa jurisconsultotum Hollandorum*, part. III, cons. 18, nb 5. Dans nos usages aussi, à l'encontre du droit écrit, si plusieurs ont donné garantie quant à ce qui a été jugé, le bénéfice de partage est refusé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 8, nb 16. De là, il a été aussi reçu dans la plupart des tribunaux que la sentence portée contre le débiteur était remise en mandat pour exécution à un tel garant et qu'il suffisait que, dans les lettres d'exécution, le nom du garant soit exprimé, voir Voet, lib. 2, tit. 8, nb 17. Mais, de même que le garant souffre l'exécution sans un nouveau procès, de même, réciproquement, avec la force de la sentence portée contre le débiteur, sans aucune action préalable de mandat, il a un recours contre le débiteur, voir Voet, lib. 2, tit. 8, nb 17 à la fin.

Du reste, sur les bénéfices dont jouissent les garants, il faut observer que ceux-ci sont à bon droit opposés non seulement avant, mais aussi après le commencement du débat judiciaire.]

[**Sur la note 224 de Groenewegen van der Made**

ce que l'auteur enseigne dans cette note est vrai ; mais, pour que le garant soit libéré, une longue cessation du créancier dans la réclamation et un long retard dans le paiement de la part du débiteur sont requis, à moins peut-être que le créancier ne s'entende frauduleusement avec le débiteur, sachant fort bien qu'il lui a été donné garantie par le garant approprié ou ne diffère de réclamer la dette à raison de l'avantage des intérêts. Mais, si le terme n'est pas arrivé, que la condition n'existe pas encore ou que l'affaire pour laquelle il a donné garantie comporte un délai, bien qu'il se soit longtemps tenu à l'obligation, pour cette raison, le garant ne peut pas agir pour sa libération, si ce n'est une fois la cause terminée, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. III, tit. 10, defin. 7. En outre, sur les garants d'une indemnité, il faut relever que ceux-ci sont libérés de la garantie si le créancier a négligé d'examiner le débiteur principale ou les gages, alors qu'ils pouvait le faire, et qu'il a ainsi obtenu la totalité, du fait que quelqu'un qui ressent un dommage venant de sa faute, n'est pas entendu ressentir le dommage, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*,

---

[223] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 8, 40 (41), 10.

Constitution d'Antonin adressée à Vitalis (sans date) : *« Si le garant ou de mandant, à des intérêts, est aussi obligé, il n'a pas de juste raison de les payer à celui qui refuse. 1 - Mais, pour que celui qui, a un autre, a donné garantie, ne soit pas cité seule en justice, , avant la condamnation, à partir de l'ordre, il se les voit ordinairement demander ».*

[224] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 40 (41), 10 ; D. 46, 1, 38 § 1 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 10, defin. 7 ; Menochio, *De arbitriis judiciorum quæstionibus*, liv. II, cas. 41 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 138, nb 3-12 ; Décrétales III, xxii, 5, et là, les docteurs.

Le premier texte est donné dans la notre précédente.

Extrait du livre XX des *Digestes* de Marcellus : *« 1 - De Titius qui, à moi, à partir d'un testament, sous condition, devait dix, j'ai reçu un garant et pour lui, j'ai été un héritier ; ensuite, la condition du legs s'est réalisée ; je demande si le garant, envers moi, est tenu. [Marcellus] répondit que, si, pour celui duquel, pour toi, il y avait sous condition le legs, alors que, de lui, tu as reçu un garant et que tu étais l'héritier, tu ne pourras pas avoir le garant obligé, parce qu'il n'y a pas de débiteur en faveur duquel il devra [quelque chose], mais il n'y a pas de bien qui puisse être dû ».*

Décrétale de Grégoire IX : *« Celui en faveur de qui, comme garant, tu t'es obligé, si, longtemps, il a cesse de payer la dette ou a commencé à dissiper ses biens, ou si, sur cela, tu as été condamné, l'également, tu pourras le citer en justice pour qu'il doive te libérer de la garantie »..*

[225] (Note de Groenewegen) Voir lesdits textes de C. 8, 40 (41), 10 et de D. 46, 1, 38 § 1. Voyez en outre là les docteurs ; Pyrrhus Maurus, *Tractatus de solutionibus, oblationibus et retentionibus*, part. II *De fidejussionibus*, sect. 5, cap. 3 ; Hippolito Marsili, tit. *De fidejussionibus*, quæst. 31 ; Bartolomeo Socini, *Fallentes aureæ regulæ*, reg. 148 *fidejussio* contre Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. III, concl. 310, lettre F.

Les deux textes en question sont donnés ci-dessus dans les notes 219 et 220.

lib. 46, tit. 1, nb 38 ; ce que l'on considère devoir être étendu aussi aux autres garants, pourvu qu'ils n'aient pas renoncé à ce bénéfice, voir Voet, lib. 46, tit. 1, même nb.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DV. Celui qui donne garantie et paie pour une personne qui ne le veut pas n'a pas contre le débiteur d'action en sens contraire, voir C. 2, 18 *(De l'administration des affaires)* 24, loi dont les arguments de Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur cette loi, ou de Voet, lib. 3, tit. 5, nb 11, ne peuvent pas prouver la désuétude.]

§ 31. Un garant qui a payé libère [226] les débiteurs et les autres garants et il a alors son recours contre le débiteur non seulement pour ce qu'il a payé, mais aussi pour tous les coûts et dommages soufferts [227], il peut aussi, avant le paiement (non après) réclamer du créancier la cession du droit [228] qu'il a contre les cogarants pour ce qu'il peut recevoir de leur part dans la dette, ce qu'il ne pourrait pas autrement faire [229].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DVI. Si l'action en justice a été cédée à partir d'un intervalle au garant qui paie en son nom, il pourra à bon droit en user ; mais, s'il a payé au nom du débiteur, la Cour de Hollande a jugé, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 12, que la cession était sans effet, du moins contre le co-garant ou le tiers possesseur du gage ; Grotius a approuvé à juste titre la sentence de celle-ci, bien que soient en désaccord Groenewegen et Voet, lib. 46, tit. 1, nb 30, et les jurisconsultes dans la *Vervolg der Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 52. La sentence de la Cour a été aussi reçue à Amsterdam, voir Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap.49, art. 8 et 9.]

§ 32. Contre les lois romaines [230] il est anciennement utilisé en Hollande et déclaré par les lois que ceux qui sont devenus des garants pour une dette pour laquelle un gage est mis ne peuvent pas être cités en justice et être contraints à une exécution avant l'exécution du gage, mais seulement après l'exécution pour autant que le créancier pourrait en être

---

[226] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façon l'obligation est supprimée)*, pr.

« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur ».

[227] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *De fidejussionibus*, nb 6 à la fin.

[228] (Note du traducteur) Grotius met ici dans la marge la traduction latine de ce qu'il entend signifier par cette expression : *beneficium cedendarum actionum* ou "bénéfice de la cession des actions".

[229] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 1, 39 ; C. 8, 40 (41), 11 ; Evraerts, *Consilia*, avis 1 ; Pyrrhus Maurus, *Tractatus de solutionibus, oblationibus et retentionibus*, part. II *De fidejussionibus*, sect. 6, cap. 5, nb 1 avec le suivant. Mais voyez en outre Sande, *De actionum cessione*, cap. 7, nb 11-12 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 40 (41) *(Des garants et des mandants)*, 11.

Extrait du livre II des *Règles* de Modestinus : *« Pour qu'un garant, contre son cogarant, agisse en justice, une action ne doit pas être accordée. Et c'est pourquoi, si, de deux garants du même montant, l'un, choisi par le créancier, a payé la totalité et qu'à lui, les actions n'ont pas été cédées, l'autre, ni par le créancier, ni par le cogarant, ne sera cité à comparaître ».*

Constitution d'Antonin adressée à Sallustius et donnée en 229 : *« Du fait que l'un des garants, en totalité, a satisfait à la dette, l'action, à lui contre celui qui a donné garantie, ne se présente pas. 1 - Tu as assurément pu, alors qu'au fisc, tu payais, souhaiter que le droit de gage que le fisc avait eu, sur toi, soit transféré et, si cela a été ainsi fait, les actions ayant été cédées, tu pourras en user. Cela doit être observé pour les dettes privées ».*

[230] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle IV, cap. 2, telle que placée sous C. 8, 13 (14), 24 et la Novelle IV, cap. 3, telle que placée sous C. 4, 10, 14.

Novelle IV, cap. 2 : *« Cela, si le débiteur possède ; mais, un autre possédant, l'action hypothécaire est empêchée jusqu'à ce qu'avec une action personnelle, on ait agi en justice contre le débiteur et le garant ; et, si, à partir des hypothèques du débiteur, il ne fait pas satisfaction, alors seulement, les hypothèques du garant, s'il y en a, sont réclamées ; ce doit a lieu contre les héritiers ».*

Novelle IV, cap. 3 : *« Mais aujourd'hui, avec le nouveau droit, doivent être cités en premier lieu tous les garants et les mandants, tant les promettants que les possesseurs qui sont arrivés à l'action de gage ».*

préjudicié, bien que, déjà, **[280]** le gage soit dans les mains d'un tiers, à moins que cela ne soit dit autrement expressément [231].

[**Note de Willem Schorer sur la note 231 de Groenewegen van der Made**
Nous avons déjà traité de cette ordonnance sur les §§ 27 et 28.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DVII. Ce qui, dans l'édit de 1564 [fait] par Philippe II, a été établi en Hollande, [à savoir] que le garant ne peut pas être cité en justice, à moins qu'auparavant, le bien immeuble même n'ait été spécialement obligé en hypothèque, bien qu'il ait été examiné comme aliéné à un tiers possesseur, est aussi valide dans le droit d'Amsterdam, si l'hypothèque générale a été aliénée au tiers possesseur, voir *Handvesten van Amsterdam*, p. 565 et suivante ; Roseboom, *Keuren* d'Amsterdam, chap. 49, art. 3, 4, 5, 14, 15 et 16 ; mieux, dans le droit commun de la Hollande cela est considéré être valide, si l'hypothèque générale a été transférée au tiers possesseur à titre lucratif ou aussi dans le cas où les biens meubles du débiteur ont été obligés par un autre et ne sont pas possédés pour lui et avec un juste titre, mais au nom du propriétaire, voir *Nederlandsch advijsboek*, part. I, cons. 31, où la décision de la Cour du 8 avril 1661 est aussi louée.
DVIII. Le même droit a été reçu aussi à Middelburg, si le garant n'a renoncé ni expressément ni tacitement à ses bénéfices ; mieux, même s'il y a renoncé, cependant, la même chose a lieu encore pour une hypothèque spéciale, voir les coutumes de Middelburg, rubr. 8, art. 9.]

§ 33. Cela suffit pour les promettants.
§ 34. Les acceptants des promesses peuvent être toutes les personnes, même aussi des mineurs en employant leur entendement [232].
§ 35. Il peut y avoir aussi plus d'un acceptant de la promesse chacun pour la totalité et, dans un tel cas, un promettant a le choix de celui auquel il veut payer et, en payant à l'un, il est libéré [233].

---

[231] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 21 février 1564 ; la coutume d'Amsterdam introduite par de nombreux témoins le 16 janvier 1574 imprimée parmi les privilèges de le ci-devant dite ville, p. 87 (pour moi) ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur lesdits extraits de la Novelle IV, cap. 2 et 3.

[232] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 9.
« § 9. Un pupille administre à bon droit toute affaire ; de sorte que, cependant, de même que l'autorité d'un tuteur sera nécessaire, est employé un tuteur comme si lui-même était obligé ; car il ne peut pas obliger envers lui un autre sans l'autorité de son tuteur ».

[233] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 38.
Extrait du livre VII des *Questions* d'Africanus : *« Alors que quelqu'un, à lui ou à Titius, a stipulé qu'il soit donné, [Africanus] dit qu'il est mieux que l'on doive dire ainsi seulement qu'à bon droit, à Titius, il est fait paiement, si, dans la même situation dans laquelle il était, il demeure, lorsque la stipulation est intervenue ; du reste, que dans une adoption ou en exil, il aille, que, de l'eau et du feu, interdiction lui ait été faite ou qu'il soit devenu esclave, il ne faut pas dire qu'à bon droit, il lui est fait paiement ; de façon tacite, en effet, cette convention est considérée être présente dans la stipulation "si, dans cette même cause, il demeure". 1 - Si j'ai ordonné que mon débiteur, à Titius, fasse le paiement, qu'ensuite, j'ai interdit que Titius le reçoive et que, le débiteur l'ignorant, il a payé, il a pensé qu'il était ainsi libéré, si Titius n'a pas reçu les espèces avec cette intention de les gagner. Autrement, parce qu'il aurait commis le vol de celles-ci, elles resteront la propriété du débiteur et, pour cela, une libération, selon le droit lui-même, ne peut se produire pour le débiteur, cependant, avec une exception, il est juste qu'on lui donne un secours, s'il s'est préparé à me procurer la condiction de vol que, contre Titius, il possède ; on observe la même chose, lorsqu'un mari, qui va donner à son épouse, ordonne que son débiteur la paie ; car, ici aussi, parce que les espèces ne deviennent pas celles de la femme, le débiteur n'est pas libéré, mais, avec une exception, celui-ci, contre le mari, doit être protégé, s'il procure la condiction que, contre la femme, il possède. Cependant, l'action de vol, sur ce qui est exposé, à moi, après un divorce, se présentera, quand il sera de mon intérêt que les espèces ne soient pas interceptées. 2 - Quant au pécule, contre un maître, on a agi en justice ; celui-ci, ayant été condamné, a payé. [Africanus] répondit que les garants reçus en faveur de l'esclave sont libérés ; la preuve en est que ce même argent, dans plusieurs causes, peut être payé, parce que, quand il a été garanti que ce qui a été jugé soit payé et que le débiteur condamné paie, non seulement, avec l'action de mise à exécution du jugement, mais aussi sur le fondement de la stipulation, lui-même et les garants sont libérés. Et est plus semblable le fait que, lorsque le possesseur d'une succession, qui estime qu'il en est l'héritier, a payé, l'héritier ne sera pas libéré ; alors, en effet, pour cela, il arrive que celui-ci, en son propre nom, en donnant un argent non dû, en aura la réclamation. 3 - Celui qui a promis un esclave, s'il acquitte un esclave qui va être affranchi, je pense plutôt que la condiction ne doit pas être attendue ; mais le créancier peut agir en justice et, à lui, la condiction*

§ 36. Les enfants qui sont sous la puissance de leurs parents peuvent stipuler ou accepter quelque chose pour leurs parents [234] et les parents pour de tels enfants ; dans ce cas, le droit personnel vient aux parents [235], mais la promesse de parents à de tels enfants ou d'enfants à leurs parents est sans effet [236].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 235 et 236 de Groenewegen van der Made**
Ce que l'auteur tient ici doit être à peine admis à raison de l'abrogation de la puissance paternelle, du fait que le fils n'acquiert pas de façon régulière à son père, comme [le dit] Groenewegen dans ses notes.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DIX. Ce que les parents ont stipulé pour leurs enfants, si cela n'a pas été promis en considération des parents, est considéré être acquis aux enfants, cf. la thèse CIV et Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 39, art. 9. Il faut le dire de même, si les parents ont promis quelque chose aux enfants, cf. la thèse CDLXXXV. La raison est autre pour la promesse faite aux parents par les enfants sous puissance et *a fortiori* mineurs, à moins peut-être que ne s'y ajoute l'autorité du tuteur donné par le parent prédécédé.]

§ 37. Quelqu'un peut aussi stipuler une promesse ou une acceptation par laquelle il est promis de se donner quelque chose à soi ou à un tiers ; dans ce cas, le promettant a le choix de payer à celui qu'il veut [237], bien qu'à ce tiers, il ne puisse pas le demander, puisqu'en

---

se présente. Si, dans l'intervalle, la condition fait défaut, il est libéré de la même façon que si quelqu'un, la condition étant suspendue, paie par erreur et qu'avant de réclamer par une condiction, la condition s'est réalisée. En aucune manière, on ne conviendra pas que soit dit ceci, [à savoir que] si, Stichus étant mort, la condition fait défaut, le débiteur est libéré, bien que, si, lui étant vivant, elle a fait défaut, il soit libéré quand, dans ce cas, à aucun moment, de façon parfaite, tu ne feras l'esclave comme mien ; autrement, ce sera proche, de sorte qu'aussi, si tu as acquitté envers moi cet esclave, sur lequel il y a l'usufruit d'autrui et que celui-ci, l'usufruit demeurant, est mort, avec cet acquittement, tu seras considéré comme libéré ; cela, en aucune façon, ne doit être approuvé, de même que si tu avais acquitté un [esclave] commun et que celui-ci était mort. 4 - Si quelqu'un, en faveur de celui-ci, a donné garantie, celui-ci, alors qu'à raison de la République, il est absent, avec l'action avec laquelle il sera libéré, qu'ensuite, une année s'est écoulée, sera-t-il libéré ou le garant [le sera-t-il] ? Cela, à Julianus [Africanus], n'a pas plu et, certes, si, contre le garant, il n'y avait pas de possibilité de faire valoir en justice son droit ; mais, dans ce cas, contre le garant lui-même, à partir de l'Édit, l'action doit être rendue, de même que contre ce garant qui a tué l'esclave promis. 5 - Celui qui, en ta faveur, auprès de Titius, donné garantie a remis un gage sur son obligation ; après, de même, il t'a institué héritier. Bien qu'à partir d'une cause de garantie, tu ne sois pas tenu, cependant, le gage n'en restera pas moins obligé. En revanche, si, de même, il a donné un autre garant et qu'ainsi, il t'a institué héritier, [Africanus] dit que, plus justement, on pense qu'une fois ôtée l'obligation de celui en faveur de qui il a été donné garantie, celui qui a donné garantie est aussi libéré ».

[234] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxviii *(De la division des stipulations)*, § 1. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce passage.

« § 1. De même, par le biais d'hommes libres ou des esclaves d'autrui que, de bonne foi, vous possédez, il vous est acquis, mais seulement pour deux raisons, c'est-à-dire si, à partir de leurs services ou de votre bien, ils acquièrent ».

[235] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 4. Mais voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 4.

« § 4. Si quelqu'un stipule pour un autre, au droit duquel il est soumis, il ne fait rien. Assurément, un paiement peut aussi être apporté à une personne étrangère, comme si quelqu'un stipulait ainsi : "promets-tu de me donner, ou de donner à Seius ?", afin certes que l'obligation soit acquise au stipulant et, cependant, que l'on puisse aussi payer à bon droit à Seius contre son gré, de sorte que la libération arrive par le droit lui-même, mais que celui-ci ait contre Seius une action de mandat. Si quelqu'un a promis de se donner et de donner à un autre, au droit duquel il n'est pas soumis, dix pièces d'or, la stipulation sera certes valide ; mais on a douté [de savoir] si tout ce qui a été mis dans la stipulation était dû, ou la moitié. Mais on décide que pas plus de la moitié ne lui est acquise. Si tu as stipulé envers celui qui est soumis à ton droit, tu acquiers pour toi, parce que ta voix sera comme celle de ton fils, tout comme la voix de ton fils est entendue comme la tienne pour ces choses qui peuvent t'être acquises ».

[236] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 7. Mais voyez contre cela Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 4 des *Institutes*, III, xix.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Les actions, contre son père, ne peuvent à un fils être procurées, pendant que, sous la puissance de ce dernier, se trouve le fils ».*

[237] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 11 et 12 § 3.

Extrait du livre VIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si j'ai stipulé "à moi ou à mon pupille, [promets-tu] de donner ?", le promettant, sans l'autorité du tuteur, le pupille étant solvable, ne sera pas libéré vis-à-vis de moi ».*

général, personne ne reçoit un droit personnel par le biais d'un tiers [238] ; mais si la promesse était faite de payer quelque chose à l'acceptant et à un tiers, ainsi, l'acceptant aurait seulement un droit à la moitié [239].

§ 38. Mais mal stipuler quelque chose ou accepter pour un tiers (excepté pour celui qui peut **[281]** acquérir ce droit personnel par le biais d'un autre comme il est ci-dessus dit [240]) est sans effet [241], qu'une telle chose soit faite au service de Dieu [242], pour les pauvres [243], que l'acceptant lui-même y soit intéressé [244] ou qu'une pénalité y soit jointe que le promettant devra supporter, s'il ne faisait pas une telle chose [245] ; mais, puisque chez nous il est fait plus attention à l'équité qu' une subtilité des lois, aussi, en dehors de ces « exceptions, un tiers pourrait accepter la promesse et aussi recevoir un droit, à moins que le promettant n'ait révoqué cela avant l'acceptation du tiers [246].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DX. À partir de la promesse faire à un tiers, dans laquelle le tiers a consenti sans mandat, celui dont c'est l'intérêt acquiert certes un droit, si, ensuite, il accepte la promesse ou que ce tiers qui a consenti sans mandat est une personne publique, comme un notaire. Mais, en dehors de ces cas, Grotius enseigne à bon droit que le droit n'est pas acquis à celui dont c'est l'intérêt, non

---

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - La cause est différente, si, à moi, tu exposes que quelqu'un a, pour lui ou pour Titius, stipulé, en payant, cependant, je serai libéré, parce que la stipulation avait une condition certaine que le stipulant ne pouvait pas changer ».*

[238] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 38 § 17.

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 17 - Pour autrui, personne ne peut stipuler, excepté si un esclave stipule pour son maître, un fils de famille pour son père ; en effet, les obligations de cette sorte ont été trouvées afin que chacun acquière pour lui ce qui est de son intérêt ; du reste, qu'à autrui, il soit donné, ne m'importe en rien. Assurément, si je veux le faire, on conviendra de stipuler une peine, afin que, s'il n'a pas été fait d'une façon telle que cela ait été inclus, la stipulation soit faite aussi envers celui dont ce n'est pas l'intérêt ; en effet, alors que quelqu'un stipule une peine, on n'examine pas ce qui est de son intérêt, ce que sont le montant et la condition de la stipulation ».*

[239] (Note de Groenewegen), Voir *Institutes de Justinien*, III, xix, § 4.

« § 4. Si quelqu'un stipule pour un autre, au droit duquel il est soumis, il ne fait rien. Assurément, un paiement peut aussi être apporté à une personne étrangère, comme si quelqu'un stipulait ainsi : "promets-tu de me donner, ou de donner à Seius ?", afin certes que l'obligation soit acquise au stipulant et, cependant, que l'on puisse aussi payer à bon droit à Seius contre son gré, de sorte que la libération arrive par le droit lui-même, mais que celui-ci ait contre Seius une action de mandat. Si quelqu'un a promis de se donner et de donner à un autre, au droit duquel il n'est pas soumis, dix pièces d'or, la stipulation sera certes valide ; mais on a douté [de savoir] si tout ce qui a été mis dans la stipulation était dû, ou la moitié. Mais on décide que pas plus de la moitié ne lui est acquise. Si tu as stipulé envers celui qui est soumis à ton droit, tu acquiers pour toi, parce que ta voix sera comme celle de ton fils, tout comme la voix de ton fils est entendue comme la tienne pour ces choses qui peuvent t'être acquises ».

[240] (Note de l'éditeur) Voir le chap. I, §§ 38, 39 et 40.

[241] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 45, 1, 38 § 17.

Ce texte est proposé dans la note 234.

[242] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 38 § 25.

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 25 - Nous pouvons stipuler que soit construit un bâtiment sacré ou un endroit religieux ; autrement, nous ne pouvons pas agir en justice sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato) *».*

[243] (Note de Groenewegen) Voir Balde sur C. 1, 2 [*Des sacro-saintes églises, de leurs biens et de leurs privilèges*], 19, nb 2.

[244] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 38 § 20.

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 20 - Si je stipule pour autrui, alors que c'est de mon intérêt, voyons si la stipulation est effective. Marcellus dit que la stipulation est valide dans une espèce de cette sorte. Celui qui a commencé à administrer la tutelle d'un pupille et abandonne l'administration à son cotuteur stipule que le bien du pupille sera conservé* (rem pupilli salvam fore). *Marcellus dit que l'on peut défendre que la stipulation est valide ; en effet, il est de l'intérêt du stipulant que soit fait ce qu'il a stipulé, du fait qu'il sera obligé envers le pupille, [si un autre a, de mauvaise façon, administré le bien] ».*

[245] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 45, 1, 38 § 17. Voyez en outre sur cela, les docteurs sur ledit § 17 ; Gabriel, *De verborum obligationibus*, concl. 1 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. VII, concl. 703, lettre S ; Rittershuys, *De differentiis juris civilis et canonici*, liv. II, cap. 6.

Le texte cité a été proposé plus haut dans la note 234.

[246] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur le § 19 des *Institutes*, III, xix *(Des stipulations inutiles).*

à partir d'une subtilité du droit civil, mais à parttir de la nature même du bien que, la coutume faisant défaut, l'autorité de Groenewegen, de Voet, lib. 45, tit. 1, nb 3, et d'autres qui sont en désaccord ne peut vaincre.]

§ 39. De nombreuses promesses (principalement sous une sûreté) sont faites par une charge du magistrat suprême ou du juge [247], comme de ne pas conclure de mauvaise foi [248], qu'un voisin ne préjudicie pas à son voisin par une construction qui est peut-être dangereuse [249], qu'un héritier exécutera le legs lorsque le terme ou la condition mis dans la dernière volonté viendra à échoir [250], qu'un légataire n'agira pas contre la condition sous laquelle quelque chose lui est fait [251], qu'un tuteur sera tenu de ne pas porter préjudice à son

---

[247] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xviii *(De la division des stipulations)* et D. 46, 5 *(Des stipulations prétoriennes)*.

Le titre xviii des *Institutes*, III, est assez court et comporte 4 brefs paragraphes avec un court prologue. D. 46, 5 renferme 11 extraits.

(Note du traducteur) Sont appelées des stipulations prétoriennes celles que le préteur, à raison de son pouvoir de commandement ou *imperium*, impose à un partie, alors que, normalement, une stipulation, qui obéit certes à des conditions de forme avec une question et une réponse en termes concordants, est conclue en outre à partir du consentement des parties. Grotius en donne par la suite des exemples.

[248] (Note du traducteur) Grotius traduit cette expression dans la marge avec les termes latins *de dolo*, "quant à un dol".

[249] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 2, 7. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce passage.

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "[pour] le dommage non encore survenu, en son propre nom, j'ordonnerai qu'il soit promis, au nom d'autrui, qu'il soit donné garantie à celui qui aura juré que, non à raison d'une fausse accusation, il demande cela et que celui, au nom duquel il agira en justice, va le demander dans ce délai que, la cause une fois connue, j'établirai. S'il y a une dispute [pour savoir] s'il sera le propriétaire et aussi, celui qui donnera garantie, sous une exception, j'ordonnerai qu'il soit donné garantie. Quant à cet ouvrage qui, sur une rivière publique ou sur sa rive, sera fait, pour dix ans, j'ordonnerai qu'il soit donné garantie. J'ordonnerai aussi que celui, auquel ainsi, il ne sera pas donné garantie, en possession de ce bien, au titre duquel il sera demandé de donner garantie, entre et, quand la cause sera considérée juste, aussi, le possède. Contre celui qui n'aura pas donné garantie et n'aura pas souffert qu'en possession, il se trouve, ni qu'il possède, j'accorderai l'action, afin qu'il paie autant qu'il faudra que celui-ci paie, si, quant à ce bien, à partir de mon décret ou de celui de celui auquel, quant à ce bien, la juridiction appartenait qui était la mienne, il a été donné garantie. Au titre de ce bien, en possession duquel je serai mis, si, par celui qui, en possession, sera, au titre du dommage non encore survenu, il sera donné garantie, j'ordonnerai que celui auquel il ne sera pas donné garantie, dans le même temps, soit en possession". 1 - Cet Edit pourvoit au dommage non encore survenu, du fait que les autres actions regardent la réparation des dommages qui sont survenus, comme dans l'action de la Loi Aquilia et les autres. Mais quant au dommage réalisé, rien, dans l'Édit, n'est disposé ; en effet, du fait que les animaux qui ont commis un dommage ne nous chargent ordinairement pas au-delà de ce que nous les livrions en dédommagement, beaucoup plus, ceux qui sont privés d'âme ne devront pas nous charger au-delà, surtout lorsque les biens animés, certes, qui ont causé un dommage existent eux-mêmes, mais une maison, si, avec sa propre ruine, elle a causé un dommage, a cessé d'exister. 2 - D'où, il est demandé, quand, avant que la garantie soit donnée, la maison est tombée, que son propriétaire n'a pas voulu évacuer les décombres et les a laissés, s'il y aura quelque action contre lui. Et Julianus, ayant été consulté, a répondu que, si, avant que la stipulation du dommage non encore survenu soit intervenue, la maison en mauvais état s'était écroulée, ce que devra faire celui, sur la maison duquel les décombres sont tombés, pour réparer le dommage, si le propriétaire de la maison qui s'est écroulée veut les enlever, ne doit pas être autrement permis que pour qu'il enlève tout, c'est-à-dire ce qui sera inutile et que, non seulement quant au dommage futur, mais aussi quant au dommage passé, celui-ci doit donner garantie ; si le propriétaire de la maison qui est tombée ne fait rien, un interdit doit être donné à celui sur la maison duquel les décombres sont tombés, par le biais duquel le voisin sera contraint de les enlever ou d'avoir toute la maison à la faveur d'un abandon ».*

(Note du traducteur) De même, dans la marge, Grotius donne la terminologie latine *damni infecti* ou "[stipulation] du dommage non encore survenu".

[250] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 36, 3 *(Pour que soit garantie la cause de l'observation des legs ou des fidéicommis)* et, Groenewegen là, dans ses *De legibus abrogatis*. Voyez en outre ci-dessus, liv. II, chap. XX, § 13.

Le titre en question du Digeste renferme 18 extraits.

(Note du traducteur) Grotius note dans la marge en latin *legatorum* ou "[garantie] relative à l'observation des legs".

[251] (Note de Groenewegen) Voir D. 35, 1, 7.

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« L'intérêt de la garantie Mucienne consiste dans les conditions qui, sur le fait de ne pas faire, ont été conçues, comme par exemple "si, sur le Capitole, il n'est pas monté", "s'il n'a pas affranchi Stichus"*

pupille [252], que quelqu'un qui, sans une charge légale, agit fera en sorte que son acte soit confirmé [253], que quelqu'un fait un procès accomplira la sentence [254], que quelqu'un sera répondra pour un autre [255], qu'il remettra l'argent ou une possession [256], qu'il abattra une construction dans le cas où une telle chose est expressément entendue par un jugement [257] et qu'il ne portera pas préjudice à un autre qu'il a menacé [258].

---

et dans les semblables ; et ainsi l'a-t-il semblé à Aristo, à Neratius et à Julianus ; cette opinion, dans une constitution du divin [Antonin] le Pieux, a été approuvée ; elle décidait que non seulement pour les legs, mais aussi pour les héritages, de même, le remède avait été reçu. 1 - D'où, si l'épouse a ainsi inscrit son mari, auquel elle avait promis une dot, comme héritier pour une partie : "si, la dot que je lui avais promise, il ne l'a pas réclamée, ni exigée", celui-ci peut annoncer à son cohéritier qu'il s'est préparé, en la recevant, à faire la dot ou à la garantir et, ainsi, à accepter la succession. Mais, si, pour la totalité, le mari a été institué [héritier] sous cette condition, parce qu'il n'est pas celui auquel sera donnée la garantie, il n'est pas empêché d'accepter la succession ; car, selon le droit lui-même, la condition est considérée avoir été remplie en ce qu'il n'est pas celui que lui-même, quant à la dot, pourra citer en justice en acceptant la succession ».

(Note du traducteur) Dans la marge, Grotius renvoie ici à la garantie Mucienne. D'après Girard, dans son *Précis*, Arthur Rousseau, Paris 1929, p 877, note 1, cette garantie Mucienne, en latin *cautio Muciana*, n'était sans doute pas applicable aux institutions d'héritiers conditionnels, car on en aurait trouvé trace dans les nombreux commentaires proposés sur l'institution d'héritier. Eu égard au fait que les passages qui en font mention ont été largement interpolés à l'époque de Justinien par les compilateurs - on sait qu'ils en avaient le droit -, il semble que cette garantie Mucienne ne soit valide que pour le droit de l'époque de Justinien antérieur aux Novelles. En tout état de cause, cette caution, supposée être due à Quintus Mucius Scævola, juriste remontant à l'époque de la République, remonte ici plutôt au temps du règne de Justinien et postule que l'héritier institué sous une condition potestative négative, dont la réalisation ne sera connue qu'après sa mort, peut accepter une succession, avec la garantie de la rendre dès lors que la condition fait défaut.

[252] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 46, 6 *([La garantie] que le bien du pupille ou du jeune homme sera sauf)*. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, § 2.

Le titre en question du Digeste comprend 12 extraits.

(Note du traducteur) Grotius note ici dans la marge l'expression latine *Rem salvam fore pupillo* ou "que le bien sera sauf pour le pupille".

[253] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 46, 8 *([La garantie] que la chose sera confirmée et de la confirmation)*. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxiv *(De la garantie des tuteurs et des curateurs)*, § 3.

Le titre en question du Digeste renferme 26 extraits.

(Note du traducteur) Grotius note dans la marge l'expression latin *Rem ratam haberi* ou "[garantie] que la chose est tenu pour confirmée".

[254] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 46, 7 *([La garantie] que ce qui a été jugé soit payé)*. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, IV, xi *(Des garanties)*, § 4.

D. 46, 7 comprend 21 extraits.

[255] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 7, 6.

Extrait du livre LXXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La stipulation que ce qui a été jugé sera acquitté comporte trois clauses réunies en une seule : quant à la chose jugée, quant au fait de défendre la chose, quant au dol ».*

(Note du traducteur) Grotius traduit cela en latin ainsi : *Defensum iri* ou "que cela sera défendu".

[256] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *((De l'obligation [qui se conclut] part un échange de paroles)*, § 7.

« § 7. Non seulement, dans une stipulation, les biens peuvent être amenés, mais aussi les actes, comme si nous stipulions que quelque chose soit fait ou ne soit pas fait. Dans des stipulations de cette sorte, le mieux sera d'ajouter une pénalité, afin que le montant de la stipulation ne soit pas dans l'incertitude et qu'il ne soit pas nécessaire au demandeur de prouver ce qu'il en est de son intérêts. C'est pourquoi, si quelqu'un stipule que soit fait quelque chose, ainsi, une pénalité doit être ajoutée : "si l'on na pas agi ainsi, alors, à titre de pénalité, promets-tu de donner dix pièces d'or ?". Mais, si une certaine chose est faite, une autre non faite, avec une seule et même conception, on stipule, une clause de cette sorte devra être ajoutée "si, contre celle-ci, on a agi ou si quelque chose n'a pas ainsi été fait, alors, à titre de pénalité, promets-tu de donner dix pièces d'or ?" ».

[257] (Note de Groenewegen) Voir D. 39, 1, 20 §§ 5-9. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce passage.

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Si quelqu'un s'est préparé à donner garantie, qu'ensuite, le demandeur ne veut pas la stipuler, il se trouve dans cette situation que [la dénonciation] doit être remise. 6 - Cet interdit, à perpétuité, est accordé, et à l'héritier et aux autres successeurs, il se présente. 7 - Contre celui-là même aussi qui a fait l'ouvrage ou a confirmé ce qui a été fait, à l'interdit il y aura lieu. 8 - Clairement, s'il est demandé si, contre l'héritier de celui qui a fait l'ouvrage, cet interdit se présente, il faut savoir que Labéon a pensé que, sur ce qui, seulement, lui est arrivé, il doit être accordé ou*

[**Note de Willem Schorer sur la note 249 de Groenewegen van der Made**
Voyez ce que nous avons relevé liv. II, chap. I, § 23, sur la note 15.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
La garantie des legs ou des fidéicommis n'est pas moins remise dans notre droit à bon droit ue dans le droit romain dans un testament. Cela ne s'oppose pas à Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 36, tit. 3, nb 6, qui objecte un double endroit de Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 20, et *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 33, qui traite de la garantie de l'usufruit ; cf. aussi Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 10, p. 449.]

§ 40. Tout ce qui est soumis à une obligation (ce dont il est parlé ci-dessus [259]) peut aussi être promis et, pour cette raison, quelqu'un peut promettre non seulement de donner quelque chose, mais aussi de faire quelque chose [260].

---

si quelque chose, avec le dol de celui-ci même, a été fait, empêchant que cela lui arrive. Certains pensent qu'une [action] en fonction des circonstances du fait (in factum) *doit être accordée plutôt que l'interdit ; cela est vrai. 9 - Ensuite, le préteur dit : "[L'ouvrage] que, sur l'emplacement, l'on a dénoncé, pour que rien d'un nouvel œuvre ne soit fait, quant au bien dont il s'agit, si, quant à celui-ci, il a été donné garantie, ce qui, de celui-ci, aura été garanti ou qu'il a dépendu de toi d'empêcher qu'il soit donné garantie, pour empêcher qu'à celui-ci, il soit permis, sur cet emplacement, de faire l'ouvrage, j'interdis que violence soit faite" ».*

(Note du traducteur) De même ici, Grotius traduit dans la marge cela en latin *De demoliendo* ou *"De la démolition"*.

[258] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 18, 6, § 2 et là, Bartole ; coutumes de Malines, tit. 4, art. 1 et là, Paul van Christijnen. Voyez en outre sur cela Clarus, § final, quæst. 74 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. VII, concl. 21 avec le suivant, lettre S.

Extrait du livre Ier des *Opinions* d'Ulpien : *« 2 - Il appartient à la conscience du gouverneur de province que les plus puissants n'affaiblissent pas les plus humbles par des injures ou que leurs défenseurs ne poursuivent pas les innocents par des crimes calomnieux ».*

(Note du traducteur) Enfin, Grotius traduit cela dans la marge en latin ainsi : *De non offendendo* ou "Du fait de ne pas offenser".

[259] (Note de l'éditeur) Voir le chap. I, §§ 18-21.

[260] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 2.

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Paul : *« Certaines stipulations consistent dans le fait de donner, d'autres, dans le fait de faire. 1 - Certaines de toutes celles-ci reçoivent un paiement de parties, comme quand nous stipulons que dix soient donnés ; les autres ne le reçoivent pas, comme dans ce qui, par nature, ne reçoit pas de division, comme quand nous stipulons un droit de passage, de faire passer du bétail ; certaines reçoivent certes la dation d'une partie par nature, mais, si tout n'est pas donné, il n'est pas satisfait à la stipulation, comme quand je stipule un esclave de façon générale, un plat ou n'importe quel récipient ; car, si une partie de Stichus a été payée, dans une partie de la stipulation, nulle libération n'est encore née, mais ou bien il peut immédiatement le réclamer ou bien il est dans l'incertitude, jusqu'à ce qu'un autre soit donné. Cette stipulation est de cette même condition : "[promets-tu] que soient donnés Stichus ou Pamphile ?" 2 - En conséquence, à partir de ces stipulations, les héritiers ne peuvent certes être libérés en faveur de la partie solvable, aussi longtemps que tous n'ont pas donné cette même chose ; en effet, sur le fondement de la personne des héritiers, la condition de l'obligation n'est pas changée. Et c'est pourquoi, si la chose promise ne reçoit pas de division, comme une route, les héritiers de chacun des promettants sont pour le tout tenus ; mais, dans le cas où l'un des héritiers a payé la totalité, il aura une réclamation par son cohéritier avec l'action de partage de succession* (actio familiæ herciscundæ). *À partir de cela, Pomponius dit qu'il arrive certes que chacun des héritiers du stipulant d'un droit de route ou de passage, a pour le tout une action ; mais certains pensent que, dans ce cas, la stipulation est éteinte, parce que, par le biais de chacun, la servitude ne peut être acquise ; mais la difficulté du paiement ne rend pas la stipulation sans effet. 3 - Si cependant, stipulant un esclave, alors que je l'ai fait avec l'un des héritiers du promettant, il subsistera seulement une partie des autres pour l'obligation, afin que l'on puisse payer. Il en est de même, si, à l'un des héritiers, [quelque chose] a été porté en recette. 4 - C'est la même chose pour le promettant lui-même et pour ses garants, que nous avons dite pour les héritiers. 5 - De même, si l'on stipule pour faire, comme si j'avais stipulé ainsi "qu'il ne soit pas fait par toi, ni par ton héritier, quelque chose qui m'empêche de pouvoir circuler", et que l'un des nombreux héritiers m'en empêche, ses héritiers sont certes tenus, mais réclameront de lui ce qu'ils avaient garanti par une action en partage de succession* (actio familiæ herciscundæ). *C'est ce que montrent Julianus et Pomponius. 6 - Mais au contraire, si le stipulant est mort, qui avait stipulé pour lui et son héritier qu'il pouvait agir et que l'un de ses héritiers en soit empêché, nous dirons qu'il importe [de savoir] si la stipulation est effective pour le tout ou si [c'est] pour la part de celui qui a été empêché. Car, si une peine a été ajoutée à la stipulation, elle sera faite pour le tout, mais ceux qui n'ont pas été empêchés, par une exception de dol, seront repoussés ; mais, si aucune peine n'a été mise, alors c'est pour la part de celui seulement qui a été empêché qu'est faite la stipulation ».*

§ 41. Cependant, bien que, selon le droit naturel, quelqu'un qui a promis de faire quelque chose est tenu de le faire [261], dans le cas où cela est faisable pour lui [262], ainsi, il peut toutefois, selon le droit civil, y satisfaire en faisant satisfaction au stipulant ou à l'acceptant de la valeur de ce qui était de son intérêt [263] ou ou la pénalité, s'il y est stipulée une certaine pénalité à défaut d'exécuter l'acte [264].

---

[261] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 1.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La justice de cet Édit est naturelle. Qu'y a-t-il de si approprié à la foi humaine que ces choses que les hommes ont décidé d'observer entre eux ? 1 - Le pacte est dérivé de l'accord (d'où vient aussi l'appellation de paix) 2 - et un accord de deux personnes ou de plusieurs, est un agrément et un consentement. 3 - Le terme général de convention est ce qui se rapporte à toutes choses dont ont consenti pour contracter et transiger des affaires ceux qui agissent entre eux ; car, de même que sont dits se rassembler* (convenire) *ceux qui viennent de diverses places en une seule, de même consentent ceux qui, animés de différents motifs, en viennent à un seul, c'est-à-dire qu'ils en viennent à une seule décision. 3 - L'appellation de convention est à ce point générale que Pedius dit élégamment qu'il n'y a ni contrat, ni obligation, qui n'aient en eux une convention, qu'ils soient conclus à partir de la remise d'un bien* (re) *ou par des paroles* (verbis) *; car une stipulation qui se fait par des paroles* (verbis) *est nulle, s'il n'y a pas de consentement. 4 - Mais un grand nombre de conventions est fait sous une autre appellation, comme pour l'achat, le louage, le gage ou la stipulation ».*

[262] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 17, 185.

Extrait du livre VIII des *Digestes* de Celsus : *« L'obligation des choses impossibles est nulle ».*

[263] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 1, 13 § 1. Cependant, aujourd'hui, il ne peut pas y satisfaire, mais peut être contraint à ce qu'il a précisément promis par une saisie, voir l'instruction du Haut Conseil, art. 257, l'ampliation de l'instruction de la Cour de Hollande, art. 14 ; l'ordonnance sur la justice dans les villes et le plat pays, art. 31-32 ; les coutumes d'Anvers, cap. 68, art. 42-43 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 323, nb 8 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de D. 42, 1, 13 § 1. Voyez ci-après le chap. XV, note **26.** Certains juristes disent non sans raison que cela s'accorde avec les lois romaines, voir Coras, *Miscellanæ*, liv. II, cap. 3 ; Buys sur ledit texte de D. 42, 1, 13 § 1 ; Bronckhorst, cent. 5, assert. 41 ; D. 32, 11 § 25 ; D. 39, 1, 21 § 4 à la fin. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XIV, tit. 32, ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, dans ladite decis. 313 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. V, concl. 43, lettre O.

Extrait du livre VI des *Digestes* de Celsus : *« 1 - Si quelqu'un a promis qu'il interdirait que le stipulant souffre quelque dommage et qu'il fait en sorte qu'il n'y ait pas ce dommage à partir de cette affaire, il fait ce qu'il a promis ; sinon, parce qu'il ne fait pas ce qu'il a promis, à un paiement d'argent, il est condamné comme il arrive dans toutes les obligations de faire ».*

Extrait du livre II sur les *Fidéicommis* d'Ulpien : *« 25 - Si quelqu'un ayant ordonné de faire un ouvrage, s'est préparé à donner l'argent à la République pour qu'elle-même le fasse, lorsque le testateur a voulu que, par lui-même, celui-ci soit fait, il ne sera pas entendu ; et ainsi le divin Marc l'a-t-il dit dans un rescrit ».*

Extrait du livre LXXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Que la chose soit jugée ou que la chose ne soit pas défendue, la stipulation sur cela est mise à exécution, fin que le bien, au jugement d'un homme de bien soit remis dans son état initial ; s'il n'a pas été ainsi remis dans son état initial, pour ce que vaudra ce bien, il donnera autant d'argent, si, au demandeur, cela a agréé ».*

[264] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 115 § 2 ; D. 44, 7, 44 § 6 ; *Institutes de Justinien*, III, xv *((De l'obligation [qui se conlut] par unéchange de paroles)*, § 7. Voyez en outre D. 19, 1, 28 ; D. 17, 2, 41 et 42 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XVII, tit. 5, nb 9 jusqu'à la fin ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. VI, concl. 252, lettre P.

Extrait du livre II des *Questions* de Papinien : *« 2 - De même, si quelqu'un stipule ainsi : "si tu n'as pas livré Pamphile, promets-tu que soient donnés cent ?", Pegasus a répondu que la stipulation n'était pas effective avant que Pamphile ait cessé de pouvoir être livré. Mais Sabinus pensait que, sur le fondement de l'opinion des contractants, après que l'esclave a pu être livré, il faut agir immédiatement et que, sur le fondement de la stipulation, on ne peut agir aussi longtemps qu'il n'a pas tenu au promettant d'empêcher qu'il livre l'esclave et il défendait cela avec l'exemple des provisions de bouche léguées. Le fait est que Mucius a écrit que l'héritier, s'il pouvait donner les provisions de bouche et ne les avait pas données, était immédiatement tenu sur l'argent légué et cela a été reçu à raison de l'avantage à cause de la volonté du défunt et de la nature de la chose. C'est pourquoi l'opinion de Sabinus peut être reçue, si la stipulation ne commence pas à partir de la condition, comme "si tu n'as pas livré Pamphile, promets-tu de donner tant ?". Mais, si la stipulation a été ainsi conçue : "promets-tu que soit donné Pamphile ? Si tu ne l'as pas livré, promets-tu de donner tant ?", ce sera sans aucun doute vrai, du fait que cet acte est prouvé, de sorte que, si l'esclave n'a pas été remis, on devra l'esclave et l'argent. Mais, si l'on a ainsi veillé à ce que soit dû le seul argent, l'esclave n'ayant pas été remis, on devra défendre la même chose, parce qu'il est prouvé que la volonté était que l'esclave soit livré ou que l'on réclame l'argent ».*

Extrait du livre LXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 6 - Mais, si j'ai stipulé que l'on fabrique un navire et que, si tu ne l'as pas fabriqué, [tu me remettes] cent, il faut voir s'il y aura deux stipulations, une pure et simple, l'autre conditionnelle et si la condition qu'il y a dans la seconde ne supprimera pas la première, ou si elle [la] transfère sur elle, comme si novation de la première était faite. Cela est plus vrai ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 263 de Groenewegen va der Made**

L'auteur suit ici le droit romain ; cependant, Groenewegen enseigne dans sa note à meilleur droit que, dans nos usages, personne n'est libéré en procurant ce qui est d'intérêt, mais peut être catégoriquement contraint à l'acte. Cette question agitée avec ardeur a heurté dans une mesure étonnante les deux anciens glossateurs Martinus et Bulgarus, voir van Christijnen, *decisiones*, vol. I, decis. 323. Voyez ce que nous relèvrons ci-dessous chap. XXXV, § 8, sur la note 1241.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXII. On conclut à bon droit à partir d'une interprétation du droit xivil plus vraie que le promettant d'un acte peut être condamné et contraint à procurer l'acte et cela semble avoir agréé à la Cour Suprême, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 50.]

[283] § 42. Dans une obligation, peuvent être compris plusieurs biens ou actes, mais, dans le cas où une telle chose est faite conjointement comme ceci : *Je vous promets une pièce de terre située à Rijswijk, une située à Voorburg et une située à Wassenaer* ou aussi ainsi : *une pièce de terre à Rijswijk, une à Voorburg et une à Wassenaer, je te les promets* ; ainsi, le promettant est tenu à tout [265] ; mais cela est fait de façon disjonctive comme ainsi : *Je vous promets une pièce de terre à Rijswijk, ou une pièce à Voorburg ou une pièce à Wassenaer*, ainsi, le promettant peut satisfaire à l'exécution d'une seule de toutes [266].

§ 43. Lorsqu'à quelqu'un, quelque chose est promis qui est maintenant sien ou quelque chose qui sera sien, à savoir en un tel moment et tel cas que cela sera son bien, une promesse de cette sorte est sans effet [267].

§ 44. Une cause déshonorante ou interdite a le même effet dans la promesse que dans les obligations en général, dont il est ci-dessus parlé [268].

Extrait du livre III *Sur Urseius Ferox* de Julianus : *« Tu m'as vendu des biens-fonds et l'on a convenu que je ferai quelque chose ; si je ne le faisais pas, j'ai promis une pénalité. [Julianus] a répondu : le vendeur, avant de réclamer la pénalité sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu)*, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, peut agir en justice ; s'il a obtenu ce qui, au titre de la pénalité, a été stipulé, celui qui agit en justice sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu)*, l'exception de dol le repoussera ; si, sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu)*, tu as obtenu la pénalité, selon le droit lui-même, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, tu ne pourras pas agir en justice, si ce n'est sur ce qu'il était de son intérêt que cela devienne plus cher ».*

Extrait du livre XX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un d'un associé, a stipulé une pénalité, avec l'action en faveur de l'associé* (pro socio)*, il n'agira pas en justice, s'il y a, avec la peine, autant qu'il était de son intérêt ».*

Extrait du livre XLV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si, sur le fondement de la stipulation, il a obtenu celle-ci, par la suite, en agissant avec l'action en faveur de l'associé* (pro socio)*, il recevra moins, la pénalité étant pour lui imputée sur le capital ».*

[265] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 129 ; D. 28, 7, 5.

Extrait du livre XII des *Questions* de Scævola : *« Si j'ai stipulé ainsi : "donnes-tu dix pièces d'or, si le navire arrive et si Titius a été fait consul ?", il ne sera pas autrement donné que si les deux choses ont été faites. De même, en sens contraire : "promets-tu de donner, si le navire n'arrive pas et si Titius n'a pas été fait consul ?". Il faudra réclamer qu'aucune des deux choses n'a été faite. À cela, est semblable cet écrit : "[promets-tu de donner], si ni le navire n'arrive et Titius n'a été fait consul ?". En revanche, si [l'on écrit] ainsi : "donneras-tu, si le navire arrive ou si Titius a été fait consul ?", il suffit qu'une seule chose ait été faite. Et, dans le sens contraire : "donneras-tu, si le navire n'arrive pas ou si Titius n'a pas été fait consul ?", il suffit qu'une seule chose n'ait pas été faite ».*

Extrait du livre II *Sur Sabinus* de Paul : *« Si, à l'héritier, plusieurs conditions, conjointement, ont été données, à toutes, on doit obéir, parce qu'à la place d'une seule, elles sont tenues ; si, de façon séparée, elles l'ont été, [il faut obéir] à n'importe laquelle ».*

[266] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 45, 1, 129 et D. 50, 17, 110 § 3.

Le premier texte est donné ci-dessus note 261.

Extrait du livre VI sur l'*Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Là où les termes n'ont pas été joints, il suffit que l'une ou l'autre [chose] ait été faite ».*

[267] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 22.

« § 22. De même, personne ne stipule utilement son bien futur dans le cas où il est fait sien ».

[268] (Note de Groenewegen) Voir le chap. I de ce livre, § 43, notes 72, 73 et 74.

§ 45. Concernant la manière, d'après les lois romaines [269], il était nécessaire que le stipulant et le promettant dussent se trouver dans un [même] endroit, comme il est dit ci-dessus [270] ; mais chez nous, une telle chose peut aussi être faite par un tiers [271] ; aussi la promesse [faite] à un moment et l'acceptation [faite] après, à savoir auparavant et avant que la promesse soit révoquée [272], pourvu que le promettant et l'acceptant soient dans une même compréhension ; car, si l'un avait entendu quelque chose d'autre que l'autre ou que l'un, [avait conclu] avec une condition ou pour **[284]** un certain temps, l'autre sans un ajout de cette sorte, ne s'ensuivrait aucune obligation [273], mais dans le cas où l'un avait entendu un plus grand espoir d'argent, l'autre un moindre, l'obligation aurait son application pour le moindre espoir d'argent [274].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXIII. À partir du fait que les promesses faites oralement ne requièrent plus la solennité d'une stipulation et que, pour conclure la plupart des contrats, des paroles n'interviennent ordinairement pas, il n'est pas à bon droit fait que, généralement, tous les contrats sont

---

[269] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 1 § 1 ; *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 19.

Extrait du livre XLVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Celui qui, présent, a interrogé, si, avant qu'il lui soit répondu, il est mort, rend la stipulation sans effet ; mais si, étant présent, il a interrogé, que bientôt il est mort et qu'en retour, on lui ait fait réponse, il oblige ; en effet, l'intervalle intermédiaire n'a pas vicié l'obligation ».*

« § 19. Envers un autre, comme il a été dit ci-dessus, personne ne peut stipuler ; en effet, ont été trouvées des obligations de cette sorte, pour que chacun acquière pour lui ce qui est de son intérêt ; du reste, si, à un autre, cela est donné, ce n'est en rien l'intérêt du stipulant. Clairement, si quelqu'un a voulu faire cela, on conviendra qu'une pénalité est stipulée pour que, si cela n'a pas été fait d'une façon telle que cela ait été compris, soit mise à exécution la stipulation de la pénalité aussi envers celui dont ce n'est en rien l'intérêt ; en effet, lorsque quelqu'un stipule une pénalité, il n'est pas regardé ce qui sera de son intérêt, mais quel sera le montant dans la condition de la stipulation. En conséquence, si quelqu'un stipule qu'à Titius, il soit donné, il ne fait rien, mais, s'il a ajouté quant à la pénalité "si tu n'as pas donné, promets-tu de donner tant de pièces d'or ?", alors, la stipulation est mise à exécution ».

[270] (Note de l'éditeur) Voir le chap. I de ce livre, §§ 51 et 52.

[271] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 19.

[272] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. XI, § XVI ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XIII, tit. 7, nb 8.

« XVI. De là il s'ensuit qu'avant l'acceptation, le droit n'ayant pas encore été transféré, la promesse peut être révoquée sans injustice, et même sans encourir le reproche de légèreté, si, en réalité, elle a été faite avec l'intention qu'elle ne commençât à valoir qu'à partir du moment de l'acceptation (cf. C. 4, 50, 6 ; D. 40, 2, 4). *Il suit encore qu'elle peut aussi être révoquée, si celui à qui il avait été promis est mort avant l'acceptation, parce que l'acceptation paraît avoir été subordonnée à sa volonté à lui, et non à celle de ses héritiers. Car autre chose est de vouloir lui donner un droit qui se transmettra aux héritiers, autre chose est de vouloir donner aux héritiers ; il importe beaucoup, en effet, de savoir à quelle personne s'adresse le bienfait. Et c'est sur ce principe que Nératius a répondu, qu'il ne lui paraissait pas que le prince ait accordé à une personne défunte ce qu'il lui eût accordé, pensant qu'elle était en vie* (cf. D. 50, 17, 190) *».* Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 327.

[273] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix, §§ 5 et 23. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 23 des *Institutes*, III, xix *(Des stipulations inutiles).*

« § 5. En outre, est inutile la stipulation, si quelqu'un, à ce sur quoi il a été questionné, n'a pas répondu, comme s'il stipulait que dix pièces d'or te fussent données et que toi, tu promettais cinq, ou le contraire ; ou si celui-ci stipulait purement et simplement et que toi, sous condition, tu promettais ou le contraire, à savoir, pourvu que tu l'exprimes, c'est-à-dire si à celui qui stipule sous condition ou à terme, toi, tu répondais : "au jour présent, je promets". Car si tu réponds seulement "je promets", de façon brève, tu seras considéré avoir promis sur ce même terme ou cette même condition ; en effet, il n'est pas nécessaire que, dans la réponse, soit répété tout ce que le stipulant a exprimé ».

« § 23. Si, à un bien, le stipulant a pensé, à un autre, le promettant aucune obligation n'est contractée de la même manière que si, à la question, il n'avait pas été répondu, comme si quelqu'un, de toi, avait stipulé l'esclave Stichus et que toi, tu avais pensé à Pamphile que tu croyais être appelé Stichus ».

[274] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 1 § 4.

Extrait du livre XLVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« . 4 - Si, à moi qui stipule "dix", toi, tu réponds "vingt", il est clair qu'une obligation n'a pas été contractée, si ce n'est sur dix. En sens contraire aussi, si [c'est]moi qui pose la question "vingt" et que toi, tu réponds "dix", une obligation, si ce n'est sur dix, n'aura pas été contractée ; en effet, bien qu'il faille que le montant soit en accord, cependant, il est très évident que les dix sont présents dans les vingt ».*

maintenant des obligation [qui se concluent] par un échange de paroles, cf. la thèse DXXII ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 45, tit. 1, nb 1.]

§ 46. Ce qui est ci-dessus dit du garant [275] a aussi lieu dans toutes les promesses, comme lorsque l'on trouve par une preuve orale ou écrite qu'une certaine promesse est faite, alors, tout est tenu avoir été fait légalement [276].

§ 47. Les promesses peuvent être faites purement et simplement ou sous une condition [277]. Quand la condition regarde quelque chose qui est passé ou présent, comme par exemple, si je dis *dans le cas où Pieter est bourgmestre ou l'a été*, l'obligation naît ou est immédiatement applicable, après qu'une telle chose ne fut ou n'est pas vraie [278] ; mais, si elle regarde quelque chose de futur, ainsi, il n'y a aucune dette, mais un espoir de dette, qui passe aussi à l'héritier de l'acceptant [279] ; cartes, parfois, la dette peut ne pas être réclamée autrement que par l'héritier ; semblablement, lorsque quelqu'un a promis quelque chose, dans le cas où il ne se rend pas dans les Indes orientales ; car, tant qu'il vit, il est incertain [de savoir] si le promettant est tenu ou non [280]. De nouveau, si l'héritier du promettant [281] est obligé à autant que le promettant lui-même ; mais une condition qui est impossible, comme si je disais *dans le cas où tu construis une maison jusqu'au ciel*, rend la promesse immédiatement nulle [282] ; semblablement dans le sens contraire, une condition qui n'est pas impossible confirme immédiatement la dette [283] comme si je disais *dans le cas où tu ne construis*

---

[275] (Note de l'éditeur) Voir ce chap. III, § 25.

[276] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 17.

« § 17. S'il a été écrit dans l'instrument que quelqu'un avait promis, cela sera tenu de la même manière que si, la question ayant précédé, il y avait été répondu ».

[277] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *(D(De l'obligation [qui se conclut] par un échange de paroles)*, § 2.

« § 2. Toute stipulation, purement et simplement, à terme ou sous condition, est faite. Purement et simplement, comme "Promets-tu de donner cinq pièces d'or ?", cela peut être immédiatement demandé. À terme, lorsqu'un terme ayant été ajouté dans lequel l'argent sera payé , une stipulation est faite, comme "Promets-tu de donner dix pièces d'or aux calendes de mars ?", ce que nous stipulons à terme est certes immédiatement dû, mais e peut pas être demandé avant que le terme vienne ; et pas même à la date dans laquelle la stipulation a été faite, cela peut être demandé, parce que tout terme doit être donné au jugement de celui qui paie. En effet, il est certain qu'à la date dans laquelle il a été promis, cela n'est pas donné avant qu'elle soit écoulée ».

[278] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *(De l'obligation [qui se conclut] par un échange de paroles)*, § 6.

« § 6. Les conditions qui, au temps passé ou au temps présent, sont rapportées, immédiatement, annulent l'obligation ou ne la diffère pas du tout ; comme "si Titius était consul" ou "si Mævius vit", promets-tu de donner ?". Car si cela n'est pas ainsi, la stipulation n'est en rien valide ; mais, si au contraire, cela est ainsi, immédiatement, elle est valide. En effet, ce qui est, par la nature des choses, certain, ne retarde pas l'obligation, bien que, pour nous, ce soit incertain ».

[279] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *(De l'obligation [qui se conclut] par un échange de paroles)*, § 4.

« § 4. Sous condition, une stipulation est faite quand, sur un autre cas, est différée l'obligation, comme si quelque chose avait été fait ou n'avait pas été fait, la stipulation est mise à exécution comme si quelqu'un a stipulé ainsi, "si Titius a été fait consul, promets-tu de donner cinq pièces d'or ?" ou "si, sur la Capitole, je ne suis pas monté, , promets-tu de les donner ?, ce sera de la même manière que s'il avait stipulé que, quand il le pourrait, cela lui serait donné. À partir d'une stipulation conditionnelle, l'espoir est que ce sera dû et nous transmettons cet espoir si, avant que la condition se réalise, la mort nous est survenue ».

[280] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 4 des *Institutes*, III, xv *(De l'obligation [qui se conlut] par un échange de paroles).*

[281] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des tipumations inutiles)*, § 25.

« § 25. Lorsque quelqu'un, sous quelque condition, a stipulé, bien qu'avant la condition, il soit mort, par la suite, la condition continuant, son héritier peut agir en justice. Il en est de même du côté du promettant ».

[282] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 11.

« § 11. Si une condition impossible, aux obligations, est ajoutée, n'est en rien valide la stipulation. Mais, comme impossible, est tenue la condition à laquelle la nature vient en empêchement, l'empêchant d'exister, comme si quelqu'un a ainsi dit : "Si, avec le doigt, je touche le ciel, promets-tu de donner ?". Mais, si on stipule ainsi "si avec le doigt, je n'ai pas touché le ciel, promets-tu de donner ?", comme purement et simplement faite, l'obligation est entendue et c'est pourquoi il peut immédiatement réclamer ».

[283] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 11 des *Institutes*, III, xix *(Des stipulations inutiles).*

pas une maison jusqu'au ciel. Le promettant qui promet que quelque chose sera fait ou donné dans le cas où cela plaît au promettant, n'est pas obligé [284].

[285] § 48. Ici, il y a un doute [de savoir] si les GAGEURES, *c'est-à-dire des promesses [faites] sur une condition*, quand on ne voit pas d'intention de donner et qu'aussi, aucun autre contrat n'y vient, sont effectives ou non ; bien que cette affaire, selon les lois, soit tenue pour douteuse, ainsi, chez nous il est entendu pour le profit commun [285] que de telles gageures sont sans effet [286], à moins qu'il n'y eût une obligation de part et d'autre et que la condition ne fût de l'intérêt des contractants, ce qui arrive dans les assurances. Autrement, ce qui serait donné ou payé peut être redemandé. En Hollande, il était très en usage qu'une partie au procès pariât une terre sur une faute ou une innocence pour, par la crainte d'une grande perte, détourner les gens d'actions en justice injustes et toutes les gageures avaient leurs contre-gageures, c'est-à-dire celui qui se voyait proposer la gageure devait suivre la gageure ou souffrir les propos de son opposant ; mais la plus haute gageure dominait la plus basse et ainsi, quand la plus haute gageure était pour un plus grand espoir d'argent que celui dont le juge d'une cour basse pouvait prendre connaissance, ainsi, par la gageure, toute l'affaire

---

[284] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 8 ; D. 45, 1, 17.

Extrait du livre XVI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Sous cette condition "si je vole [dans les airs]", il n'est fait aucune obligation ; en effet, pour non dit, cela est [tenu], parce que tu ne pourras pas donner, à moins que tu ne veuilles y être contraint ; car l'héritier de ce promettant qui, jamais, n'a voulu donner n'est pas tenu, parce que cette condition, pour le promettant lui-même, jamais, n'existe ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« La stipulation n'est pas valide, la condition ayant été rapportée au jugement du débiteur promettant ».*

[285] (Note de Groenewegen) Y étant compris que le bien commun y est mis que les personnes ne gaspillent pas leurs biens par de tels gageures inutiles et stupides, voir *Institutes de Justinien*, I, viii, § 2.

« § 2. Mais, à cette époque, à aucun homme qui, sous notre pouvoir de commandement, se trouve, il n'est permis, sans cause connue dans les lois et au-dessus de la mesure, contre des esclaves, de sévir. Car, à partir de la constitution du divin [Antonin] le Pieux, celui qui, sans cause, a tué son esclave, se voit ordonner de ne pas être moins puni que celui qui a tué l'esclave d'autrui. Mais une plus grande sévérité des maîtres, par une constitution du même empereur, est punie. Car, ayant été consulté par certains gouverneurs des provinces quant à ces esclaves qui, dans un bâtiment sacré ou auprès des statues des empereurs, se réfugient, il a prescrit que, si la sévérité des maîtres était considérée intolérable, ils seraient contraints de vendre les esclaves à de bonnes conditions, afin que le prix en soit donné aux maîtres et à bon droit ; il est en effet à propos pour la République *que personne, de son bien, n'use de mauvaise façon ; tels sont les termes de ce rescrit [adressé] à Ælius Marcianus : "il faut que le pouvoir des maîtres contre leurs esclaves soit certes entier et qu'à personne son droit sur ses esclaves ne soit retiré . Mais il est de l'intérêt des maîtres qu'un secours contre la rigueur, la réputation ou une intolérable injure, ne soit refusée à ceux qui, de façon juste, intercèdent. C'est pourquoi, connais des plaintes de ceux qui, de la domesticité de Julius Sabinus, se sont réfugiés près de la statue et si tu as appris qu'ils avaient été traités plus durement qu'il est juste ou que, d'une infâme injure, ils avaient été affectés, commande qu'ils soient vendus, d'une façon telle qu'au pouvoir de leurs maîtres,, ils ne retournes pas. Si, envers ma constitution, il a commis une fraude, qu'il sache que je poursuivrai plus sévèrement l'acte" ».*

[286] (Note de Groenewegen) Voir la *willekeur* d'Amsterdam du 8 décembre 1601 ; les coutumes d'Anvers, cap. 54, art. 3 ; l'ordonnance des assurances à Middelburg du 30 septembre 1600, art. 2 ; l'ordonnance des assurances à Rotterdam du 27 avril 1535, art. 14 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 45, 1 *(De l'obligation [qui se conclut] par un échange de paroles*], 108. Ce que Godefroy sur D. 45, 1, 108 et Thomas Herbaius, *Rerum quotidianarum Liber singularis*, cap. 1, soutiennent être en accord avec les lois romaines. Mais Sande est d'un autre sentiment, voir *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 9, defin. 1 ; voir Stracca, *De sponsionibus*, part. IV, Paul van Christijnern, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. II, decis. 199 ; les docteurs sur ledit texte de D. 45, 1, 108 ; Automne, *Conférence du droict françois* sur D. 19, 5 [*Des actions avec "des mots écrits en tête" et "en fonction des circonstances du fait"*], 5 et 17 ; Covarruvias sur le canon *peccatum*, part. II, § 4, nb 2 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XIV, tit ; 12, nb 24 avec le suivant ; Gomez, *Resolutiones*, tom. II, cap. 11, nb 4.

L'article 2 de l'ordonnance sur les assurances de Middelburg dispose : (notre traduction du néerlandais) *« Aussi, désormais aucune assurance ne pourra être faite sur la vie de certaines gens ou personnes ni sur gageure de voyages ou inventions semblables et, dans le cas où un telle chose était faite, elle sera nulle et de nulle valeur ».* Voir pour le texte néerlandais J.-M. Pardessus, *Collection des lois maritimes antérieures au XVII^e siècle*, Imprimerie royale, Paris 1837, t. IV, p. 168.

Cette collection ne présente malheureusement pas le texte de l'ordonnance de Rotterdam citée pour cette date, mais on trouve un article similaire dans l'ordonnance de 1635, dans l'article 10 qui est le suivant : (notre traduction du néerlandais) *« Sur la vie de certaines personnes ou sur une gageure, aucune assurance ne pourra être faite ».* Cf. pour le texte néerlandais J.-M. Pardessus, *Collection* …, *op. cit.*, p. 156.

était déférée à une HOFVAERT [287], c'est-à-dire *à la connaissance de la cour*, nom avec lequel étaient appelés les tribunaux de baillage ; pour lors, une telle chose est maintenant arrivée assez en désuétude [288].

[**Note de Willem Schorer sur la note 285 de Groenewegen van der Made**

Il est débattu [de savoir] si les gageures seront licites à partir du droit de la nature. L'auteur signale que, quant au droit civil cependant, à raison de l'utilité publique, cela n'est d'aucune importance, comme ci-dessous, liv. II, chap. XXIV, § 4, dans la note 868, et chap. XXX, § 13, dans la note 1077, et il a été répondu selon la sentence de Grotius à Utrecht, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 108, nb 6. Les gageures, dans lesquelles la loi civile a plus souvent circonscrit la liberté civile, sont rapportées au droit naturel permissif, et il interdit ce qui était naturellement permis, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, liv. II, chap. IV, § 28, aux mots *Andere luiden* - "D'autres personnes".

Mais il est demandé si, les statuts les places ayant été mis à l'écart, elles auraient été licites dans le droit romain. Car, les interprètes partent dans divers partis, comme nous l'apprenons de Groenewegen dans sa note 286. Barbeyrac fait une distinction dans sa note sur Pufendorf, *Le droit des gens et de la nature*, liv. V, chap. 9, § 4, note 1, et ainsi aussi, Benvenuto Stracca dans son *Tractatus de sponsionibu*s, part. III, nb 3, entre la cause honorable d'une gageure et la cause malhonnête suivant D. 19, 5 *(Des actions avec des mots écrits en tête et en fonction des circonstances du fait)*, 17 § 1 et D. 11, 5 *(Des joueurs de dés)*, 3, sur cette loi, voir Brunemann et van der Meulen, *Forum conscientiæ*, quæst. 3, p. 116 et 117. Quant au droit civil, Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, cons. 78, ne désapprouve pas les gageures. Je pense aussi que cela doit être jugé ainsi dans ces endroits où rien n'a été disposé et la choser reste indécise, comme aussi dans sa sentence du 3 octobre 1636, la Cour de la Gueldre a jugé que la gageure était valide, même faite au milieu des chopes de bière (*schoon by het bier*), voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Weddinge* - "Gageure", § 1, comme Rocco, dans son traité sur les *Assurances*, art. 73, nb 269, et ici Feitama dans sa note, affirme que, dans le royaume de Naples, sur une cause honorable, une promesse est permise, pourvu que la gageure ne soit pas faite quant à la valeur du blé, à l'enfant d'une femme et à l'élection du pape de Rome, le siège étant vacant. À partir de ces exceptions, l'auteur, loué dans cette mesure, *étant exceptée la troisième des sentences*, nb 3 et suivant, conclut à bon droit que les gageures étaient ici régulièrement licites ; car l'exception confirme la règle dans les cas non exceptés. IL approuve avec toute la troupe des jurisconsultes que les gageures sont ordinairement licites, pourvu qu'elles ne soient pas immodérées, voir Goswinkel von Esbach dans ses notes sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, p. 219.

En Belgique, ne semble pas s'y opposer l'art. 32 de l'ordonnance de Philippe II du 20 janvier 1570 (voir *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 828), mais cet article semble devoir être restreint à l'assurance dont [il sera parlé] ci-dessous, chap. XXIV, § 4. Cependant, les gageures sont aussi approuvées dans nos usages, pourvu qu'elles naissent d'une cause licite, voir *Bellum juridicum*, cas. 9, où il y a aussi la sentence de la Cour Suprême du 11 novembre 1670.

Mais il est demandé si, dans le tribunal de la conscience, la gageure sera licite sur une chose dont l'un a déjà une connaissance certaine. Pufendorf, *Les devoirs de homme et du citoien*, liv. I, chap. 15, § 13, et van der Meulen dans ledit endroit, le nient. Barbeyrac, *Traité du jeu*, liv. II, chap. 2, § 16, et sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 9, § 4, note 1, me semble l'affirmer à meilleur droit et l'illustre Otto le suit dans ses notes. En effet, il a ce qu'il s'impute, qu'il aura sans précaution engagé dans un combat, pourvu qu'il n'ait pas simulé une ignorance, du fait qu'il savait la chose non douteuse, car il ne faut pas être favorable à un dol. De là, Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 9, § 4, critique les convives qui, tandis qu'il ne peuvent pas résoudre l'énigme proposée par Samson (voir Jg 14, 15 à la fin), s'arrachaient avec fourberie la solution de celle-ci par le biais de son épouse.]

[287] (Note du traducteur) L'expression néerlandaise traduite *verbatim* signifie "passage de cour". Il s'agit de transférer à une autre juridiction plus haute les questions portant sur des points de droit douteux, dès lors que le juge supérieur est supposé avoir une meilleure connaissance du droit.

[288] (Note de l'éditeur) Voyez les coutumes du Rijnland, art. 17-18 ; Goudelin, *De jure novissimo*, liv. IV, cap. 8 au début ; Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. IV, chap. 3, nb 9 avec le suivant.

[***Theses selectæ*** **de Dionsus Godefried van der Keessel**

DXIV. Bien qu'à partir des lois générales qui sont ajoutées par Groenewegen dans sa note sur ce § et par les jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 67, on ne peut pas prouver que les gageurs, quelles qu'elles soient, ait été interdites dans le droit commun hollandais ; cependant, il est probable à partir de van Alphen, *Papegay ofte formulier-boec van allerhande requesten*, part. I, p. 302, de façon plus valide, le droit est ordinairement prononcé quant à celles-ci ; voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 7, p. 251.]

[286] § 49. Un semblable doute peut naître de promesses qui sont faites dans des jeux, à savoir que tous les jeux étaient ordinairement anciennement interdits en Hollande [289] dans la permission du comte qui, à certaines villes [290], a accordé un tel droit. En outre, le droit commun est que personne ne peut perdre par le biais de jeux plus qu'il a apporté sur la table, toutes les autres promesses sont nulles [291]. De plus, dans de nombreuses places, il y a des *keuren* [292] [disant] que ce qui est perdu dans un tel jeu au-dessus de deux onces d'argent ou valeur sûre peut non seulement être réclamé par le perdant, mais aussi par son épouse, ses alliés ou ses parents [293].

---

[289] (Note de l'éditeur) Voir les privilèges accordés par le duc Aelbregt de Bavière à Amsterdam et au Gooiland le 21 janvier 1394.

[290] (Note de Groenewegen) Et en particulier à la ville de Delft, voir le privilège du duc Aelbregt de Bavière de 1366, et à la ville de Monnikendam, voir le privilège du même duc du 10 octobre 1305.

[291] (Note de Groenewegen) Voir D. 11, 5, 4 ; coutumes d'Anvers, cap. 54 *(Des contrats d'assurance, des gageures et du jeu)*, art. 17, 18, 19 et 20.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« [Quant à] ce qui, lors d'un banquet, pour se nourrir, est déposé, sur cette affaire, à la domesticité, il est permis de jouer. 1 - Si un esclave ou un fils de famille a été vaincu, au père ou au maître, se présente la réclamation. De même, si l'esclave a reçu de l'argent, sera accordée contre le maître l'action quant au pécule, non l'action noxale, parce qu'à partir d'une affaire faite, on agit en justice ; mais il ne doit pas être contraint à payer plus que ce que, dans le pécule, il y aura. 2 - Contre les parents et les patrons, une réclamation utile de ce qui, aux dés, a été joué, à partir de cet Édit, doit être accordée ».*

[292] (Note de Groenewegen) Comme à Amsterdam, *Willekeur* d'Amsterdam imprimée en 1624, p. 243, à Leyde, voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 58.

[293] (Note de Groenewegen) Voir D. 11, 5, 4 § 2 et C. 3, 43, 1 avec la constitution suivante.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« . 2 - Contre les parents et les patrons, une réclamation utile de ce qui, aux dés, a été joué, à partir de cet Édit, doit être accordée ».*

(Note du traducteur) Les textes repris du Code diffèrent selon les versions données du Code. L'édition de Galisset, faite avant celle de Mommsen pour l'université de Paris, donne trois constitutions, les deux premières étant précédées d'un résumé que Cujas propose à partir des Basiliques, face à la corruption des textes. L'édition de Mommsen, ne propose que deux textes.

Nous proposerons donc les textes tels qu'ils se trouvent dans les deux versions du Code.

C. 3, 43, 1 selon Cujas : *« Cette constitution interdit les jeux, à l'exception de cinq ; elle détermine aussi l'amende contre les joueurs, permettant au Préfet de la ville, aux gouverneurs des provinces et aux évêques d'examiner cela et de l'interdire et d'annuler les contrats tenus sur ceux-ci. Elle accorde une action pour les cinq jeux accordés et la répétition de ce qui, à partir de cette cause est dû et elle a fixé une amende de dix livres contre ceux qui ont permis que la constitution soit violée ».*

C. 3, 43, 1, telle que Mommsen en donne le texte : Constitution de Justinien (sans destinataire) donné en 529 : *« Le jeu de dés est une chose ancienne et en dehors des services, accordée aux combattants, mais, à la faveur du temps, il a progressé dans les larmes, recevant un millier de nominations étrangères. En effet, certains qui jouent et ne connaissant pas le jeu, mais seulement le nom, ont perdu leurs propres richesses en jouant jour et nuit avec un équipement d'argent, de pierres et d'or. En conséquence, à partir de ce désordre, ils entreprennent de blasphémer et réalisent des instruments. 1 - En conséquence, souhaitant pourvoir aux avantages des sujets, avec cette loi générale, nous décrétons qu'à personne, il ne sera permis, dans des endroits privés ou publics de jouer ni en espèce ni en genre ; et, si l'on avait agi contre, aucune condamnation ne suivra, mais ce qui a été payé sera rendu et, avec des actions appropriées, répété par ceux qui l'ont donné ou leurs héritiers, ceux-ci le négligeant, parles pères ou les défenseurs des mieux ; non obstant la prescription de seulement cinquante ans ; les évêques des lieux recherchant cela et usant de l'aide des gouverneurs. Mais ensuite, ils mettent en ordre cinq jeux,* τον μονοβολον, τον κονδομονοβολον, κονδακκα, ρεπον και περιχυτεν (nous ne savons pas à quoi correspondent ces noms). *Mais, à personne, nous ne permettons aussi de jouer dans ceux-ci au-delà d'un sou, quoiqu'il soit très riche, afin que, s'il est arrivé qu'il soit vaincu, il ne supporte as un accident grave. En effet, non seulement, nous réglons bien les guerres et les choses sacrées mis aussi cela, en déterminant un peine pour les transgresseurs et en accordant le pouvoir aux évêques d'examiner cela avec l'aide du siège des gouverneurs ».*

[**Note de Willem Schorer**

Un semblable doute. Les sortes de jeux sont triples : ou bien ils consistent en la seule dextérité, ou bien ils ont un seul jugement au hasard, ou bien ils sont d'une espèce mixte, voir Barbeyrac, *Traité du jeu*, liv. II chap. 1 § 1 ; Formey, *Principes du droit naturel*, liv. V, chap. 2, § 36, p. 169.

Mais il est demandé si le jeu, de quelque sorte qu'il soit, contiendra en lui par une conséquence nécessaire quelque chose de mal. Cette question agitée plus souvent avec ardeur a fortement heurté les jurisconsultes et les théologiens, car certains refusent la condiction à ceux qui prêtent de l'argent pour un certain jeu, voir Parladorio, *Quæstionum quotidianarum sesquicenturia*, lib. II, cap. 7, nb 12, bien qu'ils soient parmi ceux qui, étant posé ce qui doit être posé, suivent la sentence des jurisconsultes et qu'ils aient prononcé que tout jeu, aussi dans lequel on combat avec la seule fortune, n'était pas indigne à un chrétien, comme le tient Barbeyrac dans sa note sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 9, § 4, note 2 ; van der Meulen, *Forum conscientiæ*, quæst. 3, p. 99. Et il a tenu ferme cette opinion *ex professo* et, de même, Barbeyrac, dans son *Traité du jeu*, liv. I, chap. 1, nb 6, 7 et 8 et van der Meulen, dans ledit endroit, ont repoussé les objections. Cependant, à la fin, le grand homme signale qu'il est très vrai que le jeu a été confirmé sans abus et sans péché et qu'ainsi, l'avidité était la compagne du jeu, comme la la bouffonnerie l'est ordinairement de la comédie. En conséquence, il y a une raison de douter [de savoir] s'il ne sera pas à propos, à raison du seul abus, bien que l'usage puisse être très innocent, d'interdire tout jeu aux citoyens, à l'exception de ceux qui appartiennent à la première classe ; en effet, de telles personnes aiguisent leur intelligence ou rendent leurs corps plus robustes. De Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 78, relève aussi des joueurs de dés avec du charbon noir et Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 33, nb 30, signale qu'à raison des jougs des jeux de dé, on a interdit les rixes, les homicides et les blasphèmes. Mieux, Parladorio, *Quæstionum quotidianarum sesquicenturia*, lib. II, cap. 7, nb 7 réprouve les jeux qui sont en partie régis par la fortune, en partie par le métier.

Madame Deshoulière l'a chanté avec charme

Le désit de gagner, qui nuit et jour occupe,
Est un dangereux eguillon.
Souvent, quoique l'esprit, quoique le cœur soit bon,
On commence par être dupe ;
On finit par être fripon.]

[**Sur la note 291 de Groenewegen van der Made**

Il a aussi été expressément disposé en Zélande que le droit est simplement refusé à celui qui pratique un jeu interdit, voir les *Keuren* de Zélande, chap. 3, art. 28.]

[**Sur les notes 292 et 293 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici quant à la condiction s'accorde au droit romain, comme [le dit] aussi Carzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. VI, tit. 10, resp. 96, nb 13, bien que cela ait été autrement reçu dans le droit saxon, voir de même, nb 16 et17. L'argent prêté à un joueur edst à bon droit réclamé, voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. III, quæst. 134, nb 17. Dans les usages aussi, quand les lois municipales font défaut, ce qui a été perdu aux dés et payé ne peut pas être répété, du fait que, dans une honte égale, la condition du celui quipossède est meilleure que celle de celui qui répète et cela procède toujours dans une cause égale, comme [le dit] l'auteur lui-même dans *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § VIII, et ci-dessus, liv. III,

---

C. 3, 43, 2 tel que donné par Cujas : *« La constitution interdit ce qui est appelé chevaux de bois, ayant posé la répétition du risque contre les joueurs et la confiscation des maisons dans lesquelles des jeux de cette sorte sont faits. La répétition est accordée à celui qui a été dominé et qui a payé ; s'il ne veut pas répéter, elle commande que cela soit collecté pour les ouvrages publics de cette cité ».*

C. 3, 43, 2 telle que donnée par Mommsen : Constitution de Justinien (sans destinataire et sans date) : *« Nous interdisons aussi que les chevaux ne soient pas de bois ; mais, si quelqu'un, à partir de cette occasion, l'a lui-même reçu, leurs maisons étant confisquées là où ceux-ci sont trouvés. 1 - Mais, si n'a pas voulu le recevoir celui qui l'a donné, notre procurateur examinera cela et, aux travaux publics, l'enverra. 2 - Semblablement, les juges pourvoiront à ce que, des blasphèmes et des parjures qui, avec l'interdiction de ceux-ci, doivent être arrêtés, tous, entièrement, se reposent ».*

La troisième texte donné par Galisset est en fait la reprise de ce second texte donné par Mommsen.

chap. I, § 43, dans la note 74. Cependant, cela est accordé aux navigants dans l'Inde roeintale et occidentale, voit Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 11, tit. 5, nb 6, de même aux mineurs, voir les coutumes d'Anvers, tit. 54 *(De la gageure et du jeu)*, art. 17, p. 154. Cela procède aussi de même quand une triche est prouvée avoir été commise dans un jeu, comme [le dit] Voet dans ledit nb. Mais, en tout cas, Antonella, *De tempore legali*, lib. II, cap. 67, nb 84, signale que cette condiction se présente au vaincu dans les cinquante ans.

Mieux, le jeu de dés avait été mal vu des Romains à un tel point que celui qui fournit sa maison pour jouer, s'il a été bousculé ou a souffert une injure, il n'aura aucune action contre celui qui le blesse. Cependant, Brunemann, sur D. 11, 5 *(Des joueurs de dés)*, 1, nb 2, enseigne que cela n'avait pas été reçu dans les usages, afin que la maison de ceux qui l'entreprennent ne soit plus confisquée, voir Voet, lib. 11, tit. 1, nb 6. Toutefois, dans une récente ordonnance de la Cour, les propriétaires d'une maison qui permettent un jeu interdit sont punis d'une amende de 1000 florins la première fois et la seconde, le nombre des florins ayant été doublé ; mais à la troisième fois, iceux qui transgressent cet édit sont punis arbitrairement à la faveur de la chose qui en naît.

Van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *teerling* - "jeu de dés", pour moi [éd. 1758] p. 1103 et suivante, *dobbelen* - "dés", *spelen* - "jeux". Récemment, la Cour et la Cour Suprême militaire ont fermement renouvelé les ordonnances abrogées le 4 janvier 1763. En Zélande, le dimanche, le jeu de dés de n'importe quelle sorte a été interdit, voir *Nader ampliatie van het Plakaet van Politie* du 24 janvier 1673, art. 4, dans le *Groot Placaet-boek*, vol. III, p. 589.]

§ 50. On peut aussi validement faire des promesses pour être aussi tenu un certain temps ou jusqu'à un certain temps, aussi quand l'acceptant, le promettant [294] ou quelqu'un d'autre [295] mourra ou sera mort (sans avoir égard aux chicanes des juristes romains [296] sur ce point). Ce qui est promis pour être satisfait après un certain temps, dont la dette est bien immédiate, mais ne peut pas être demandée avant que le temps soit écoulé [297], certes, l'année, le mois ou le jour qui sont nommés dans la promesse, doivent être terminés avant que la demande puisse être faite [298].

[287] § 51. Mais, lorsqu'aucune date n'est fixée, il est entendu que la dette peut être immédiatement réclamée [299], à moins que l'exécution, comme par exemple la livraison d'une maison, ne demandât nécessairement un certain temps [300].

---

[294] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 15.

« § 15. Une stipulation est conçue ainsi, comme si Titius disait "quand je mourrai, promets-tu de donner ? ", ou "quand tu mourras", chez les anciens, la stipulation était utile et, maintenant, elle est valide ».

[295] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 16.

« § 16. De même, après la mort d'un autre, à bon droit, nous stipulons ».

[296] (Note de Groenewegen) Voir Stracca, *De sponsionibus*, part. IV ; Paolo di Castro sur D. 45, 1, 108 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. II, decis. 196, nb 2.

[297] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 213 pr.

Extrait du livre I[er] des *Règles* d'Ulpien : *« "Le terme "échoit" signifie que l'argent commence à être dû ; "le terme arrive" signifie qu'est venu le jour dans lequel l'argent peut être réclamé. Quand quelqu'un a stipulé purement et simplement et que le terme échoit et arrive, quand pour le terme, il échoit mais n'arrive pas encore, quand sous condition, le terme n'échoit ni n'arrive, la condition étant encore pendante ».*

[298] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xv *(De l'obligation [qui se conlut] par un échange de paroles)*, § 2.

« § 2. Toute stipulation, purement et simplement, à terme ou sous condition, est faite. Purement et simplement, comme "Promets-tu de donner cinq pièces d'or ?", cela peut être immédiatement demandé. À terme, lorsqu'un terme ayant été ajouté dans lequel l'argent sera payé , une stipulation est faite, comme "Promets-tu de donner dix pièces d'or aux calendes de mars ?", ce que nous stipulons à terme est certes immédiatement dû, mais e peut pas être demandé avant que le terme vienne ; et pas même à la date dans laquelle la stipulation a été faite, cela peut être demandé, parce que tout terme doit être donné au jugement de celui qui paie. En effet, il est certain qu'à la date dans laquelle il a été promis, cela n'est pas donné avant qu'elle soit écoulée ».

[299] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 14 ; *Institutes de Justinien*, III, xv *(De l'obligation [qui se conclut] par un échange de paroles)*, § 2 ; D. 45, 1, 56 § 4 ; Bronckhorst, cent. 4, assert. 49 ; Hunnius, *Resolutiones*, liv. III, tract. 2, quæst. 8.

[**Note de Willem Schorer sur la note 299 de Groenewegen van der Made**
Voyez ce que j'ai déjà relevé, liv. II, chap. XLVI, § 6, sur la note 1080 à la fin.]

§ 52. Mais une promesse de cette sorte, *dans le cas où, dans les six mois, un navire arrive des Indes orientales, je vous serai redevable à partir de maintenant de cent florins*, peut être faite [301].

§ 53. Selon cela, ce qui est promis être donné ou fait dans une autre place renferme en soi autant de temps que la promesse eut être convenablement exécutée ; et, si un tel temps était expressément exclu, ainsi, la promesse serait tenue comme impossible [302].

§ 54. Toutes les promesses sont prises de façon stricte et de telle façon que le promettant soit le moins chargé [303].

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Dans toutes les obligations, dans lesquelles une date n'est pas fixée, on doit au jour présent ».*

Le § 2 a été proposé ci-dessus dans la note précédente.

[300] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 27 ; D. 45, 1, 73 ; D. 46, 3, 105 ; D. 13, 5, 21 § 1.

« § 27. Si tu as stipulé qu'un bien-fonds ou un esclave soit donné, tu ne pourras immédiatement agir en justice, à moins qu'un certain espace de temps ne soit écoulé dans lequel la livraison pourra être faite ».

Extrait du livre XXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Parfois, une stipulation pure, à partir de la chose elle-même, prend du retard, comme si l'on a stipulé ce qui se trouve dans une ventrée, des fruits futurs ou que soit construite une maison ; alors, en effet, l'action commence quand celle-ci peut être fournie par la nature des choses. Ainsi, celui qui stipule qu'il soit donné à Carthage, alors qu'il se trouve à Rome, est considéré embrasser tacitement le délai durant lequel on peut arriver à Carthage. De même, si quelqu'un a stipulé les services d'un affranchi, le terme de ceux-ci n'arrive pas avant qu'ils aient été notifiés et qu'ils n'aient pas été fournis. 1 - Si un esclave de la succession a stipulé, la stipulation n'aura aucune force, à moins que la succession n'ait été acceptée, comme si elle avait une condition. Il en est de même pour l'esclave qui se trouve chez les ennemis. 2 - Le promettant de Stichus, après un retard, en l'offrant, purge le retard ; de façon certaine, en effet, l'exception de dol sera préjudiciable à celui qui n'a pas voulu recevoir l'argent offert ».*

Extrait du livre unique *Sur la Loi Falcidie* de Paul : *« Ce que nous disons de cet héritier qui, au garant du testateur, doit immédiatement payer ce qui, avant l'acceptation de la succession, par lui, a été payé, avec quelque modération de temps, doit être entendu ; en effet, avec la bourse [pleine], il ne doit pas l'accepter ».*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Si, sans [indication d'une] date, tu fais un constitut, on peut certes dire que tu n'en es pas tenu, bien que les termes de l'Édit, largement, s'étendent ; autrement, immédiatement, contre toi, on pourra agir en justice, si, aussitôt que tu as fait le constitut, tu ne paies pas ; mais un petit délai doit être fixé de non moins de dix jours, pour que la réclamation soit faite ».*

[301] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*, § 14.

« § 14. De même, si quelqu'un avait stipulé ainsi : "Si le navire, d'Asie, est arrivé, aujourd'hui, promets-tu de donner ?", la stipulation était inutile, parce qu'en intervertissant l'ordre, elle a été conçue. Mais, du fait que Léon, de remarquable mémoire, pour les dots, a estimé que cette même stipulation qui est appelée intervertir l'ordre, devait être rejetée, il nous agréé (cf. C. 6, 23, 25)*, à celle-ci, d'adapter une force parfaite, de sorte que, non seulement pour les dots, mais aussi pour toutes choses, soit valide une conception de cette sorte de la stipulation ».*

[302] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III. xv *(De l'obligation [qui se conlut] par un échange de paroles)*, § 5 ; D. 45, 1, 41.

« § 5. Les places sont aussi ordinairement insérées dans la stipulation, comme "à Carthage, promets-tu de donner ?". Bien que cette stipulation soit considérée être faite purement et simplement, cependant, par la chose elle-même, elle a une période mise dont le promettant usera pour donner l'argent à Carthage. Et c'est pourquoi, si quelqu'un a ainsi stipulé à Rome "aujourd'hui, à Carthage, promets-tu de donner ?", la stipulation est inutile du fait que la promesse est impossible ».

Extrait du livre L *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il est clair que celui qui stipule "aux calendes de janvier", s'il ajoute "les premières" ou "les prochaines", il n'y a aucun doute ; mais, s'il dit "les secondes", "les troisièmes" ou d'autres, de façon juste, il supprime la question. Aussi, s'il n'ajoute pas lesquelles de janvier, introduit une question de fait ce qu'il a peut-être pensé, c'est-à-dire ce qui a été fait entre eux (en tout cas, en effet, nous suivons ce qui a été fait) et nous les choisissons. Mais, si cela n'apparaît pas, il faut dire ce que Sabinus [dit], [à savoir] qu'il fait regarder les premières calendes de janvier. Assurément, si en ce même jour des calendes, quelqu'un place une stipulation, que suivrons-nous ? Je pense que l'on considère que cela a été fait quant aux calendes suivantes. 1 - Mais chaque fois, dans les obligations, le jour n'est pas mis, l'argent est dû au jour présent, si ce n'est si le lieu ajouté n'introduit pas un espace de temps, dans lequel il lui sera possible d'arriver. Mais le jour ajouté fait qu'au jour présent, l'argent n'est pas dû ; de cela, il appert que l'ajout du jour est en faveur du débiteur, non en faveur du stipulant. 2 - De même, pour les ides et pour les nones, cela doit être approuvé et, de façon générale, pour tous les jours ».*

[303] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 38 § 18 et D. 45, 1, 99 ; D. 2, 14, 39.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXV. Les promesses faite oralement doivent clairement être interprétées strictement, comme les stipulations romaines, voir D. 45, 1 *(Des obligations [qui sont conclueds avec un échange] de paroles)*, 99. La Cour de Hollande l'a prescrit, voir *Deicisien en resolutien van de,n Hove van Holland*, decis.108, où, pour les mots *metten interessen* - "avec des intérêts"*,* il faut lire d'après mon manuscrit *met een jaar interest* - "avec un intérêt d'un an".]

*

Chapitre IV
De la transaction [304]

§ 1. À cet type de promesse, appartient une TRANSACTION, cependant, pour des particulières propriétés, il est utile d'ne parler de façon paticulière.

§ 2. Une TRANSACTION est *une promesse* [305] *de parties à un procès pour un règlement de l'affaire relative au procès* [306].

[288] § 3. Tous ceux qui peuvent promettre peuvent aussi transiger. Un procurateur ne peut faire une telle chose pour son principal [307] qu'à partir d'un ordre particulier [308], à moins qu'il n'eût une charge pour sa propre affaire [309] ou une libre administration de tous les biens

---

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 18 - Dans les stipulations, quand on demande ce qui a été fait, les termes doivent être interprétés contre le stipulant ».*

Extrait du livre XXXVIII des *Digestes* de Celsus : *« Tout ce qui est du ressort d'une obligation astreignante, si cela n'est pas ouvertement exprimé par des mots, doit être entendu comme oublié ; et généralement, c'est selon le promettant que nous l'interprétons, parce qu'il était libre au stipulant de concevoir largement les mots. De nouveau, le promettant ne doit pas être porté [comme débiteur], s'il est de son intérêt que l'on agisse peut-être plutôt au sujet de vases certains ou d'esclaves certains. 1 - Si j'ai stipulé de cette façon : "si, dans les deux ans, tu n'es pas monté sur le Capitole, [promets-tu] qu'il soit donné ?", seulement une fois écoulées les deux années, je réclamerai à bon droit ; car, même si les termes sont ambigus, ils sont cependant ainsi entendus, s'il est invariablement vrai que tu n'es pas monté sur le Capitole ».*

Extrait du livre V des *Questions* de Papinien : *« Il a agréé aux anciens qu'un pacte obscur ou ambigu porte préjudice au vendeur ou à celui qui met en location, au pouvoir desquels appartenait la faculté d'en rédiger les clauses plus clairement ».*

[304] (Note de l'éditeur) Voir D. 2, 15 et C. 2, 4 *(Des transactions)*.

Le titre du Digeste renferme 17 extraits et celui du Code, 43 constitutions.

[305] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 38.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Theodotianus et donnée en 294 : *« Il n'y a pas de transaction sans donner, retenir ou relâcher quelque chose ».*

[306] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 5, 1.

Extrait du livre I[er] *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, cité en justice, a fourni un garant pour être présent au jugement, non soumis à la juridiction de celui devant lequel il est cité, le garant est tenu pour ne pas avoir été donné, à moins qu'il n'ait spécialement renoncé à son privilège ».*

[307] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 7 ; D. 3, 3, 60.

Constitution de Gordien adressée à la demande de Licinius Thimotheus et donnée en 238 : *« Le souhait d'une transaction intervznt de la part de celui tu as confié la cause de l'action, non la décision du procès, à ta demande, ne déroge en rien ».*

Extrait du livre IV des *Réponses* de Paul : *« Dans un mandat général, n'est pas compris aussi le fait de décider la transaction intervenue ; et c'est pourquoi, si, par la suite, celui qui a donné mandat n'a pas confirmé la transaction, il ne peut être repoussé d'exercer ses actions en justice ».*

[308] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 2, 17 § 3 joint à D. 12, 2, 2.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Le procurateur aussi, le serment qu'il a déféré doit être confirmé, à savoir, s'il supporte l'administration de tous les biens, si cela même lui a été donné en mandat ou si, sur son propre bien, il est procurateur ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Le serment contient une sorte de transaction et a une plus grande autorité que la chose jugée ».*

[309] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 12, 2, 17 § 3 et en argument, D. 3, 3, 55.

Le premier passage est cité en premier dans la note précédente.

de quelqu'un [310]. Les tuteurs euvent transiger, pourvu que, par la transaction, ils n'aliènent aucun bien immeuble [311].

[**Note de Willem Schorer sur la note 307 de Groenewegen van der Made**

Tous ceux auxquels il est permis de contracter peuvent transiger ; mais du fait que la chose faite entre d'autres personnes n'est utile et ne porte préjudice à personne, il s'ensuit aussi que la transaction n'a pas d'effet au-delà de la personne de celui qui transige, à moins qu'elles ne soient telles que l'auteur les recense dans la suite. D'où, ayant été faite par un cohéritier ou un associé, elle ne porte pas préjudice aux autres qui ne l'ont pas confirmée ; celui qui transige, pourvu qu'il n'ait pas donné garanti quant à la confirmation, n'est pas contraint de s'en tenir à la transaction au-delà de sa part et il n'est pas tenu à ce qui est d'intérêt que les autres n'y soient pas tenus, mais seulement aux dépenses demandées en considération de la transaction, voir Voet, *Commentatrius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 15, nb 22.

Un vassal ne peut pas transiger au préjudice du seigneur direct quant au fief, tandis que quelque chose s'en irait du bien-fonds féodal, si ce n'est entre deux vassaux de la même Cour ; car, dans ce cas, ce qui pour l'un est éloigné accroît le bien-fonds de l'autre ; cependant, on peut transiger à bon droit quant au domaine utile en tant que quant à son propre droit, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 7. Il est demandé de la même façon s'il sera permis à un héritier fiduciaire de transiger sur les biens à rendre à partir d'un fidéicommis sans consulter le fidéicommissaire, ainsi, de sorte qu'une telle transaction ne lui soit pas parfois nuisible. Cela doit être affirmé, bien que la chose ait été faite entre d'autres personnes, parce que, la condition du fidéicommis ou son terme étant en suspens, il est incertain [de savoir] si quelque chose sera jamais arrivé au fidéicommissaire, pourvu que le droit soit clairement douteux et que la mauvaise foi du fiduciaire ou la remise d'un droit clair n'apparaisse pas. En effet, si cela était permis aux tuteurs, aux curateurs et aux administrateurs des biens d'autrui, beaucoup plus cela serait-il permis au fiduciaire, je juge en considération des fruits des biens héréditaires et, peut-être, le cas d'un fidéicommis faisant défaut, ou à la personne honorée du fidéicommis qui restera propriétaire. Toutefois, le fiduciaire agira de façon plus avisée pour éviter un mal plus grand, s'il se tient à l'écart de toute transaction et remet tous les procès à la sentence du juge. Il n'y a cependant aucun doute que la transaction sur le fidéicommis lui-même entre le fiduciaire et le fidéicommissaire ne porte préjudice à ceux qui transigent et à leurs héritiers obligés de garantir l'acte du défunt, à moins que l'un de ceux qui transigent n'ait repoussé la succession ou n'ait usé du bénéfice d'inventaire, du fait que, ne l'acceptant pas, il peut désapprouver l'acte du défunt et en n'acceptant pas simplement, il conserve tous ses droits comme s'il avait repoussé clairement la succession, voir Voet, lib. 2, tit. 15, nb 8 et 9.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXVI. Du fait qu'il peut être fait par le biais d'une transaction que le bien controversé soit aliéné, n'est pas considéré aliéner celui qui s'est vu interdire de pouvoir transiger d'une façon telle qu'il aliène et l'héritier grevé d'un fidéicommis conditionnel peut *a fortiori* le faire sans consulter le fidéicommissaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 15, nb 8.

DXVII. Il est clair à partir de D. 47, 2 *(Des vols)* 55 § 5 et 57 § 4, et de D. 26, 7 *De l'administration et du risque des tuteurs et des curateurs qui ont administré ou non, et de ceux qui agissent ou de leur citation en justice, un ou plusieurs)*, 46 § 7, que les tuteurs peuvent transiger en faveur des pupilles, pourvu qu'ils n'aliènent pas les biens du pupille, cf. la thèse XVII ; et les lois pupillaires de certaines places objectées par certains jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 70, n'y font pas obstacle. Car, à partir de celles-ci, on ne peut faire le droit commun, thèse

---

Extrait du livre LXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le procurateur ayant, sur sa propre affaire, été donné, le principal ne doit pas être préféré au procurateur pour soulever le procès ou recevoir l'argent ; celui qui, en effet, en son propre nom, a les actions utiles, conformément aux règles, les intente ».*

[310] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 12, 2,17 § 3 ; Wesembeck, *Paratitla*, *De transactionibus*, nb 4 ; *Codex Fabrianus*, liv. II, tit. 4, defin. 7 ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 51.

[311] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck dans ledit endroit ; les docteurs sur C. 2, 4 *(Des transactions)*, 12 ; Montanus, *De tutelis*, cap. 33, nb 239 à 314 ; Ayres Pinhel, part. III, sur C. 6, 60 *(Des biens maternels et du genre maternel)*, 1, nb45 ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 48.

XIV, et elles n'annulent pas à partir de celles-ci une certaine tra,saction faite par le tuteur, mais imputent le dommage peut-être causé par celle-ci au tuteur ; voyez la [loi pupillaire de la] Chambre des pupilles de Leyde, art. 53.]

§ 4. De toutes les choses douteuses, on peut transiger, à l'exception d'un entretien pour le temps à venir [312], des disputes qui naissent d'une dernière volonté, non autrement qu'après une lecture des termes de la dernière volonté [313].

[**Note de Willem Schorer sur la note 312 de Groenewegen van der Made**
Cela est vrai, s'il apparaît que la transaction a été faite au préjudice des pauvres, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 4 *(Des transactions)*, 8.]

[**Sur la note 313 de Groenewegen van der Made**
Vinnen, *Selectæ juris quæsttiones*, lib. I, cap. 8, enseigne *ex professo* qu'il n'est pas à bon droit fait de transaction sur les controverses nées d'un testament sans examiner les tablettes du testament.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DXVIII. Quant aux biens, de la sentence du juge dont on ne peut faire appel passée dans les décisions, la transaction n'est pas valide, la raison du droit civil et la nature de la chose même le combattant ; celle-ci n'a pas été modifiée à partir du fait que les noms des conventions et des transactions sont maintenant presque confondus, comme Groenewegen l'objecte et n'y fait pas obstacle aussi C. 2, 4 *(Des transactions)*, 32 objectée par Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 15, nb 11.

DXIX. Du fait que D. 2, 15 *(Des transactions)*, 6 est entendue avoir été légalement interdite de façon constante dans le tribunal quant à la transaction, chez nous aussi, la transaction ne sera pas valide quant à ce qui a été laissé dans une dernière volonté sans examiner et connaître les termes du testament, voir la thèse XXIII à la fin. Cependant, en dehors du cas de partage de la succession avec un pupille (cf. la thèse CXXXVI et suivante), il n'y a pas besoin qu'un inventaire soit fait avant la transaction.]

---

[312] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu que ce que quelqu'j fait par une dernière volonté, on ne peut pas le transiger sans la connaissance de la Cour ou du tribunal au préjudice de celui auquel cet entretien est fait, voir D. 2, 15, 8 pr et § 6. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 4 *(Des transactions)*, 8.

Extrait du livre V *De tous les tribunaux* d'Ulpien : *« Alors que ceux, auxquels des aliments avaient été laissés, ont transigé aisément de se contenter immédiatement d'un petit [montant], le divin Marc, dans un discours lu en public devant le Sénat, a fait en sorte que la transaction des aliments ne soit pas autrement confirmée que si elle a été faite avec l'autorité du préteur. En conséquence, le préteur intervient ordinairement et juge entre ceux qui y consentent si la transaction ou laquelle doit être reçue. (…) 6 - Le discours désapprouve cette transaction qui se fait pour que quelqu'un consomme l'argent offert. Qu'en est-il donc, si quelqu'un, sans l'autorité du préteur, a fait une transaction pour que ce qui lui a été laissé durant chaque année soit obtenu chaque mois ? Ou qu'en est-il, si ce qui lui a été laissé durant chaque mois est obtenu durant chaque jour ? Qu'en est-il ensuite, si, étant terminée l'année pour le recevoir, cela est obtenu au début de l'année ? Je pense que cette transaction est valide, parce qu'il rend meilleure sa condition avec une telle transaction ; en effet, le discours ne voulait pas enlever les aliments par le biais de la transaction ».*

[313] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 6 ; D. 29, 3, 1 § 1. Voyez en outre Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 5, defin. 15 ; *Codex Fabrianus*, liv. II, atit. 4, defin. 1 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 84 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XXVI, tit. 2. Mais voyez avec cela Automne, *Conférence du droict françois* sur ladite loi de C. 2, 4, 6.

Constitution d'Alexandre adressée aux Pomponii et donnée en 230 : *« Alors que vous avez exposé qu'une plainte de testament contraire aux devoirs ayant été soulevée, votre mère avait transigé avec une partie différente d'un façon telle qu'elle reçoive une partie des biens et se retire du procès, la raison du droit ne permet que que la plainte laissée de côté, certes, soit intentée par vous qui étiez les héritiers de votre mère. 1 - Mais, si la foi n'a pas été procurée aux volontés piur ce qui est d'intérêt, vous citerez à bon droit la partie différente ; en effet, si une stipulation ; à la convention a été ajoutée, sur le fondement de la stipulation, une action se présente ou, si l'obligation des termes a été laissée de côté, une action utile qui, avec des mots écrits en tête* (præscriptis verbis)*, montre la chose faite, doit être accordée ».*

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - Mais la raison de cet Édit est claire ; en effet, sans un juge, la vérité ne peut pas être transigée, ni, devant un juge, examinée quant aux controverses qui, du testament, proviennent, elle peut [l'être] autrement qu'une fois inspectés et connus les termes du testament ».*

§ 5. Puisqu'ici, dans le pays, la poursuite de la peine des délits appartient au magistrat suprême, ainsi, ceux qui peuvent être préjudiciés particulièrement par le délit transigent librement sur cela [314].

[**Note de Willem Schorer sur la note 314 de Groenewegen van der Made**

Sur le montant venant d'une telle lésion, une action civile en indemnité ou sur ce qui est d'intérêt se présente. Cela est vrai à un tel point qu'au mari, quant à l'adultère de son épouse dont, dès le début, il était ignorant, il sera permis de transiger ; mais, de même cela n'est pas effectif si ce n'est entre ceux seules qui transigent, de même cela ne porte pas préjudice à ceux auxquels l'accusation, à partir de l'usage de chaque religion, a été demandée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 15, nb 2.

Mieux, aujourd'hui, l'accusé d'un homicide, avant qu'il obtienne du prince la rémission de son crime, entreprend en général de revenir à une entente avec les plus proches de la personne tuée, alors qu'autrement, cela est plus souvent refusé, bien qu'aussi, sans conciliation préalable, cela puisse être accordé, surtout quand les proches ont refusé plus souvent la réconciliation déjà tentée avec persistance, étant cependant sauvegardée, non obstant l'obtention de la rémission et son entérinement, l'action pour les proches, du fait que le droit à bon droit n'est enlevé à personne, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 61, nb 3 ; Voet, lib. 48, tit. 23, nb 9. [Il en est parlé] plus longuement ci-dessous, chap. XXXIII, §§ 2 et 3, sur les notes 1179 et 1180. En Zélande, déjà dans l'ancien temps, il est clair que la réconciliation avait été usitée, voir la *Keur* de Zélande, chap. V, art. 1 et 2, et celle-ci est aussi menée jusqu'au bout jusqu'à ce jour avec une grande solennité à Anvers, voir les coutumes d'Anvers, tit. XXI *(De la réconciliation)*, p. 35-37 ; Henrik Kinschot, *De remisione homicidii*, tract. 3, cap. 13, nb 7.

Du reste, il faut observer que, dans la rémission des crimes, un entérinement est tout à fait requis et, certes, dans les six mois, voir l'ordonnance sur la justice des crimes, art. 22 et 24 et là van Leeuwen dans se notes, mais dans la Belgique autrichienne, dans les trois mois, voir *Précis du droit Belgique*, p. 250. Cela ne doit cependant pas être étendu à une amnistie, bien que van Merle soit en désaccord, *Manier van procederen*, lib. IV, tit. 2, cap. 22, § 3, pour moi p. 194, mais il est démenti dans la note.

Enfin, il faut avoir à l'attention que la rémission d'un homicide n'est pas à bon droit accordée au moment de la tenue des foires, voir van Merle dans ledit endroit dans la note [c], ni avant l'écoulement du délai d'un an, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 69, nb 1, et ci-dessous chap. XXXIII, §§ 2 et 3, sur les notes 1179 et 1180.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXX. L'ordonnance de Charles Quint du 19 mai 1544, art. 3, la Caroline, l'ordonnance criminelle du 5 juillet 1570, art. 13 et la *Nader ampliatie der Instructie van den Hoven (Ampliation postérieure de l'instruction des Cours)* du 24 mars 1644, art. 40, approuvent que les transactions quant aux délits, dont l'accusation se présente à l'accusateur public, ne peuvent être *légalement* sans la connaissance du juge ; l'utilité publique et l'équité manifeste de ces lois réprouvent assez l'usage, ou plutôt, la corruption contraire envers laquelle les jurisconsultes sont trop favorables dans les *Rechstgeleerde observatien*, part. IV, obs. 40. À meilleur droit, la nouvelle loi quant à la façon de procéder dans les choses criminelles a approuvé la sentence authentique de l'ancien droit, art. 161, et a permis seulement les transactions quant à ces crimes dont il est certain que la peine ne sera pas corporelle, art. 160 joint à l'art. 50.]

§ 6. On peut transiger devant un tribunal ou en dehors d'un tribunal [315], purement et simplement ou avec une condition ou une charge, aussi avec une stipulation d'amende à l'encontre de celui qui rompt le contrat [316].

---

[314] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le chap. XXXII, § 7 dans le passage qui commence par *De zoen* et la note **16** ; Gorenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 4 *(Des transactions)*, 18 et sur C. 6, 35 *(De ceux auxquels, comme indignes, sont enlevés [lesbiens] et sur le sénatus-consulte Silanien)*, 1

[315] (Note de Groenewxegen) Voir C. 2, 4, 28.

§ 7. Les termes d'un compromis sont pris strictement et, pour cela, il n'est pas entendu comprendre sous eux que quelque chose n'en est pas pensé plausible au moment de la transaction [317].

[**Note de Willem Schorer sur la note 317 de Groenewegen van der Made**

De là, si celui qui blesse, une conciliation ayant précédé, a transigé avec le blessé, l'action quant aux frais n'en reste pas moins sauvegardée pour le blessé, à moins que cela ne soit très pleinement clair quant à la concession d'une rémission, voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 2, art. 31, nb 11.

Du fait que la transaction est d'interprétation stricte, comme [le dit] ici l'auteur, il s'ensuit que la transaction sur une affaire n'est pas facilement présumée ni dans le doute, voit Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 15, nb 21.

En outre, il faut relever que la transaction récemment à raison de la découverte d'instruments n'est pas annulée, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 26, defin. 20, nb 3, comme [le dit] aussi l'auteur, § 8, dans la note 319.]

[289] § 8. De la transaction, naît chez nous non seulement une exception pour le défendeur, mais aussi un droit de réclamer l'exécution de ce qui est promis [318], ce qui a lieu, bien que l'une ou l'autre [des parties] eût entrepris d'avoir reçu une nouvelle preuve [319].

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Sapparuta et donnée en 294 : *« Si, devant les actions du gouverneur de la province ou sans les actions, un écrit intervant ou non, une transaction est intervenue, il convient que celle-ci soit conservée. 1 - Mais, parce que, tu exposes que ce que tu recevras de certain t'est arrivé, bien que sans un écrit, et qu'à raison de cette affaire, la stipulation ne s'est pas ensuivie, bien que, du pacte, une action n'ait pu naître, cependant, la réclamation des biens étant en suspens, si l'exception de pacte a été opposée, en usant d'une réplique de dol ou en fonction des circonstances du fait, tu pourras presser ton adversaire à l'obéissance des souhaits ».*

[316] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 42.

Constitution de Léon et Anthemius adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donnée en 472 : *« Si, à partir de faux instruments, des transactions ou des accords ont été faits, bien qu'un serment soit intervenu à leur égard, le faux se révélant aussi civilement, nous commandons de les retirer, à la seule condition que, si ces mêmes transactions ou accords ont été faits au sujet de plusieurs causes ou articles, soit seulement retirée cette cause ou cette partie qui a été prouvée à partir de la composition du faux instrument, les autres articles demeurant fermes, à moins, peut-être, qu'à l'égard de ce qui est réputé faux, la controverse née ne s'assoupisse comme ayant été résolue ».*

[317] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 15, 5 et 12 ; C. 4, 2, 31. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XXVI, tit. 6 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, tom. VIII, concl. 356, lettre T.

Extrait du livre I[er] des *Définitions* de Papinien : *« Quand une stipulation aquilienne est intervenue, qui est gouvernée à partir du consentement, les procès, auxquels on n'a pas pensé, sont conservés en leur état. En effet, l'interprétation des juristes anéantit la générosité trompeuse ».*

Extrait du livre III des *Digestes* de Celsus : *« Il ne faut pas supporter celui qui, généralement, sur ce qui a été laissé dans un testament, fait une transaction, si par la suite, il prétexte qu'il a pensé à cela seul qui a été légué dans la première partie du testament et non dans la seconde. Si, cependant, par la suite, un codicille est établi, on considère qu'il ne va pas me parler malhonnêtement de ce que, seulement, il a pensé qui était compris dans l'écrit de ces tables qu'il a alors connues ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Proculus et donnée en 294 : *« Si, quant à un certain bien, un pacte de transaction étant intervenu, il avait été compris "que rien de plus ne soit réclamé", quoique n'ait pas été ajouté "à ce titre", quant aux autres questions, l'action restera entière ».*

[318] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 28. Voyez ci-dessus dans le liv. III, le chap. I, § 52, note 94 ; Wesembeck, *Paratitla*, *De transactionibus*, nb 7.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Sapparuta et donnée en 294 : *« Si, devant les actions du gouverneur de la province ou sans les actions, un écrit intervant ou non, une transaction est intervenue, il convient que celle-ci soit conservée. 1 - Mais, parce que, tu exposes que ce que tu recevras de certain t'est arrivé, bien que sans un écrit, et qu'à raison de cette affaire, la stipulation ne s'est pas ensuivie, bien que, du pacte, une action n'ait pu naître, cependant, la réclamation des biens étant en suspens, si l'exception de pacte a été opposée, en usant d'une réplique de dol ou en fonction des circonstances du fait, tu pourras presser ton adversaire à l'obéissance des souhaits ».*

[319] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 4, 19 et 29.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Irenæus et donnée en 293 : *« Sous le prétexte d'un instrument retrouvé par la suite, les lois ne souffrent point que la transaction faite de bonne foi soit annulée. Assurément, s'il est prouvé que, par soi-même ou par autrui, des instruments ayant été soustraits, avec lesquels on pouvait prouver la vérité, la décision du litige*

*

Chapitre V
De la promesse écrite [320]

§ 1. Une PROMESSE ÉCRITE est *celle qui est faite par la connaissance des échevins, l'instrument d'un notaire ou un écrit chirographaire signé par le promettant* [321].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DXXI. L'obligation écrite reçue beaucoup plus largement dans cet endroit de Grotius qu'en droit romain, est n'importe quelle promesse rapportée par écrit de procurer ce qui, à partir d'une juste cause quelconque, aussi dans n'importe quel autre contrat nommé, est due ; elle est proprement différente de celle seule qui a été faite à plus forte raison avec une reconnaissance de dette dans un chirographe et à laquelle aucune promesse n'a été ajoutée.]

§ 2. Dans cette promesses a lieu tout ce qui est dit ci-devant [322] des promesses faites par échange de paroles ; et la promesse est suffisammant tenue pour acceptée avec la réception de l'écrit [323].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DXXII. Cependant, cetécrit sur ce qui est dû à partir d'une autre juste cause ou d'un contrat faite dans le doute, ne contient pasde novation, mais elle doitêtre expliquée non strictement, mais à partir de la nature mêmedu contrat, bien qu'il produiseces effets qui sont propres à l'obligation écrite dans les §§ 4, 5, 6 et 7.]

§ 3. Cependant, quand l'instrument est celui d'un prêt d'argent, puisque les gens permettent une telle choses souvent avant de l'accorder, il est trouvé bon par les lois [324] que

---

est extorquée, si vraiment l'action subsiste, l'exception de dol pour le pacte est écartée à l'aide de la réplique ; mais, si elle est déjà passée, tu peux seulement exercer l'action de dol dans le délai fixé ».

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Marcia et donnée en 294 : *« Sous le prétexte d'espèces retrouvées par la suite, la transaction générale étant terminée, les lois interdisent, une fois la transaction terminée, qu'elle soit annulée. L'erreur autour de la propriété du bien ne peut en rien nuire auprès d'un autre en dehors des personnes de ceux qui transigent au moment de l'établissement de la transaction ».*

[320] (Note de Groenewegen) Voyez Rebuffe sur les *Constitutions royales*, tom. I, *De chrographhariarum scedularum recognitione* ; Joannes de Passeribus, *De privatis scripturis* ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XVIII.

[321] (Note du traducteur) Grotius pour l'écrit fait par un notaire parle dans la marge d'une *obligatio litteris*, qui était un type de contrat qui liait les partie à partir de la seule rédaction de l'écrit. C'est un contrat dont Gaius lui-même, comme le montre ses *Institutes*, III, §§ 128-134, avait perdu la signification propre et qui semble avoir disparu de l'usage dès la fin de la République ou au début de l'empire. Il s'agissait alors des inscriptions de débit faites sur les livres de comptes de particuliers qui pouvaient donner lieu à une obligation de payer. C'était l'écrit lui-même qui fondait l'obligation, ne servant donc pas de simple preuve constatant l'obligation. Or, c'est bien à ces seules preuves que semble renvoyer Gaius. Il reste que ce type d'obligation est resté formellement comme une source possible de contrats, puisque Justinien, dans ses propres *Institutes*, y consacre un titre particulier, assez court à vrai dire, voir III, xxi.

[322] (Note de l'éditeur) Voir ci-dessus le chap. I, §§ 51-52.

[323] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 14, 6, 16 ; Clémentines I, x, 1.

Extrait du livre IV des *Réponses* de Paul : *« Si un fils de famille, son père étant absent, comme si [c'était] sur le fondement de son mandat, a reçu de l'argent, a donné garantie et a envoyé à son père des lettres pour qu'il paie cet argent en province, le père doit, s'il désapprouve l'acte de son fils, interposer en permanence une attestation de sa volonté contraire ».*

Décrétale de Clément V donnée lors du concile de Vienne (1311) : *« Un instrument ou un écrit avec lequel quelqu'un te constituant, pour ses causes, procurateur a donné pour toi, une mesure étant due, simplement, aucune protestation n'ayant été faite, ayant été reçu par toi en connaissance de cause, tu ne peus pas par la suite refuser la défense de celui-ci ; mieux, tu pourras être contraint de le défendre dans toutes les causes et affaires auxquelles les ci-devant dits instruments ou écrits s'étendent, du fait que, par ceux-ci, à tout, tu seras considéré avoir donné ton accord ».*

la promesse, dans les deux ans comptés depuis le jour de l'instrument (à moins que le promettant n'ait été mineur ou à l'étranger pour le bien commun, dans lequel cas le délai est compté à partir de la suppression de l'obstacle), il peut être secouru, [que ce soit par un secours s'il est actionné en justice ou par une loi faite au porteur de la lettre ou consécutive à son absence] [325], en disant [326] que l'argent n'a **[290]** pas été payé et satisfait avec cela, à moins que le créancier ne prouvât le paiement. Mais, après les deux ci-devant dites années, le promettant peut avec cela faire satisfaction, à moins qu'il nêut pu prouver que le paiement n'avait pas été fait.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 324 et 325 de Groenewegen van der Made**

L'aiteur signale ici que l'*exception d'argent non payé* (exceptio non numeratæ pecuniæ) se présente au débiteur dans les deux ans, à un point tel qu'en faisant l'exception, il transfère la charge de la preuve à l'adversaire, et ainsi,a-t-il été répondu, voir les *Consilia Ultrajectina*, part. III,

---

[324] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 30, 14.

Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 528 : *« Dans les contrats dans lesquels de l'argent ou d'autres biens sont inscrit avoir été payés ou donnés, ce qui n'avait pas été établi dans les cinq ans auparavant, ne pourra pas opposer une exception d'argent payé celui qui a été inscrit avoir reçu l'argent ou les autres biens, ou son successeur, mais seulement, dans un délai de deux ans sans interruption, pour que, celui-ci étant passé, avec aucun moyen, il ne puiise pas introduire la plainte d'argent non payé ; à savoir, ceux qui, à raison de quelques causes exprimées sépcialement dans les lois, même les cinq ans étant passés, pour les périodes écoulées, ils soient aidés, aussi pour l'avenir, bien que les délai de deux ans, pour les cinq ans, ait été fixé, allant jouir de cette même aide. 1 - Mais, parce que dans les sécurités et les instruments des biens déposés ou de l'argent, les parties au procès entreprennent d'opposer une telle exception, nous avons vu qu'il était juste de supprimer un pouvoir de cet type, dans certains cas, certes, mais dans d'autres, de l'enfermer absolument dans un bref délai. C'est pourquoi nous consacrons que, dans l'instrument, certes, de dê^ôt de certains biens ou d'argent certain et dans les sécurités des exécutions publiques, qu'en totalité ou en partie, ils soient inscrits avoir été payés, dans ces sécurités aussi qui, après la confection des instruments dotaux, quant au paiement de la dot pour partie ou en totalité, sont exposées, aucune exception d'argent non payé ne soit totalement opposée. 2 - Mais, sur les autres sécurités qui, sur des dettes privées, par le créancier, sont inscrites, indiquant qu'un partie de la dette, au titre du capital et des intérêts, a été payée ou encore, une caution portant intérêts restant chez le créancier, cependant, montrant que le paiuement de toute la dette avait été fait, aussi, promettant qu'il allait y avoir une reprise de l'instrument portant intérêt, si, par quelque moyen, pour un quelconque autre contrat dans lequel le paiement de l'argent ou la remise d'espèces certaines a été écrit, la sécurité semblablement donnée sera que l'argent a été dépensé, d'autres biens ou une partie de ceux-ci, indiquant que, dans les trente jours seulement après l'exposition d'une sécurité de cette sorte, ils devaient être payés, l'exception d'argent non payé ne pouvait pas être opposée, de sorte que, s'ils avaient transigé, cette même sécurité, par ceux qui jugent, par tous moyens, serait permise et qu'il ne sera pas permis à celui qui a exposé la sécurité qu'après le dépassement des jours rappelés de dire que l'argent ne lui avait pas été payé ou les autres biens. 3 - À savoir, ceci devant être observé que, dans ceux-ci, il n'est pas permis d'opposer l'exception d'argent non payé depuis le commencement ou après l'écoulement du délai fixé et qu'à ceux-ci, il n'est pas permis qu'un serment soit proposé. 4 - Mais, dans tout temps qui, pour l'exception rappelée, a été fixé, il sera permis à celui qui auquel l'exception se présente ou avec une déclaration envoyée par écrit, de manifester une pliante d'argent non payé à celui qui a été inscrit dans l'instrument l'avoir payé ou avoir donné d'autres biens ou, s'il est arrivé que celui-cisoit absent des lieux dans lesquels le contrat a été fait, dans cette ville mère certes, devant n'importe quel juge, mais dans les provinces, devant les très illustres gouverneurs de celles-ci ou les défenseurs des lieux, de manisfester cette plainte et, avec ce moyen, de rendre l'exception perpétuelle pour lui. 5 - Mais, si est certes présent celui qui a été inscrit avoir payé l'argant ou avoir donné d'autres biens, mais qu'il a porté quelque administration dans cette ville mère ou dans les provinces, pour qu'il soit considéré qu'il est difficile de lui envoyer une déclaration, nous accordons la possibilité à celui qui a voulu user de l'eecxpetion rappelée, d'aller trouver d'autres juges dans cette ville mère ou dans les provinces et, par leur biais, de manifester à celui auquel il oppose une exception de cette sorte, qu'une plainte d'aregtn non payé a été faite par lui. 6 - Si, dans les provinces, il n'y a pas d'autre administrateur civil ou militaire ou que, par quelque raison, il est difficile à celui qui oppose la plainte rappelée d'aller le trouver et de faire ce qui a été dit, nous lui accordons la possibilité , par le biais du très révérent évêque, de manifester cette même exception au créancier et ainsi,n d'interrompre le délai fixé. Il estcertain que cela a aussi lieu pour l'exception de dot non payée ».*

[325] (Note du traducteur) Cet ajout vient du manuscrit de Lund.

[326] (Note de Groenewegen) Par la Cour de Hollande, il a été différentes fois entendu que le promettant ne peut pas se secourir avec cela, mais qu'il est tenu aussi de prouver une telle chose dans un délai de deux ans, voir *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 200 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 4, 30 *(De l'argent non payé).* Cela est en accord avec la pratique des autres pays, voir coutumes d'Anvers, cap. 56, art. 11-12, Groenewegen, *De legibus abrogatis* dans ledit endroit. Mais en Frise, ce que dit Hugo de Groot ici à partir des lois romaines est encore observé, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*… , liv. I, tit. 8, defin. 3 aux mots *exceptio quoque*.

cons. 41, nb 1, et cela été jugé en Saxe, voit Carpzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. II, tit. 8, resp. 89. De même qu'Antonella, *De tempore legali*, lib. II, cap. 45, nb 5, signale qu'aussi ce délai de deux ans n'enlève pas cette exception quand l'aveu du paiment est seulement prouvé par le biais de témoins et Mercurius Merlinus, *Decisiones Rotæ Romanæ*, decis. 43, nb 7, dit que le cens est invalide, à moins qu'il ne soit évident quant au paiement du véritable prix. Toutefois, Groenewegn le pense autrement quant à cette exception dans sa note et longuement dans son *De legibus abrogatis* sur C. 4, 30 *(De l'argent non payé)*, cela a ainsi semblé à Loenius, *Decisiones*, cas. 119 et Boel [le dit] ici *ex professo* dans sa note ; comme cela a aussi été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 264 ; elle n'a pas été reçue en usage dans les usages du Brabant, [dit] Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 126, nb 3 et 4. Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons.1, nb 20, p. 7, signale qu'ellea aussi été rejetée par d'autres peuples. D'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 280, a déclaré que cette exception avait été désapprouvée. Et cela doit avoir surtout lieu entre des marchands où la bonne foi doit être montrée, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 357, p. 648 et suivante, et ainsi aussi Deckert, *Disertationes juris*, lib. I, dissert. 6, nb 1. Wamesius, *Responsorum centuriæ*,, cent. 2, cons.74, nb 3, observe que cetteexception n'est pas de nouveau partout interdite aux marchands. Mieux, elle est opposée à ceux qui ont l'exécution préparée, voir demêê nb 5. Cependant, van Leeuwen, *Het RoomHollands recht*, liv. IV, chap.16, nb 5, abroge cette exception en Hollande à raison de la faveur du commerce, et van der Meule, dans ses *Annotationes over de Ordonnantie van den Hove van Utrecht*, p. 92, § 9, le suit. À partir des sentences des interprètes qui sont en désaccord, je tiendrai cette exception parmi celles augmentent plus la bourse des avocats dans nos tribunaux que celle des client.

Quoi qu'il en soit, la sentence de l'auteur me semble plus vraie ety je pense que, jusqu'à ce jour, le débiteur se défend à bon droit avec cette exception dans le tribunal, pourvu qu'il n'apparaisse pas que l'on ait renoncé à cette exception, bien que, dans ce cas, Rocco, *Uitgezochte gewysdens (Sentences choisies)*, gewysde 6, nb 2, 3, 4 et 5, et ainsi aussi Carpzov, *Processus judicialis*, tit. 22, art. 3, nb 60, enseignent que ce remède ne doit pas être refusé.

Cela ne touche pas, quoi que la Cour ait aussi jugé dans le sens contraire aussi à différent moment, comme l'indique ici Grenewegen dans sa note, du fait que, dans ces cas, peut-être, une renonciationn est intervenue, comme Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. III, tit.2, defin. 1, dit que, celle-ci étant intervenue, la Cour de Frise l'avait aussi ainsi jugé.

Touche peu aussi ce que Groenewegen ajoute en outre ici que, selon cette opinion, cela avait été aussi répondu par un jurisconsulte hollandais, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 200 ; car, ici, le débiteur avait renoncé non seulmement à tous les privilèges, exceptions et aux exemples en sens contraire, mais aussi, expressément et nommément, à cette exception dont il disait bien connaître les effets. Cette renonciation est à ce point valide que par celle-ci, un véritable paiement est prouvé, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 41, nb 2 et il transfert la preuve du contraire à celui qui renonce, voir nb 4 et 5 et Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV ; chap.16, nb 5. Ce qui procède tout à fait si un serment a été ajouté à l'obligation ety à la renonciation, voir Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 119, nb 25 et 26.

En outre, si cette exception n'est chez nous tout à fait d'aucune valeur, il n'y aura rien d'une raison pour laquelle les débiteurs renoncent ordinairement toujours à cette exception dans les instruments dans lesquels ils reconnaissent la dette et il est plus que clair que celle-ci ne semble pas à van Merle avoir été abrogée dans les usages. Car il énumère les exceptions qui, péremptoires en force, comme le disent ordinairement les praticiens, sont opposées par les débiteurs aux conclusions des demandeurs et, parmi celles-ci, van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit.40, cap.14, pour moi p. 484. Les praticiens débattent aussi avec soin [de savoir] si, dans un contrat de change, il y aura lieu à cette exception, voir Raphaël de Turri, *De cambio disputationes*, disput. 2, quæst. 16, p.171. Ce qui est refusé ici ; déjà, l'exception confirme la règle dans les cas non exceptés et Carpzov, *Responsa electa*, lib. II, tit. 8, resp. 92, signale que cela a été ainsi jugé dans ceux-ci. Pour la même raison aussi, il est clair que cette exceptiona été usitée en Gueldre ; car, le 8 décebre 1660, il a été jugé que celle-ci ne faisait pas obstacle à un paiement fiduciare, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Nantissement*, § 1, de même que, quant au droit saxon, contre li'nstrument, Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 119, nb 10, contre Wamesius, comme nous venons de le dire, admet celui qui a une exécution prête.

Il est aussi donné un secours sur tout issue et à un moement qualconque, à celoui qui a été privé des autres moyens de preuve, afin qu'il soit admis au défèrement d'un serment, voir Voet, lib. 12, tit. 1, nb 35, et le Conseil de Brabant a à bon droit jugé que le serment était déféré au créancier en octobre 1654, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 126, nb 4, bien que la Cour de Frise ait rejeté ce remède, voir Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. I, tit. 3, defin. 1.

À celle-ci, n'est pas dissemblable *l'exception de paiement non ensuivi* (exceptio non secutæ solutionis) contre une quittance et elle se présente au créancier, mais seulement dans les trente jours, comme cela a été jugé par la Cour et a été confirmé, un appel étant intervneu, par la Cour Suprême, voir Nieuwstadt, *Surpremæ Curiæ decisiones*, decis. 4, bien que lecrancier ait voulu recevoir sur lui la chargede la preuve, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II ; const. 29, defin. 19, *Responsa electa*, lib. II, tit. 8, resp. 90, et il indique que cela a été jugé plus d'une fois. Sur ce point, elle diffère de l'exception d'argent non payé, du fait que le débiteur êiut revevoir sur lui la charge de la preuve, deux années s'étant écoulées, voir Abraham de Pape, *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, p. 226 et suivante, comme l'auteur [le dit] ici. Il y a cependant d'azutres statuts qui étendent ce délai à trois mois, d'autres à un an en entier, d'autres de nouveau, le restreignent à un mois entre personnes présentes, mais à deux mois entre personnes absentes, voir Boel dans sa note sur Loenius, cas. 119.

À moins que etc. Vinnen, *Selectæ juris quæstiones*, lib. I, cap. 41, est en désaccord avec la sentence de l'auteur et il entreprend de prouver *ex professo* que le débiteur, après deux ans, bien qu'il ait reçu sur lui la charge de la preuve, n'use pas à bon droit de cette exception. Cependant, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 1, nb 33 et 34, défend de nouveau la sentence de l'auteur et répond aux objections de Vinnen.]

§ 4. Dans les autres causes, un instrument écrit est tenu pour une pleine preuve, à moins qu'il n'eût pu être prouvé qu'il était fait avec une certaine mauvaise foi [327].

[**Note de Willem Schorer sur la note 327 de Groenewegen van der Made**

De façon ordinaire, comme [le dit] ici l'auteur, l'écrit copmporte une présomption de vérité comme aussi de solennité ; cependant, la Cour de Flandre a jugé en 1701 qu'un serment devait être prêté par le débiteur, bien qu'il ait été protégé par une quittance à raison de D. 12, 2 *(Du serment volonatire, nécessaire ou judiciaire)*, 38, voir *Précis du droit Belgique*, p. 234.]

§ 5. Celui qui est poursuivi en justice à partir d'un écrit doit reconnaître ou désavouer sa main et les héritiers doivent faire de même au moins de bonne foi, c'est-à-dire pour autant que cela leur est connu [328].

§ 6. Si, à partir d'un écrit, il était en état de payer à un porteur de lettre, chacun qui a dans les mains l'écrit peut poursuivre un droit, à moins qu'il ne fût prouvé qu'il y était venu de mauvaise foi [329].

---

[327] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 30, 13.

Constitution de Justin adressée à Theodotus, Préfet de la ville (sans date) : *« de façon générale, nous consacrons que, si quelque chose, avec un écrit, a été garanti pour n'importe quel argent qui provient d'une cause antérieure et que le promettant a édicté spécialement cette cause, il n'y aura pas déjà pour lui la possibilité de demander que le stipulant réclame les preuves de la cause, du fait qu'il ne convient pas d'acquiescer aux siennes propres, à moins que, de façon certaine, lui-même, en sens contraire, par le biais de très claires preuves des choses insérées dans un écrit, ne puisse documenter le juge de ce qui, dans une certaine autre mesure et non contre celui que la garantie interdit, ait poursuivi l'affaire. En effet, nous jugeons qu'il est trop indigne que, ce que chacun a, de sa propre voix, clairement attesté l'infirme dans ce même cas et s'oppose au témoignage propre ».*

[328] (Note de Groenewegen) Voir van Merle, *Praxis civilis*, liv. IV, tit. 37, cap. 3, nb 3 ; Rebuffe, *De chirographis*, dans la préface, nb 78, et art. 1.

[329] (Note de Groenewegen) Voirt les coutumes d'Anvers, cap. 53, art. 6, 7 et 8 ; privilèges de la Hollande du Sud, p. 410, art. 39 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 10 ; Damhouder, *Praxis civilis*, cap. 97 et 133 ; Philip Wieland, *Practijke civile*, tit. 3, chap. 24 ; coutume de Malines, tit. 1, art. 48 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ler § 19 des *Institutes*, III, xix *(Des stipulations inutiles)*. Mais autrement, lorsqu'il n'est pas en état de payer dans le chirographe au porteur de lettre, ainsi, celui qui a l'écrit dans les mains ne peut pas réclamer sans une

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXIII. De la meilleure façon, Grotius attribue à l'obligation écrite contractée sur un prêt d'argent dans le droit hollandais la même force qu'elle avait dans le droit romain, à savoir, pour que, par l'exception alléguée par le débiteur, l'action d'argent non payé née de là soit exclue dans les deux ans, à moins que le créancier n'ait prouvé d'une autre façon le paiement. Avec la sentence contraire de Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 119, de Vinnen, *Selectæ quæstiones*, lib. I, cap. 41 à la fin, de van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. IV, cap. 14, nb 6, et des jurisconsultes dans les notes sur van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 40, cap. 14, p. 47, à partir des décisions de la Cour chez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 30 *(De l'argent non payé)*, nb 4 et dans le *Bellum juridicum*, cas. 8, Grotius est suffisamment approuvé dans cet endroit quant à la condamnation principale, du fait que celles-ci agissent quant au paiement fiduciaire. La raison du droit contemporain aussi, à laquelle font appel Loenius et Merenda, *Controversiæ juris*, lib. XVI, cap. 44, n'empêche pas l'usage de cette exception ; au contraire, pour admettre celle-ci aussi que l'exception d'une dot non payée est approuvée par la Cour Suprême, voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 11, note B, aussi la réplique d'argent non payé, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis.4.

DXXIV. On peut renoncer à l'exception d'argent non payé aussi dans le chirographe lui-même, avec lequel l'obligation écrite est contractée ; cependant, avec cette renonciation, le privilège de cette exception est jugé avoir été seulement remis de la même façon que si déjà, deux ans s'étaient écoulés ; car ainsi aussi, dans le droit contemportain, ce privilège est terminé ; mais dans ces cas, toutefois, le débiteur est encore admis à prouver que l'argent n'a pas été payé.

DXXV. À partir du chirographe écrit produit à n'importe, quiconque le possède peut agir en justice non seulement dans les places dans la coutume desquelles il a été reçu, comme en Hollande du Sud, art. 38 ; van de Wall, *Handvesten van Dordrecht*, p. 1362 ; à Dordrecht, art. 39, de même van de Wall, p. 1344 ; à Amsterdam, *Handvesten*, p. 565 ; Roseboom, chap. 47, art. 5 et 6 ; Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 98 ;mais aussi ailleurs, la raison de notre droit le prouvant suffisamment, voir la thèse DX au début ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 11. Cependant, il y aune exception, si celui qui produit dérobe furtivement le chirographe avec un dol à un juste possesseur et que celui-ci, quant à cette affaire, a rendu le débiteur plus certain sur le temps ou que le débiteur lui-même peut prouver la mauvaise foi de celui qui le produit. Si celui qui le produit le possède de bonne foi et avec un juste titre, mais que son auteur a commis le vol, il doit être encore payé à celui qui produit le chirographe. Enfin, s'il a été écrit à Titius ou à celui qui le produit, tout cela doit encore être dit, non obstant ce qui [est dit] sur le droit d'Amsterdam, dans le statut du 27 juillet 1635, voir *Handvesten*, p. 567, et Boel sur Loenius, cas. 5. Mais, si le chirographe a été écrit au seul Ttius et que celui-ci l'a cédé ensuite à celui qui le produit, le débiteur peut objecter le paiement fait à Titius et la compensation de cette sorte à celui qui le produit, voir ledit statut du 27 juillet 1635. S'il a été écrit à Titius ou à celui qui le produit légalement, n'importe qui le produit quant à son bien, le suivant, quant au droit de tous les premiers, doit l'apprendre, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 11, et Roseboom, chap. 47, art. 8.]

§ 7. Celui qui, à partir d'une promesse écrite contenant une cause légale d'où celle-ci est née [330], est **[291]** poursuivi en justice et ne peut pas désavouer sa main ni produire une

cession de l'action ou sans un transfert, s'il avait lui-même fourni l'argent avec lequel il a fait la dette et l'écrit. Cela a été jugé par le Cour de Hollande, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 24. Voyez ci-dessus le chap. I, note 54.

[330] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 3, 25 § 4 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 303. Mais, à Anvers, quoiqu'une obligation sans raison ou cause de laquelle naît et tient la dette soit valide et soit faite lgalement sur cela, voir les coutumes d'Anvers là-essus, cap. 53, art. 5. Damhouder témoigne qu'à Bruges et dans les autres villes, parmi les marchands, cela est ainsi aussi observé, voir Damhouder, *Praxis civilis* ; cap. 175, nb 14 et nb 67. La raison de cela est parce que, parmi les marchands, la cause de la dette peut être suffisamment conjecturée à partir du trafic quotidien et, avec cela, être tenu comme si, dans l'écrit, il était mis que la dette tirait sa cause du commerce, voir, Papon *Arrests*, liv. X, tit. 2, arrêt 2 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de D. 22, 3 *(Des preuves et des présomptions)*, 25 § 4.

quittance écrite, doit au début du procès faire une provision au demandeur sous une bonne sûreté de rendre dans le cas où une telle chose est entendue lui appartenir par la suite [331]. Une promesse sous un écrit n'étant pas faite devant le tribunal ou un notaire n'a aucun effet contre un tiers, comme par exemple, contre un autre créancier qui revendique le patrimoine du débiteur, à moins que trois témoins ne l'eussent signée [332].

[**Note de Willem Schorer sur la note 332 de Groenewegen van der Made**

L'adjudication du paiement fiduciaire (*la provision du nantissement*), bien qu'inconnue dans le droit romain, s'est chez nous affermie dans l'usage, ainsi, afin que le demandeur, le procès principal étant en suspens, demande que celle-ci lui soit faite. Cependant, pour obtenir celle-ci, il est requis que la dette soit pure et claire, quant à laquelle il sera clair qu'elle a été reconnue par le débiteur par l'aveu de l'adversaire, par un instrument public ou privé, ou tenue pour reconnue en justice, comme le sont les livres des marchands, envers lesquels, confirmés seulement avec un serment ou par la mort, une foi plus grande qu'envers des comptes privés est tenue à raison de la faveur du commerce, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 110, nb 4, part. III, cons. 43, nb 7, 8 et 12 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 5, nb 21, cons. 6, nb 23 et 24, cons. 24, nb 31 ; van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 66, chap. 3, nb 6, pour moi p. 595, et là, dans les notes ; Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 79, a débrouillé et limité plus abondamment selon son habitude cette matière, voir Pieter Vromans, *De foro competenti*, lib. IV, cap. 14, § 7, ce que Midellant dans ses notes étant aussi aux registres des coutiers, pourvu que, comme pour un marchand, il soit un homme intègre dans sa vie et pur de crime, et aussi aux marchands plus bas, pourvu que l'expression du nom du débiteur, de même, de l'année et du jour sait été ajoutée, et ainsi le magistrat l'a-t-il jugé à Zutphen le 25 octobre 1695, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 19, nb 57 et suivant, ce qui, dans certains cas, est étendu aux tuteurs, aux curateurs et aux administrateurs d'affaires, voir van Merle, *Manier van procederen,* liv. IV, tit. 66, chap. 3, nb 6, de même aux aubergistes et à ceux qui pratiquent des métiers mécaniques, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 23, nb 5 et 6. Carpzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. I, tit. 7, resp. 63, dit qu'aussi, les livres des cens, du moins ajoutés à certains appuis, font une pleine foi contre les sujets et enseigne, resp. 62, ce qui sera requis pour cela.

Mais il est demandé quelle sera la raison pour que ces livres amènent une preuve semi-pleine. Schomaker, dans ledit cons. 23, signale que celle-ci existe, parce que le marchand vend ses marchandises à n'importe qui sans un chirographe, et qu'il est aussi juste qu'une foi plus grande soit tenue envers les livres de ceux-ci qu'envers les autres.

Mais, quand une controverse est née sur la reddition des comptes, cette provision est refusée au demandeur, surtout si le débiteur a prouvé ceux du demandeur, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 303, à moins qu'ils n'aient été confirmés avec une souscription, du fait qu'alors, ils revêtent la nature d'une chose claire, voir *Codex Fabrianus*, lib. VII, tit. 15, defin. 1 ;

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« 4 - Mais cela, quand, quant au paiement de l'indu, la question se trouve. Mais, si au contraire, une garantie est réputée, de façon indue, avoir été exposée et, confusément, le dit, alors celui pour lequel la garantie a été exposée est contraint de prouver qu'il y a une dette qui, dans la garantie, est amenée, à moins que celui-là même, spécialement, qui a exposé la garantie n'ait expliqué les causes pour lesquelles il avait écrit celle-ci ; alors, en effet, il faut que celui-ci s'en tienne à sa confession, à moins qu'avec des très claires preuves, dans des écrits, tenues, il ne se soit préparé à prouver qu'il n'avait pas indûment promis ».*

[331] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, cap. 56 *(Du nantisseent)*, art. 1.

[332] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 17, 11.

Constitution de Léon adressée à Erythrius, Préfet du prétoire, et donné en 472 : *« Nous décrétons que les écrits qui, souvent, sont ordinairement faits par certains secrètement, des amis intervenant ou non, pour transiger, contracter, prêter à intérêts, nouer une société ou quant à des causes ou contrats quelconques, sont faites, qui sont appelées en grec "autographes", que toute la série, de la main des contractants, d'un notaire ou de n'importe qui d'autre, ait été écrite, auront cependant les souscriptions de ceux-ci mêmes, en employany des témoins ou non, bien que soient esclaves ceux que l'on appelle communément des teneurs de livres ou non, comme ayant été écrits publiquement, si une action personnelle est exercée, ont leur force. 1 - Mais, si au contraire, quelqu'un a soutenu de revendiquer pour lui un droit de gage ou d'hypothèque à partir d'instruments de cette sorte, qu'est proposé celui qui, sur des instruments publiquement faits, s'appuie, même si, le jour suivant est continué avec ceux-ci, à moins peut-être que les souscriptions de trois hommes ou de plus d'une réputation approuvée et entière, dans ces mêmes écrits autographes, ne soient contenues ; alors, en effet, ils sont reçus comme ayant été publiquement faits ».*

Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib.I, tit. 8, defin. 1. En outre, pour qu'il y ait lieu au paiement fiduciaire, il est nécessaire qu'au moment de la citation, un exemplaire de l'instrument qui contient l'obligation soit remis au défendeur ; si cela avait été négligé, une seule citation ne suffit pas, mais une autre est accordée au débiteur pour qu'il sache par conséquent s'il devra céder au procès ou s'il devra soutenir au-delà. Si, cependant, les héritiers, les veuves ou les successeurs avaient été cités dans une fonction, la double citation ne doit pas leur être refusée, ainsi a-t-il été disposé à Anvers, voir les coutumes d'Anvers, tit. 56 *(Du nantissement)*, art. 5, p. 157. Ne viendra pas en empêchement à cette adjudication ce qu'il exceptera en reconnaissant le chirographe, [en disant] qu'il n'a jamais lu l'instrument avant la souscription, qu'il ne doit pas ce qui a été compris dans celui-ci et que l'on s'est trompé dans le calcul, de sorte qu'il ne sera pas utile à celui qui fait l'exception l'instrument à partir duquel on agit en justice qu'il soit vieux de dix ans, à moins que d'autres vraisemblables soupçons de fraude ne concourent avec l'écoulement du temps. L'exception d'argent non payé ne sera pas utile à celui qui l'oppose (et ainsi, cela a-t-il été disposé à Anvers, tit. 56 *(Du nantissement)*, art. 11, p. 158, chaque fois que la chose a été conduite par la renonciation à l'exception ou par un délai écoulé de deux ans, la renonciation ayant fait défaut, à ce que la charge de la preuve incombe non au demandeur, mais au défendeur qui fait l'exception. Mieux, la remise en l'état initial déjà demandée ne portera pas préjudice à celui qui demande le paiement fiduciaire contre l'affaire reconnue dans le chirographe, ni la contestation du procès opposée par le défendeur, bien que les plus prudents soutiennent ordinairement immédiatement depuis le commencement du procès pour cette adjudication du paiement fiduciaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 1, nb 6, 8, 9, 11 et 12. De plus, le fait que l'instrument, à partir duquel on agit, ne contienne pas la cause de la dette n'apporte pas d'empêchement à la provision, et Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 12, nb 9, p. 111, rapporte qu'ainsi, cela a été jugé par le Conseil Suprême du Brabant le 22 novembre 1609. Voyez aussi les coutumes d'Anvers, tit. 56 *(Du nantissement)*, art. 13, p. 158. Mais, si le défendeur qui est présent au jugement refuse absolument sa main, l'adjudication fiduciaire est différée jusqu'à ce que le demandeur ait prouvé que le défendeur avait écrit, comme aussi, cela a été disposé en Zélande, voir la *Keur* de Zélande, chap . 2, art. 38, de même à Anvers, coutumes d'Anvers, tit. 56, art. 3, p. 157. Et, si celui-ci demande un délai pour faire la reconnaissance du chirographe, un seul, pour une juste cause, est accordé à ce demandeur. Clairement, si le défendeur présent a refusé de reconnaître l'écrit ou l'a contesté, et est condamné à cela, dans ce cas, la voie de l'appel lui est fermée, afin que ce très utile remède pour faire des procès ne soit pas éludé avec cet acte, voir Voet, lib. 42, tit. 1, nb 7, et *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 114, nb 11, p. 422. Lorsqu'il y a une présomption au contraire, il a été répondu qu'il n'y avait pas lieu à cette provision, car ne pas payer procure plus que répéter ce qui a été payé, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 106.

Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. I, tit. 8, defin. 3, indique différentes exceptions qui empêchent cette provision. Il enseigne ici que les exceptions de paiement, de compensation, de novation, de pacte de ne pas réclamer, de fausseté et celles qui sont semblables, n'empêchent pas cette adjudication, à moins qu'elles ne soient immédiatement prouvées. Van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 37, chap. 11, § 3, et là, dans les notes, dit plusieurs choses.

Si, cependant, de part et d'autre, on agit en justice à partir d'un contrat obligatoire et que le défendeur a opposé au demandeur l'exception de contrat non rempli, il a été répondu qu'alors, cette provision cessait, comme aussi le contraire, voir *Bellum juridicum*, cas. 3, p. 24 et 25. À cela, on peut ajouter les cas. 7 et 45. On doute aussi [de savoir] si le défaut de sceau sera un empêchement à la provision, voir *Bellum juridicum*, cas. 56.

L'effet de cette adjudication fiduciaire est le suivant, [à savoir] que le défendeur n'est pas entendu avant qu'il ait satisfait à la sentence, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 13, nb 20, 22 et 23 ; coutumes d'Anvers, tit. 56, art. 9, p. 158, étant toutefois sauvegardée au défendeur l'exception déclinatoire du tribunal, comme ici dans l'art. 4, voir van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 37, chap. 11, § 3.]

[*Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel

DXXVI. À partir du chirographe dans lequel la cause de la dette n'a pas été insérée, le paiement fiduciaire ne peut pas être décidé, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 58 ; *Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 303 à la fin. La loi d'Anvers n'y fait pas obstacle, voir les

coutumes, tit. 53 *(Des chirographes et des obligations)*, art. 5, et jointe à celui-ci peut-être, la décision de la Cour chez Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 5, p. 36 à la fin, car les principes du droit et l'utilité publique, et ce même art. 5 des coutumes d'Anvers, conseillent autre chose, par la suite dans les statuts d'Amsterdam chez Roseboom, chap. 47, qui transcrit presque tous les autres articles de la loi d'Anvers, est considéré avoir été laissé de côté celui quant à l'industrie.

DXXVII. Le paiement fiduciaire dont l'usage a été reçu non à partir du droit romain, mais à partir de l'équité et de l'utilité commune, dans les causes dont une connaissance plus entière requiert un délai, chaque fois que la demande de demandeur est présumée certaine et claire, peut être enjoint avec un jugement interlocutoire du juge ; mais également, la preuve claire de la part du défendeur peut à bon droit lui être opposée à faire non seulement avec les instruments, mais aussi avecdes témoins, voir van der Linden, *Formen van procederen*, part. I, liv. II, chap.6, § 13, p. 207.]

§ 8. Une promesse par écrit n'étant pas faite devant le tribunal ou le notaire n'a aucune force contre un tiers, comme par exemple contre un autre créancier qui parle du patrimoine du débiteur, à moins que trois témoins ne l'aient signée.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXVIII. À partir d'un chirographe souscrit de la seule main du débiteur, pour ce qui touche les tiers créanciers de celui-ci, la vérité de la dette n'est pas prouvée, si aucune autre preuve ou du moins un serment ne s'y ajoute.]

*

Chapitre VI
De la convention en général et de ses divisions [333]

§ 1. Une PROMESSE PAR APPLICATION DE LA LOI est *avec un contrat ou sans un contrat.*

§ 2. Une *convention,* "overkoming", *qui autrement,* est appelée *Handeling* [334], "contrat", est *une union de la volonté de deux ou plusieurs personnes à l'avantage de l'une ou des deux* [335].

§ 3. Pour entendre parfaitement cela, il est utile de savoir que, comme tous les hommes ne peuvent pas apprendre tous les métiers, **[292]**, aussi, que l'un, par nature ou par accident est plus capable que l'autre pour ceci ou cela, que beaucoup de choises ne peuvent pas être exécutées par un seul homme, qu'aussi, pour cela, chaquehomme, pour vivre bien et commosdément a besoin de l'aide des autres, de là, il s'ensuit que que les hommes, par amitié ont fait ou réalisé quelque chose les uns pour les autres, en en laissant la reconnaissance à la discrétion de l'autre ou avec une condition de lui retourner quelque chose d'autre. La propriété des biens ayant été introduite oar nécessité et chaque homme ayant plus nécessairement qu'il lui était échu en propriété, beaucoup ayant aussi plus se voyant échoir plus qu'ils avaient à faire pour leurs propres besoins, il s'est semblablement ensuivi que l'un a a transféré à l'autre son bien en pleine propriété ou en propriété incomplète, ou seulement pour un usage temporaire et cela, de nouveau en laissant utiliser la chose à la discrétion du réceptionnaire ou en stipulant un certain avantage pour cela ; de

---

[333] (Note de l'éditeur) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiii *(Des obligations)*, D. 44, 7 *(Des obligations et des actions)* et C. 4, 10 *(Des obligations et des actions)*.

Le titre des *Institutes* est très court et comprend, outre le prologue, deux §§ ; celui du Digeste renferme 61 extraits et le titre du Code, 14 constitutions.

[334] (Note du traducteur) C'est Grotius lui-même qui propose dans la marge la traduction latine du mot néerlandais qu'il utilise dans le titre et ici sous la forme *overkoming* par "contrat", que le traducteur anglais traduit par *agreement*, et que l'on a ici traduit par "convention, accord" pour éviter une redondance. L'autre expression néerlandaise ici utilisée, *handeling*, a le même sens de "contrat".

[335] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 19 et là, les docteurs ; ci-après, chap. XIV, § 4.

là, sont nés les échanges [336] qui anciennement, ont été utilisés par beaucoup de peuples, en particulier par les Germains, comme différents anciens écrivains nous l'enseignent ; et, puisqu'il n'arrivait pas toujours que celui qui avait une chose juste en plus ou pût faire une chose, il manquait de ce qu'un autre avait ou pouvait faire. Puisqu'avec cela, l'égalité des chses de toutes sortes ne suffisait pas bien à atteindre une recéiprocité, ainsi, on a trouvé nécessaire d'utiliser une certaine mesure commune par laquelle, toujours, celui qui manquait de quelque chose et n'avait pas ce qui était une envie de l'autre, il pouvait le satisfaire [337] ; pour cette mesure, par la majorité des peuples, l'or, l'argent et le cuivre sont utilisés comme capables de porter et de garder intègre un signe de la valeur qui a été fixée sur cela par la loi civile ; nous appelons cela *argent* ; et il sera trouvé que le plus vieil argent a eu les représentations de certaines vaches ou **[293]** ou moutons [338], indiquant que ce même argent avait la valeur de deux ou plus de telles bêtes [339].

§ 4. De là, sont nées différententes sortes de traitements réciproques, certains sans compesnantion, certains avec compensation, consistant dans le fait de donner ainsi une pleine ou incomplète propriété, comme d'un usage, ou dans le fait de faire [quelque chose].

§ 5. Sans compensation, le traitement, s'il consiste dans le fait de donner une propriété pleine ou incomplète, est appelé une *donation* et, dans le cas où il est fait par une dernière volonté, un *legs*. Des deux, il a été parlé ci-dessus ; dans le fait de donner un usage temporaire, un *commodat* [ou *prêt à usage*]. Dans le fait de faire, il est appelé un *mandat*, excepté dans le cas où le fait de faire consistait seulement en une garde d'une certaine chose, car il est alors un *dépôt* ; cependant, dans le cas oùil est fait par un créancier pour sa sécurité, il est alors nommé un *gage*.

---

[336] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 1.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« L'origine de la vente et de l'achat est venue des échanges. Jadis, en effet, il n'y avait pas de monnaie et la langue ne distinguait pas la chose vendue et le prix, mais chacun, selon la nécessité des circonstances et de ses besoins, échangeait ce qui lui était inutile contre ce qu'il lui fallait, parce qu'il arrive généralement que ce qui abonde pour l'un manque à l'autre. Mais, parce qu'il n'arrivait pas toujours, ni facilement, que, lorsque tu avais ce que je désirais, j'eusse à mon tour ce que tu voulais recevoir, on a choisi une matière dont la valeur publique et permanente éviterait les difficultés des échanges grâce à une quantité égale ; et cette matière frappée du sceau de l'État procure la jouissance et la propriété moins par sa substance que par sa quantité et, désormais, dans la vente, l'une et l'autre chose ne s'appellent plus marchandise, mais l'une des deux s'appelle le prix. 1 - Mais on doute [de savoir] si, sans monnaie, une vente peut aujourd'hui être réputée, comme si moi, je donnais une toge pour recevoir une tunique. Sabinus et Cassius pensent qu'il y a achat et vente ; Nerva et Proculus [pensent] qu'il y a un échange et non un achat. Sabinus use du témoignage d'Homère qui rapporte que la pratique des Grecs était d'acheter, avec du bronze et du fer, pour les hommes, du vin dans ces vers :*

"De leur côté, pour en avoir, les Argiens chevelus
donnèrent qui du bronze, qui du fer bien reluisant
qui des peaux de taureaux, qui des bêtes encore vivantes
qui des esclaves" (Il., VII, 472-475).

Mais ces vers semblent indiquer un échange, non un achat. De même ceux-ci :

"Mais le Cronide, Zeus, alors troubla la raison de Glaucos,
qui échangea des armes avec Diomède, le fils de Tydée" (Il., VI, 234-235).

Mais, en faveur de cette opinion, on dira plus ce qu'autrement, le poète dit de même :

"il acheta de ses propres deniers" (Od., I, 430).

Mais est plus vraie l'opinion de Nerva et de Proculus ; car, de même que vendre est une chose, acheter, une autre, l'un est acheteur, l'autre vendeur, de même le prix est une chose, la marchandise, une autre, parce que, dans un échange, on ne peut distinguer lequel des deux sera l'acheteur et lequel des deux, le vendeur. 2 - Mais l'achat-vente est du ressort du droit des gens et c'est pourquoi ils se font par le consentement et peuvent se contracter entre absents, par l'intermédiaire d'un messager et de lettres ».

[337] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 18, 1, 1.

[338] (Note de Groenewegen) Voir Gœddeus sur D. 50, 16 *(De la signification des termes)*, 4, nb 12 et les suivants.

[339] (Note de Groenewegen) En latin, [le mot] *pecudes* ou "tête de bétail", duquel le mot *pecunia* est venu. Voir Gœddeus dans ledit endroit.

(Note du traducteur) Le lecteur pourra se reporter à la très bonne analyse étymologique de ce terme proposée par Émile Benvéniste dans *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 1. Economie, parenté, société*, Ed. de Minuit, Paris1969, p. 47-61.

§ 6. Avec compensation, ainsi, le traitement consiste en un donner pour donner en repur, dans le cas où il y a le fait de donner une piple propriété, en premier lieu, si c'est une chose pour une chose [340], dans le cas où celle-ci est mesurable, comptable et pesable, et une chose de la même nature est de nouveau stipulée après un certain temps, un *prêt [de consommation]*, pourquelque chose d'autre, un *échange*, ou si l'argent donné pour de l'argent actuel, un *change*, si c'est une chose pour de l'argent, une *vente* et un *achat* ; si le traitement consiste dans le fait de donner une propriété incomplète, dans le cas ou c'est un bail héréditaire d'un côté et de l'argent de l'autre côté, il est appelé un *contrat emphytéotique* ; autrement, cela n'a pas d'autre nom ; mais, si le traitement consiste dans le fait de donner un usage, dans le cas ou c'est pour de l'argent, il est appelé *louage* et *prise de bail* ; il n'a autrement aucun nom approprié.

§ 7. En outre, avec une compensation, si le traitement consiste en un faire et que c'est pour faire en retouret que ce faire concerne une affaire commune, il est appelé une *société* ; **[294]** à cela aussi, le *mariage* peut être rapporté ; autrement, cela n'a aucun nom particulier.

§ 8. Un traitement sans compensation, d'une façon telle que quelque chose est fait d'uncôté, que de l'autre, quelque chose est donné, dans le cas où de l'argent est donné, ainsi, cela est appelé comme d'un usage, un *louage* et une *prise de bail* ; cependant, si le faire consistait à prendre sur soi le risque de quelqu'un, cela s'appelle une *assurance* ; dans le cas où la compensation du faire consiste en un autre chose et que le faire était un certain devoir héréditaire, un service de guerre ou un autre service, ainsi, cela est appelé une *concession féodale* ; autrement, cela n'a aucun nom approprié.

§ 9. Dans tous les contrats, la loi civile a introduit qu'un de mineur qui oblige celui avec lequel il contracte ne s'est pas lui-même obligé autrement que lorsqu'un profit [341] ou un délit [342] arrive par cela.

---

[340] (Note de Groenewegen) Voir D.19, 5, 5 § 1.

Extrait du livre V des *Questions* de Paul : *« 1 - Si, certes, je donne une somme d'argent pour recevoir une chose, il y a un achat et une vente. Mais si je donne une chose pour en recevoir une autre, parce qu'il est reçu que l'échange n'est pas un achat de biens, il ne fait pas de doute que naît une obligation civile, action dans laquelle entre en ligne de compte, non que tu rendes ce que tu as reçu, mais que tu sois condamné au montant estimé de mon intérêt de recevoir ce dont on a convenu ou, si je veux recouvrer ce qui est mien, de réclamer ce qui a été donné, comme si ce qui a été donné pour [obtenir] la chose n'avait pas eu de suite ».*

(Note du traducteur) On sait aujourd'hui que ce passage a été totalement remanié par les compilateurs chargé de collecter les extraits des ouvrages classiques des jurisconsultes romains. Le texte n'est donc pas celui que Paul a pu faire, mais plutôt la reconstruction imaginée par l'un des compilateurs du début du VI^e^ siècle. Si l'on veut avoir une idée plus précise de ce que Paul avait pu dire originellement, il faut se reporter à un autre extrait de l'un de ses contemporains, Ulpien, que l'on trouve alors dans D. 2, 14, 7 § 2. Il est curieux que ce passage ne soit jamais cité, alors qu'il n'a, quant à lui, jamais subi les altérations qu'a pu subir le passage en question traditionnellement cité de Paul et surtout, qu'il reflète plus exactement l'idée qu'avait pu avoir les jurisconsultes de ce que l'on appelle aujourd'hui bizarrement les contrats "innomés", alors que tous portent bel et bien un nom.

[341] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxuqles il est permius ou non d'aliéner)*, § 2 ; D. 12, 6, 13 § 1 et D. 12, 3, 14.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXIX. À partir d'un contrat bilatéral déjà consommé que le pupille a conlu sans l'autorisation de son tuteur, du fait que lui-même n'est pas civilement obligén io peut recouvre le bien qui lui manque quant à ce qu'il a reçu, il n'est pas tenu plus au-delà que dans la mesure où il s'est enrichi. Si au contraire, à partir d'un contrat parfait certes, mais non consommé, il vopulait agir en justice„ ildoit s'n tenti aucontrat ou se retirer de tout le contrat, voir D. 19, 1 *(De l'action d'achet et de vente)*, 13 § 29 joint aux §§ 27 et 28.]

§ 10. De ces contrats, certains sontsi utilisés quotidiennement qu'il est trouvé nécessaire de placer certaines conditions qui, n'étant pas déjà exprimées entre les contractants, sont néanmoins tenues pour exprimées [343] seulement avec l'appellation du nom du contrat, s'il n'est pas stipulé contre ; en outre, il y a les promesses par application de la loi ; de ces

---

de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - De même, [quant à] ce qu'un pupille, sans l'autorisation de son tuteur, a reçu en prêt et dont il s'est enrichi, si, devenu pubère, il le paie, il ne le réclame pas ».*

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Car, selon la nature, il est juste que personne, au détriment d'autrui, ne s'enrichisse ».*

[342] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 37 § 1 ; D. 50, 17, 111 pr.

Extrait du livre III des *Discussions* de Tryphoninus : *« 1 - Mais, dans les soixante jours écoulés, durant lesquels un homme peut, avec le droit du mari, accuser sa femme d'un adultère, lui est refusée la remise en l'état initial ; si maintenant, il veut de nouveau réclamer un droit omis, qu'y a-t-il d'autre que le pardon du délit, c'est-à-dire que, de la fausse accusation, il est demandé pardon ? Et, du fait que, ni dans les délits, ni pour les faux accusateurs, il est de droit certain que le préteur ne doit pas offrir un secours, la remise en l'état initial cessera [d'être effective]. Mais un mineur [de moins de] vingt-cinq ans ne mérite pas une remise en son état initial, en tout cas, pour ce qui est plus atroce, si ce n'est dans la mesure où, parfois, la compassion pour l'âge a entraîné le juge vers une petite peine. Mais, pour en venir aux règles de la Loi Julia pour contraindre les adultères, en tout cas, il n'y a nul pardon à la peine de l'adultère, si le mineur est lui-même déclaré comme adultère. J'ai dit que, s'il n'avait pas commis quelque chose de ce qu'à la faveur de l'adultère, cette même loi punit, comme s'il avait épousé, le sachant, une femme condamnée pour adultère, qu'à la faveur de la découverte de l'adultère, il n'avait pas renvoyé la femme, que, de l'adultère de la femme, il n'avait pas fait un profit, qu'il n'avait pas reçu d'argent à la faveur de la découverte de l'adultère ou qu'il n'avait pas fourni sa maison pour y commettre un attentat à la pudeur ou un adultère, il n'y aura pas l'excuse de l'âge à l'encontre des règles de la loi pour celui qui, tandis qu'il invoque les lois, a agi contre elles ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Un pupille qui est proche de la puberté est capable de voler et de commettre une injure ».*

[343] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 11 § 1 ; D. 12, 1, 3 ; D. 21, 1, 31 § 20 ; D. 21, 2, 6 ; *Institutes de Justinien*, III, xxiv *((De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 5.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Et en premier lieu, il faut savoir que, dans cette action, est seulement amené ce que l'on a convenu de fournir ; alors qu'en effet, l'action est du ressort de la bonne foi, rien ne s'accorde plus à la bonne foi que soit fourni ce qui, entre les contractants, a été fait. Si rien n'est convenu, alors sera fourni ce qui, naturellement, se trouve dans cette action ».*

Extrait du livre XXVII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Lorsque nous avons accordé quelque prêt de consommation, quoique nous n'y ayons pas disposé que, de façon égale, le bien nous soit rendu, il n'est pas permis au débiteur de rendre un bien plus mauvais qui, du même genre, sera, comme du vin neuf pour du vin ancien ; car, en contractant, ce qui est fait, pour garanti, doit être tenu ; mais il est entendu être fait en sorte qu'il soit acquitté de la même espèce et de la même qualité que ce qui a été donné ».*

Extrait du livre I[er] *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 20 - Parce que la stipulation du double est ininterrompue, pour cette raison, on a décidé qu'aussi sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, l'on peut agir en justice, si le vendeur d'un esclave n'a pas garanti l'action au double ; en effet, ce qui appartient à l'usage et à la coutume, dans les actions de bonne foi, doit entrer ».*

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si un bien-fonds est vendu, à partir de la coutume de la région dans laquelle l'affaire a été faite, en faveur de l'éviction, il faut donner une garantie ».*

« § 5. Le preneur doit faire tout selon la loi de la prise de bail et, si quelque chose, dans la loi, a été passé, il doit, en équité, le payer. Celui qui, pour un usage de vêtements, d'argenterie ou d'une bête de somme, a donné ou promis un prix, de celui-ci, une garde est souhaitée telle qu'un très diligent père de famille, pour ses biens, emploie. S'il la procurée et qu'avec quelque acident, il a perdu le bien, de le restituer, il ne sera pas tenu ».

contrats quotidiens, certains sont faits PAR UN TRANSFERT DE LA CHOSE ; certains reçoivent leur exécution par l'ACCORD SEULEMENT.

§ 11. Dans les contrats qui sont faits par un transfert de la chose, avant le transfert de la chose, un repentir est permis [344] pour autant que cela concerne la contrainte légale, à moins que, clairement, l'un n'eût permis à l'autre un certain droit ferme aussi avant le transfert de la chose, dans lequel cas, **[295]** le droit naîtrait de ce qui est particulièrement et expressément autorisé [345], non de la nature prore du contrat.

[**Note de Willem Schorer sur la note 34 de Groenewegen van der Made**
Voyez ci-dessous, liv. II, chap. XXXI, § 11.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

[344] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 5. Mais, à Anvers, aussi avant le transfert de la chose, un repentir est permis, voir là-dessus, les ccoutumes, cap. 53, art. 4. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le dit texte de D. 12, 4 *(De la condiciton, la cause ayant été donnée et ne s'étant pas ensuivie)*, 5.

Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : *« Si tu as reçu de l'argent pour aller à Capoue, qu'ensuite, t'étant préparé à te mettre en route, la condition du moment ou d'une maladie est venue empêcher que tu te mettes en route, il faut voir si tu pourras agir avec une condiction ; et, du fait que cela n'a pas dépendu de toi, il peut être dit que la réclamation cesse ; mais, du fait qu'il est permis de regretter à celui qui l'a remis, sans aucun doute, sera réclamé ce qui a été remis, à moins, peut-être, qu'il ait été de ton intérêt que tu n'aies pas, à raison de cette cause, reçu l'argent. Car, si la chose se trouve d'une façon telle que, bien que tu ne te sois pas encore mis en route, qu'ainsi, cependant, tu as arrangé l'affaire, de sorte que, nécessairement, tu aies à te mettre en route ou bien que, les dépenses qui étaient nécessaires pour le voyage, tu les aies déjà faites, de sorte qu'il est clair que tu as plus dépensé que tu as reçu, la condiction cessera ; mais, s'il a été dépensé moins, la condiction aura lieu, cependant, d'une façon telle qu'une indemnité te sera payée pour ce que tu as dépensé. 1 - Si quelqu'un a livré un esclave à quelqu'un d'une façon telle que, par lui, dans un certain délai, il soit affranchi, s'il a regretté celui qu'il a livré, que, sur cela, il l'a rassuré et qu'il a été affranchi après le regret [exprimé], cependant, une action, à raison du regret, se présente à celui qui l'a remis. Clairement, s'il ne l'a pas affranchi, la constitution vient à la suite et fait qu'il soit libre, si [le maître] n'a pas encore regretté celui que, pour cela, il a donné. 2 - De même, si quelqu'un, à Titius, a donné dix pour acheter un esclave et l'affranchir, qu'ensuite, il le regrette, si, certes, il n'a pas encore été acheté, le regret fournira une condiction, s'il lui est rendu clair que, si, par la suite, il l'achète, du dommage, il sera affecté ; mais, s'il a déjà été acheté, le regret ne fait pas injure à celui qui le rachète, mais, à la faveur des dix qu'il a reçus, il restituera l'esclave lui-même qu'il a acheté ou, s'il est exposé qu'antérieurement, il était mort, il ne paiera rien, si seulement, par son biais, cela n'a pas été fait. S'il a fui et que cela arrive avec la faute de celui qui l'a racheté, il ne paiera rien ; clairement, il faut que celui-ci donne garantie que, si, sous sa puissance, il est arrivé, il sera rendu. 3 - Mais, s'il a reçu l'argent pour affranchir l'esclave et que ce dernier a fui avant d'être affranchi, il faut voir si l'on pourra, avec une condiction, réclamer ce qu'il a reçu. Et, si, certes, il va vendre cet esclave et qu'à cause de cela, il ne l'a pas vendu, ce qu'il aura reçu pour l'affranchir, il ne faut pas que cela lui soit réclamé avec une condiction ; clairement, il donnera garantie que, si, sous sa puissance, l'esclave est arrivé, il rendra ce qu'il a reçu, avec cela en moins que l'esclave est devenu d'un plus bas prix à raison de sa fuite. Clairement, si, encore, veut l'affranchir celui qui l'a donné, mais que celui-là, à raison de sa fuite, offensé, ne veut pas l'affranchir, il faut qu'il rende tout ce qu'il a reçu. Mais, si celui-ci choisit, [lui] qui a remis les dix, d'obtenir l'esclave lui-même, il est nécessaire que celui-ci soit remis ou que, ce qu'il a donné, soit rendu. S'il n'allait pas le vendre, il faut que ce qu'il a reçu lui soit rendu, à moins, peut-être, que, plus soigneusement, il ne l'ait eu. S'il n'a pas reçu [l'argent] pour l'affranchir, alors, en effet, il n'est pas juste que ce dernier, de l'esclave et de tout son prix, soit privé. 4 - Mais, quand il a reçu [l'argent] pour l'affranchir et qu'ensuite, l'esclave est mort, si, certes, il a commis un retard pour l'affranchissement, il est logique que nous disions que celui-ci reverse ce qu'il a reçu ; s'il n'a pas commis de retard, mais qu'il s'est mis en route [pour aller] chez le gouverneur ou chez celui qu'il peut affranchir et que l'esclave, sur la route, est mort, il est plus vrai que, si, certes, il va être vendu ou que, de lui, lui-même usera, il faut que l'on dise que celui-ci ne doit rien reverser. Le fait est que, si rien de cela ne va être fait, envers lui-même, encore, l'esclave est mort ; en effet, il s'en irait, s'il ne l'avait pas reçu pour l'affranchir, à moins, peut-être, que le voyage [fait] pour l'affranchissement n'ait fourni l'occasion de la mort, de sorte que, par des brigands, il ait été tué, qu'avec un écroulement, dans une écurie, il ait été écrasé, qu'avec un chariot, il ait été broyé ou par quelque autre moyen, avec lequel il ne serait pas mort, si, à raison de l'affranchissement, l'on ne s'était pas mis en route ».*

[345] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 64, 3 ; C. 2, 3, 27.

Constitution de Gordien adressée à Barcius Leontius (sans date) : *« À partir d'un souhait d'échange, aucune chose ne s'étant ensuivie, il est clair qu'à personne, une action ne se présente, à moins que la stipulation soumise, à partir de l'obligation des termes, n'ait demandé, pour les parties, une action ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Chresimus et donnée en 294 : *« Celui qui réclame sur le fondement d'une stipulation qui, pour observer un souhait, a suivi, que le pacte ait précédé ou qu'immédiatement après, il soit intervenu, à bon droit, demandera en justice que la sentence soit portée conformément à lui ».*

DXXX. Ce que Grotius enseigne ici sur les contrats réels [en disant] qu'avant la livraison de la chose, il y a lieu à un regret, doit être entendu quant au traitement préparatoire, non quant à une promesse certaine et explicite à partir de laquelle, bien que ne consistant en aucun pacte, une action naît, voir Roseboom, *Keur* d'Amsterdam, chap. 47, art. 4.]

*

Chapitre VII
Du dépôt [346]

§ 1. Les contrats quotidiens qui sont exécutés par un TRANSFERT DE LA CHOSE sont au nombre de quatre, le *dépôt*, le *gage*, le *prêt de consommation* et *le prêt à usage*.

§ 2. Un DÉPÔT est *une convention par laquelle quelqu'un donne à garder un certain bien meuble à un autre pour rien, pour le recevoir de nouveau à son plaisir* [347].

---

[346] (Note de l'éditeur) Voir les titres de D. 16, 3 et C. 4, 34 *(De l'action du dépôt et de l'action en sens contraire).*
Ce titre du Digeste renferme 34 extraits et celui du Code, 12 constitutions.

[347] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 1.
Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le dépôt est ce qui a été remis en garde à quelqu'un, ayant été appelé à partir de ce qui est placé ; en effet, le préfixe "dé" augmente le dépôt, de sorte qu'il montre que tout ce qui regarde la garde d'un bien a été confié à la foi de celui-ci. 1 - Le préteur dit : "Pour ce qui a été déposé à raison ni d'une révolte, ni d'un incendie, ni d'une ruine [de bâtiment], ni d'un naufrage, j'accorderai une action au simple, mais pour ces choses qui ont été ci-dessus comprises, contre [le dépositaire] lui-même, [j'accorderai] une action au double, contre son héritier, pour ce que celui qui est mort est réputé avoir fait avec son dol, une action au simple, [pour de dol de l'héritier] lui-même, une action au double". 2 - À juste titre, le préteur a séparé ces causes de dépôt qui incluent la cause fortuite d'un dépôt qui provient de la nécessité et non tiré de la volonté. 3 - Est entendu avoir fait un dépôt à cause d'un tumulte, d'un incendie ou d'autres raisons, celui qui n'a aucune autre raison de le faire que pour un danger imminent à partir des causes écrites ci-dessus. 4 - Mais, cette séparation des causes a une juste raison. Mieux, quand quelqu'un choisit la confiance et que le dépôt n'est pas rendu, il doit se contenter de l'action au simple, mais, quand, une nécessité se présentant, il dépose, le crime de perfidie s'accroît et l'utilité publique doit être resserrée pour défendre la République ; en effet, il est invalide, dans les causes de cette sorte, de briser la confiance. 5 - Ce qui s'ajoute aux biens déposés n'est pas un dépôt, comme par exemple, si un esclave vêtu est déposé, en effet, son vêtement n'a pas été déposé ; ni si un cheval, avec sa muselière, a été déposé, car seul le cheval a été déposé. 6 - Si l'on a convenu que, dans un dépôt, la faute serait garantie, la convention est valide : en effet, il est reçu que la loi du contrat provient de la convention. 7 - Tu n'approuveras pas que le dol doive être garanti, si l'on en a convenu ; car cette convention est contre la bonne foi et contre les bonnes mœurs, et c'est pourquoi elle ne doit pas être suivie. 8 - Si les vêtements donnés à garder à un garçon de bain ont péri, si en tout cas, il n'a reçu aucune rémunération pour la garde des vêtements, je pense qu'il est tenu d'un dépôt et qu'il doit garantir seulement le dol ; s'il en recevait une, [il serait tenu] sur le fondement d'une prise à bail* (ex conducto). *9 - Si quelqu'un avait forcé un esclave, dont il avait la garde, à travailler dans un moulin, si une rémunération était intervenue pour la garde, je pense qu'il y a l'action sur le fondement d'une prise de bail* (ex conducto) *contre le meunier. Mais, si moi, je recevais une rémunération pour cet esclave qu'il recevait dans le moulin, avec l'action sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, je peux agir en justice ; si l'on a pensé les services de cet esclave en lien avec la garde, comme si une sorte de louage intervenait, mais parce qu'on ne donnera pas d'argent, on accordera l'action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *; mais, s'il ne fournit rien d'autre que de la nourriture et qu'au sujet des services, rien n'est convenu, il y a l'action de dépôt* (actio depositi). *10 - Dans une prise de bail et une offre de bail, et dans une affaire, sur le fondement desquels nous avons dit qu'une action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *devait être accordée, garantiront le dol et la faute ceux qui ont reçu l'esclave ; en revanche, s'[ils fournissent] seulement des aliments, [ils garantiront] le dol seulement. Cependant, nous suivrons, comme Pomponius le dit, ce qu'ils ont mis par écrit ou ce que l'on a convenu, pourvu que nous sachions que, si quelque chose a été mis par écrit, cependant garantiront le dol ceux qui l'ont reçu et ce qui, seul, entre dans le dépôt. 11 - Si je t'ai demandé de porter mon bien à Titius, pour que celui-ci le conserve, avec quelle action puis-je, contre toi, faire valoir mon droit, est-il demandé chez Pomponius ? Et il pense que, contre toi, [il y a l'action] de mandat, mais contre celui qui a reçu ces biens, [l'action] de dépôt ; mais, si, en ton nom, il les a reçus, toi, certes, tu seras tenu [de l'action] de mandat et lui, envers toi, [de l'action] de dépôt, action que tu me garantiras, ayant été cité avec l'action de mandat. 12 - Si je t'ai remis le bien, de sorte que, si Titius n'a pas reçu le bien, toi, tu le gardes et qu'il ne l'a pas reçu, il faut voir s'il y a seulement [l'action] de dépôt ou s'il y a [l'action] de mandat. Pomponius en doute ; je pense, cependant, qu'il y a l'action de mandat, parce que celui qui avait le mandat et la loi de la garde se trouvait de façon plus complète. 13 - De même, Pomponius demande, quand je t'ai donné mandat de garder le bien reçu de quelqu'un en mon nom et que tu l'as fait, si tu es tenu [de l'action] de mandat ou de dépôt. Il approuve plus qu'il y ait l'action de mandat, parce que c'est là le premier contrat. 14 - De même, Pomponius demande quand, moi voulant déposer chez toi, tu m'as ordonné de déposer chez ton affranchi, si je peux, contre toi, faire valoir mon droit en justice avec [l'action] de dépôt. Et il dit que, si en ton nom, c'est-à-dire comme si [c'était] toi qui allais le garder, je l'ai déposé, pour moi, il y a contre toi l'action de dépôt ; mais, si tu m'as conseillé de le déposer plutôt chez*

lui, contre toi, il n'y a aucune action, quand pour lui, il y a l'action de dépôt ; [de l'action] de mandat, tu ne seras pas tenu, parce que j'ai administré mon bien. Mais, si tu m'as donné mandat de déposer, à ton risque, chez lui, je ne vois pas pourquoi il n'y aurait pas l'action de mandat. Clairement, si tu as donné garantie pour lui, Labéon dit que le garant est de toute façon tenu, non seulement si a commis un dol celui qui reçoit le dépôt, mais aussi s'il n'en a pas commis, cependant, le bien est chez lui. En effet, qu'en est-il, si était fou celui chez qui il y a un dépôt, s'il était un pupille ou s'il n'était ni héritier, ni possesseur des biens, ni successeur de ce dernier ? En conséquence, il sera tenu, afin qu'il fournisse ce qu'avec l'action de dépôt, on fournit ordinairement. 15 - On demande si, contre un pupille, chez lequel, sans l'autorisation de son tuteur, il y a un dépôt, l'action de dépôt sera accordée. Mais l'on doit approuver que, si, chez [un pupille] capable d'un dol, tu as déposé, l'on peut agir en justice, s'il a commis un dol ; car, pour autant qu'il en est devenu plus riche, est accordée une action contre lui, si un dol n'est pas intervenu. 16 - Si le bien déposé a été détérioré, on peut, avec [l'action] de dépôt, agir en justice, comme si le bien n'avait pas été rendu ; en effet, quand il est détérioré, on peut dire qu'avec un dol, il n'a pas été rendu. 17 - Si mon esclave a déposé [un bien], je n'en aurai pas moins l'action de dépôt. 18 - Si, chez un esclave, j'ai déposé [un bien] et que, contre lui, qui a été affranchi, j'agis en justice, Marcellus dit que l'action ne tient pas, bien qu'ordinairement, nous disions qu'il doive être tenu du dol commis même lors de sa servitude, parce que les délits et les dommages suivent la personne ; en conséquence, il faudra avoir recours aux autres actions convenables. 19 - Cette action, aux possesseurs des biens et à celui envers lequel, sur le fondement du sénatus-consulte Trébellien, la succession a été rétablie, se présente. 20 - Non seulement le dol passé entrera dans l'action de dépôt, mais aussi le [dol] futur, c'est-à-dire, après l'engagement du procès. 21 - De là, Neratius écrit que, si le bien déposé, sans dol, a été perdu et qu'après la réception de l'action, il est recouvré, à bon droit, le débiteur ne doit pas moins être contraint à une restitution et ne doit pas être absous, s'il n'a pas restitué. De même, Neratius dit que, bien qu'alors, contre toi, avec [l'action] de dépôt, on ait agi en justice, alors que tu n'as pas la possibilité de restituer, les hangars ayant été peut-être fermés, cependant, si, avant la condamnation, tu avais la possibilité de les restituer, tu dois être condamné si tu ne les restitues pas, parce que, chez toi, le bien se trouve ; en effet, il faut alors demander si, avec un dol, tu l'as fait. 22 - Mais il a été écrit chez Julianus, dans le livre XII de ses Digestes, que celui qui a déposé un bien peut immédiatement, avec l'action de dépôt, agir en justice ; en effet, fait cela avec un dol celui qui le reçoit, parce qu'à celui qui a déposé le bien, il ne le rend pas. Mais Marcellus dit que n'est pas toujours considéré pouvoir agir avec un dol celui qui, à celui qui l'a déposé, ne l'a pas rendu ; en effet, qu'en est-il, si, dans une province, le bien se trouve dans des hangars, dont, au moment de la condamnation, il n'y a pas de possibilité de les ouvrir ou que la condition du dépôt n'existe pas ? 23 - Il ne faut pas douter que cette action est [une action] de bonne foi. 24 - Et c'est pourquoi il faut dire que, dans cette action, les fruits entrent, toute cause et toute portée, de sorte que le bien n'entre pas comme nu. 25 - Si tu as vendu un bien [mis] en dépôt et qu'après, tu l'as racheté dans la cause d'un dépôt, même s'il a péri par la suite sans ton dol, tu seras tenu [de l'action] du dépôt, parce que tu as commis un dol, puisque tu l'as vendu. 26 - Dans l'action de dépôt aussi, lors du procès, il est fait un serment. 27 - Non seulement si mon esclave, mais aussi si celui qui est de bonne foi ont déposé un bien, il est très juste que me soit accordée une action, s'il a déposé un bien qui m'appartient. 28 - De la même façon, si j'ai un usufruit sur un esclave, si ce qu'il a déposé se trouve [provenir] du pécule qui m'appartenait ou que le bien était le mien, avec cette même action, je pourrai agir en justice. 29 - De même, si un esclave de la succession a déposé [un bien], à l'héritier qui a accepté par la suite [la succession] appartient l'action. 30 - Si un esclave a déposé [un bien], qu'il soit vivant ou mort, de façon valide, le maître, avec cette action, fera valoir son droit en justice. Mais l'esclave lui-même, ayant été affranchi, ne pourra pas agir en justice ; mais, s'il a été vendu, l'action appartient encore à celui dont il était l'esclave, lorsqu'il l'a déposé ; en effet, il faut regarder le début du contrat. 31 - Si l'esclave qui a fait le dépôt appartient à deux [personnes], à chacun des maîtres, pour sa part, l'action appartient. Si tu as restitué à Titius le bien déposé par un esclave, Celsus dit qu'avec l'action de dépôt, tu n'es pas tenu, parce que nul dol n'est intervenu ; mais, contre Titius, auquel le bien a été restitué, le maître de l'esclave agira en justice ; mais, s'il l'a produit, il le revendiquera, mais, s'il l'a consommé, alors qu'il savait qu'il était le bien d'un autre, il sera condamné, parce qu'avec un dol, il a fait en sorte d'empêcher qu'il le possède. 31 - Si, à deux personnes, l'esclave qui a déposé appartient, à chacun des maîtres, se présente pour partie l'action de dépôt. 32 - Celsus dit que, si tu as restitué le bien déposé par un esclave chez Titius, que tu pensais être son maître alors qu'il ne l'est pas, avec l'action de dépôt, tu n'es pas tenu, parce que nul dol n'est intervenu ; mais, contre Titius, auquel le bien a été rendu, le maître de l'esclave agira en justice ; mais, s'il l'a produit, il le revendiquera ; mais, si, alors qu'il savait qu'il était le bien d'autrui, il l'a épuisé, il sera condamné, parce qu'avec un dol, il a fait en sorte d'empêcher qu'il le possède. 33 - De façon fine, chez Julianus, il est demandé si un esclave a déposé chez moi de l'argent d'une façon telle qu'au maître, en faveur de sa liberté, je le donne et que moi, je l'ai donné, si je serai tenu de l'action de dépôt. Dans le livre III de ses Digestes, il écrit que, si, certes, je l'ai ainsi donné comme si, pour cela, dans mes mains, il avait été déposé et que je t'assurais qu'à toi, ne se présentait pas l'action de dépôt, parce que, le sachant, tu l'as reçu, je suis par conséquent exempt d'un dol ; mais, si, comme le mien, en faveur de sa liberté, je l'ai payé, je serai tenu. Cette opinion me semble vraie ; en effet, ce dernier, non seulement sans dol, ne l'a pas rendu, mais il ne l'a pas rendu [tout court] ; car une chose est de rendre, une autre de le donner comme de son patrimoine. 34 - Si l'argent, chez toi, dès le début, sous cette condition, a été déposé, [à savoir] que, si tu le voulais, tu l'utilises, avant que tu l'utilises, de l'action de dépôt, tu seras tenu. 35 - Souvent, il arrive que le bien déposé ou les pièces [d'argent] soient au risque de celui chez qui cela est déposé, comme par exemple, si cela est nommément convenu. Mais, si quelqu'un s'est offert pour le dépôt, de même Julianus écrit qu'avec le dépôt, il s'est lié avec l'action de dépôt, cependant, d'une façon telle que non seulement, son dol, mais aussi sa faute et la garde, il les garantisse, cependant, non les cas fortuits. 36 - Si de l'argent, dans un sac scellé, a été déposé et que l'un des héritiers de celui qui l'a déposé vient qui le réclame, il faut voir comment il lui sera fait satisfaction. L'argent doit être produit en présence du préteur ou avec l'intervention de personnes honorables, et doit être payé à la faveur de sa part héréditaire ; mais, si [le sac] est descellé, à l'encontre de la loi du dépôt, on ne le fera pas, du fait

§ 3. *Quelqu'un*, à savoir une ou plusieurs personnes ; dans lequel cas, dans le cas où le bien est indivisible, les déposants doivent venir ensemble réclamer la restitution ou l'un de réclamant, il doit garantir que le dépositaire restera de plus sans embarras [348].

§ 4. On peut aussi stipuler que le dépôt sera redonné à un tiers [349] qui, l'acceptant, reçoit un droit par cela [350].

---

qu'avec l'autorisation du préteur ou avec l'intervention d'honorables personnes, cela arrive ; le reste demeurant chez lui, s'il a voulu cela (à savoir les sceaux ayant été au préalable sur lui appliqués par le préteur ou par ceux en présence desquels les sceaux ont été enlevés), ou s'il l'a refusé, en le déposant dans un temple. Mais, si les biens sont des biens qui ne peuvent pas être partagés, il devra tous les livrer avec la garantie appropriée qui doit lui être fournie par le demandeur pour ce qui est au-dessus de sa part ; mais, la garantie n'étant pas intervenue, le bien est déposé dans un temple et, de toute action, le dépositaire est libéré. 37 - Chez Julianus, dans le livre XIII de ses Digestes, une telle espèce a été rapportée : il dit, en effet, que, si le déposant est mort et qu'il y a deux [personnes] qui, entre elles, se disputent et chacune, disant seulement qu'elle est l'héritière, le bien doit lui être remis, elle qui s'est préparée à le soutenir contre l'autre défendeur, c'est-à-dire celui qui a reçu le dépôt ; si aucune des deux ne reçoit cette charge, de façon très convenable, il dit que l'on ne doit pas être contraint de dire que, par le préteur, elle reçoit un jugement. ; en conséquence, il faut que le bien soit déposé dans quelque temple jusqu'à ce que le jugement, quant à la succession, soit donné. 38 - Si quelqu'un a lu les tablettes d'un testament déposées chez lui en présence de plusieurs [personnes], Labéon dit qu'avec l'action de dépôt, à bon droit, quant aux tablettes, on peut agir en justice. Moi, je pense que l'on peut agir avec [l'action] d'injures, si le testament a été lu en présence de certains avec cette intention que les jugements secrets de celui qui a testé soient révélés. 39 - Si un voleur ou un brigand, a fait un dépôt, Marcellus pense à bon droit, dans le livre VI de ses Digestes, qu'ils agiront en justice avec l'action de dépôt, car il est de leur intérêt qu'ils soient tenus. 40 - Si quelqu'un réclame un dépôt d'argent ou d'or, doit-il embrasser l'espèce des deux ou le poids ? Il vaut mieux qu'il embrasse l'une et l'autre, peut-être en disant la coupe, le plat ou la patère et en ajoutant la matière et le poids. Mais, si un vêtement pourpre a été fait aussi en laine, le poids doit semblablement être ajouté, étant sauf le fait que, si, quant au montant du poids, on est incertain, on recourra à un jureur. 41 - Si un coffre scellé a été déposé, réclamera-t-on seulement le coffre ou les choses qui y ont été mises ? Trebatius dit que l'on doit agir en justice [avec l'action du dépôt] pour réclamer le coffre, non pour le dépôt d'objets singuliers. Et si les choses ont été montrées et ainsi déposées, les pièces de vêtement doivent être ajoutées. Mais Labéon dit que celui qui dépose un coffre est considéré déposer aussi chaque bien et donc, qu'au sujet des biens, il peut agir en justice. Qu'en est-il donc, si celui qui a reçu le dépôt ignorait que s'y trouvaient des biens ? Cela n'importe pas beaucoup, du fait qu'il a reçu le dépôt. Donc, je pense qu'il peut agir en justice pour le dépôt des objets, quoiqu'un coffre scellé ait été déposé. 42 - Il est clair qu'un fils de famille est tenu de l'action de dépôt, parce que, des autres actions, il est tenu ; mais, contre son père, on peut seulement agir en justice avec l'action quant au pécule (de peculio). *De même, pour l'esclave, car, contre son maître, on agit en justice. Clairement, Julianus écrit et il nous semble que, si, au nom de ceux qui sont sous la puissance [d'autrui], l'on agit en justice, cela entre dans le jugement et, si, de quelque chose, par l'intermédiaire de celui au droit duquel ils appartiennent, il s'est emparé ou a été coupable d'une fraude, de sorte que leur dol y entre et non seulement celui de ceux-là mêmes avec lequel on a contracté. 43 - Si, chez deux [personnes] un bien a été déposé, contre chacune d'elles, on pourra agir en justice et l'une ne sera pas libérée, si, contre l'autre, l'on agit ; en effet, non avec un choix, mais avec le paiement, elles sont libérées. Par conséquent, si les deux ont agi avec un dol et que l'une a payé ce qui est de son intérêt, l'autre ne sera pas cité en justice à l'exemple des tuteurs ; si l'une ne peut rien faire ou le peut moins, cela reviendra en partage à l'autre ; de même, si l'une, avec un dol, n'a pas agi et a été pour cela absoute, car cela reviendra à l'autre en partage. 44 - Mais, si deux [personnes] ont déposé et que les deux agissent en justice, si certes, elles ont déposé d'une façon telle que l'une enlève la totalité, elle pourra agir en justice pour le tout ; mais, si [c'est] à la faveur de la part qui était de son intérêt, il faut alors dire que, sur cette part, la condamnation doit être faite. 45 - Si j'ai déposé chez toi, pour qu'après ta mort, tu le rendes, contre toi et contre ton héritier, je peux agir avec l'action de dépôt, en effet, je peux modifier ma volonté et réclamer avant ta mort le dépôt. 46 - Par conséquent, si j'ai déposé d'une façon telle qu'après ma mort, on le rende, nous pourrons, moi et mes héritiers, agir en justice avec l'action de dépôt, moi ayant modifié ma volonté. 47 - Mais, parce que seulement le dol entre dans cette action, on a demandé, quand l'héritier a vendu le bien déposé ou prêté à usage, chez le testateur, ignorant que le bien avait été déposé ou l'a prêté à usage, s'il était tenu. Car, parce qu'avec un dol, il n'a pas agi, il ne sera pas tenu quant au bien ; cependant, sera-t-il tenu du prix qui lui est parvenu ? Il est plus vrai qu'il en est tenu ; en effet, il agit avec un dol en ce qu'il ne rend pas ce qui lui est parvenu ».*

[348] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 1 § 36.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 36 - Si de l'argent, dans un sac scellé, a été déposé et que l'un des héritiers de celui qui l'a déposé vient qui le réclame, il faut voir comment il lui sera fait satisfaction. L'argent doit être produit en présence du préteur ou avec l'intervention de personnes honorables, et doit être payé à la faveur de sa part héréditaire ; mais, si [le sac] est descellé, à l'encontre de la loi du dépôt, on ne le fera pas, du fait qu'avec l'autorisation du préteur ou avec l'intervention d'honorables personnes, cela arrive ; le reste demeurant chez lui, s'il a voulu cela (à savoir les sceaux ayant été au préalable sur lui appliqués par le préteur ou par ceux en présence desquels les sceaux ont été enlevés), ou s'il l'a refusé, en le déposant dans un temple. Mais, si les biens sont des biens qui ne peuvent pas être partagés, il devra tous les livrer avec la garantie appropriée qui doit lui être fournie par le demandeur pour ce qui est au-dessus de sa part ; mais, la garantie n'étant pas intervenue, le bien est déposé dans un temple et, de toute action, le dépositaire est libéré ».*

[349] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 26 pr.

§ 5. Un *bien meuble*, disons-nous ; car un bien immeuble n'est pas donné en dépôt [351] ; en outre, le dépôt peut avoir lieu, que je donne en dépôt mon prore bien ou celui d'un autre [352]. Car nous n'y voyons pas un droit de propriété, mais la confiance de l'un envers l'autre ; mais, s'il y avait que quelqu'un qui a reçu quelque **[296]** chose en dépôt, était trouvé en être le propriétaire, celui-ci ne serait pas obligé par le dépôt [353].

§ 6. *Pour rien* ; car, bien que, parfois, il arrive bien que quelqu'un stipule une certaine rémunération pour le dépôt [354] ; un telle chose est cependant en dehors de la qualité propre du contrat ; et, dans un tel cas, le dépositaire est aussi obligé plus strictement [355].

Extrait du livre IV des *Réponses* de Paul : *« Publia Mævia, alors qu'elle se mettait en route vers son mari, a recommandé son coffre avec ses vêtements et ses documents à Gaia Seia et lui a dit : "lorsque je reviendrai saine et sauve, tu me le rendras ; mais, si quelque chose d'humain m'arrive (i. e.* si je meurs)*, [tu le remettras] à mon fils, que j'ai eu d'un autre mari". Celle-ci étant morte sans testament, j'aurais désiré [savoir] à qui les biens confiés devaient être restitués, au fils ou au mari ? Paul a répondu, au fils ».*

[350] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 42, 8 ; D. 23, 4, 9 ; Bartole et les docteurs sur D. 16, 3, 26 pr.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Photinus et donnée en 293 : *« Si as prêté à usage tes biens ou les as déposés celui dont tu t'es rappelé les prières, contre celui qui les détient, tu peux user d'une action pour la production ou d'une revendication. 1 - S'il a conclu qu'ils te soient restitués, si certes, à celui qui les as déposés, tu as succédé, selon le droit héréditaire, d'une action de dépôt, tu ne te verrais pas interdire d'user ; mais, si, ni selon le droit civil ni selon le droit honoraire, légalement, la succession de celui-ci ne te revient, tu entends que tu n'as aucune action à partir du pacte de ce dernier contre celui que tu supplies en droit strict ; mais une action de dépôt utile t'est accordée à cause d'une raison d'équité ».*

Extrait du livre XVI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si l'on convient d'une façon telle que, si, du vivant de son beau-père, la fille est morte, au beau-père lui-même, s'il est mort, à son fils, si, le fils aussi étant mort, tout, à son héritier, soit remis, avec une interprétation bienveillante, il peut être défendu que la stipulation est valide ».*

[351] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 13, 6, 1 § 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - L'interprétation de cet Édit n'est pas difficile. Il faut simplement relever une seule chose, [à savoir] que celui qui a conçu l'Édit a fait mention du commodat, quand Paconius fait mention d'un usage. Labéon, certes, dit qu'entre un commodat et le don d'un usage, il y a autant de différence qu'entre le genre et l'espèce : en effet, on prête en commodat une chose mobilière, non pas la terre, mais un droit d'usage est aussi donné pour la terre. Mais, comme il apparaît, proprement, un bien prêté en commodat se dit pour une terre, c'est ce que Cassius juge. Vivianus dit, de façon plus large, qu'un logement peut aussi être remis en commodat ».*

[352] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 31 § 1.

Extrait du livre IX des *Discussions* de Tryphoninus : *« 1 - Il y a ici un autre examen. Devons-nous juger la bonne foi seulement entre ceux qui ont contracté, sans y ajouter aucun étranger ou en considérant aussi les autres personnes auxquelles revient ce qui est fait ? À titre d'exemple, un voleur a déposé chez Seius, qui ne savait rien de la malice du déposant, les biens qu'il m'a soustraits : Seius devra-t-il en faire restitution au voleur ou à moi ? Si nous le considérons attentivement à travers celui qui remet et celui qui reçoit par lui-même, c'est là la bonne foi, de sorte que celui qui a remis reçoit la chose confiée ; si [nous considérons] l'équité de toute l'affaire qui est réalisée à partir de toutes les personnes qui sont impliquées dans cette affaire, ils doivent m'être rendus par celui par qui ils ont été enlevés par un acte très fourbe. Et je reconnais que cette justice est celle qui attribue à chacun le sien, d'une façon telle que cela ne le lui soit pas retiré avec la plus juste réclamation de quelque personne. Si moi, je ne viens pas pour les réclamer, ils ne doivent pas moins être restitués à celui qui les a déposés, bien qu'il ait déposé des biens mal réclamés. C'est ce qu'écrit Marcellus pour le pillard et le voleur. Si cependant, le brigand, qui l'ignore, a soustrait le bien au fils de quelqu'un ou à l'esclave de quelqu'un, et l'a déposé chez son père ou chez son maître, qui l'ignorent, sur le fondement du droit des gens, il n'y a pas de dépôt, dont le pouvoir est qu'il soit donné à un autre pour le conserver et non que sa propre chose [soit remise] au propriétaire comme si elle était à un autre. Si le voleur a déposé chez moi qui ignorais jusque-là son délit un bien qu'il m'a volé, moi l'ignorant, à bon droit, on dira que le dépôt n'est pas contracté, parce que, sur le fondement de la bonne foi, un propriétaire n'est pas contraint de restituer à un brigand son propre bien. Mais, s'il a été livré par le propriétaire qui l'ignorait encore, comme si c'était sur le fondement d'un dépôt, une réclamation de l'indu [lui] reviendra cependant ».*

[353] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 16, 3, 31 § 1.

[354] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 5 § 2 aux mots *nulla utilitas.*

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - (…) car, parce qu'il n'y a <u>aucun avantage</u> pour celui chez qui l'on fait un dépôt, à juste titre, le dol seul est garanti, à moins, peut-être, qu'un loyer ne se soit ajouté (alors en effet, quand il en a été établi [un], aussi, la faute est produite au jour) ou, si, dès le commencement, on a convenu que garantissent la faute et le risque celui dans les mains duquel le dépôt est fait. Mais, quand l'avantage des deux parties est concerné, comme dans un achat, un louage, une dot, un gage, une société, le dol et la faute sont garantis ».*

[355] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 1 §§ 9-10.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si quelqu'un avait forcé un esclave, dont il avait la garde, à travailler dans un moulin, si une rémunération était intervenue pour la garde, je pense qu'il y a l'action sur le fondement d'une prise de bail* (ex conducto) *contre le meunier. Mais, si moi, je recevais une rémunération pour cet esclave qu'il recevait dans le*

§ 7. *Pour le recevoir de nouveau*, à savoir tel qu'il était reçu, avec tous les fruits et le profit qui pourrait être né de la chose [356].

[**Note de Willem Schorer sur la note 356 de Groenewegen van der Made**
Du fait que la peine du double est tombée en désuétude dans nos usages, il s'ensuit aussi que pas même dans un dépôt déplorable, le dépositaire n'est tenu au-delà de ce qui est d'intérêt, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 16, 3 *(De l'action de dépôt et de l'action en sens contraire)*, 1 § 1 et 25.]

§ 8. *À son plaisir*, bien que cela [soit] immédiatement [357], mais l'acceptant, ne se l'étant pas fait demander ne peut pas le redonner, si ce n'est pour de grandes raisons [358].

[**Note de Willem Schorer sur la note 357 de Groenewegen van der Made**
Bien que, dans le droit civil, un dfépôt doit être restitué à n'importe quel moment au déposant, ceoendant, le créancier du déposant, une blocage étant intervenu, interdit à bon droit la restitution au dépositaire, d'une façon telle, toutefois, que, dans nos usages, un tel arrêt soit de nouveau enlevé en procurant la garantie appropriée, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle LXXXXVIII, cap. 1, [qui se trouve sous C. 4, 34 *(De l'action de dépôt et de l'action en sens contraire)*, 11].]

§ 9. Cependant, dans le cas où la chose a péri ou est détériorée, le dépositaire n'est pas tenu à une compensation [359], à moins qu'une telle chose ne fût faite parune mauvaise foi ou

---

moulin, avec l'action sur le fondement de l'offre de bail (ex locato)*, je peux agir en justice ; si l'on a pensé les services de cet esclave en lien avec la garde, comme si une sorte de louage intervenait, mais parce qu'on ne donnera pas d'argent, on accordera l'action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *; mais, s'il ne fournit rien d'autre que de la nourriture et qu'au sujet des services, rien n'est convenu, il y a l'action de dépôt* (actio depositi). *10 - Dans une prise de bail et une offre de bail, et dans une affaire, sur le fondement desquels nous avons dit qu'une action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *devait être accordée, garantiront le dol et la faute ceux qui ont reçu l'esclave ; en revanche, s'[ils fournissent] seulement des aliments, [ils garantiront] le dol seulement. Cependant, nous suivrons, comme Pomponius le dit, ce qu'ils ont mis par écrit ou ce que l'on a convenu, pourvu que nous sachions que, si quelque chose a été mis par écrit, cependant garantiront le dol ceux qui l'ont reçu et ce qui, seul, entre dans le dépôt ».*

[356] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 1 § 24.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 24 - Et c'est pourquoi il faut dire que, dans cette action, les fruits entrent, toute cause et toute portée, de sorte que le bien n'entre pas comme nu ».*

[357] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 1 § 22 et §§ 45-46.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 22 - Mais il a été écrit chez Julianus, dans le livre XII de ses Digestes, que celui qui a déposé un bien peut immédiatement, avec l'action de dépôt, agir en justice ; en effet, fait cela avec un dol celui qui le reçoit, parce qu'à celui qui a déposé le bien, il ne le rend pas. Mais Marcellus dit que n'est pas toujours considéré pouvoir agir avec un dol celui qui, à celui qui l'a déposé, ne l'a pas rendu ; en effet, qu'en est-il, si, dans une province, le bien se trouve dans des hangars, dont, au moment de la condamnation, il n'y a pas de possibilité de les ouvrir ou que la condition du dépôt n'existe pas ? (…) 45 - Si j'ai déposé chez toi, pour qu'après ta mort, tu le rendes, contre toi et contre ton héritier, je peux agir avec l'action de dépôt, en effet, je peux modifier ma volonté et réclamer avant ta mort le dépôt. 46 - Par conséquent, si j'ai déposé d'une façon telle qu'après ma mort, on le rende, nous pourrons, moi et mes héritiers, agir en justice avec l'action de dépôt, moi ayant modifié ma volonté ».*

[358] (Note de Groenewegen) D. 16, 3, 5 § 2 ; C. 4, 34, 6.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si le séquestre veut déposer son office, que devra-t-on faire pour lui ? Pomponius dit qu'il faut qu'il aille trouver le préteur et qu'à partir de sa volonté, une fois l'annonce faite à ceux qui l'avaient choisi, il doit restituer le bien à celui qui était présent. Mais je ne pense pas cela toujours vrai ; car, en général, il ne doit pas être permis de déposer l'office qu'il a reçu une seule fois à l'encontre de la loi du dépôt, si ce n'est avec l'intervention d'une juste cause ; et, quand il se le voit permettre, rarement, le bien doit être restitué à celui qui arrive, mais il faut que celui-ci, au jugement du juge, dans quelque temple, soit déposé ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Antonius Alexander et Ulpianus Antipater, donnée en 293 : *« Celui aux mains duquel tu dis avoir confié les deux parties d'une transaction ou d'autres instruments, a nécessairement à observer la loi avec laquelle il les a reçus ».*

[359] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 34, 1.

une grande négligence du dépositaire [360] ; celle-ci est entendue ne pas avoir lieu lorsque le dépositaire a négligé de faire quelque chose qu'un homme sage et prudent aurait fait (car chacun peut voir à qui il donne son bien en dépôt [361] et il n'y a aucune raison que quelqu'un, faisant une amitié à un autre sans une rémunération, soit obligé si strictement [362]), mais, dans le cas où il n'avait pas pris garde au dépôt tel qu'il est habitué à prendre garde de son propre bien [363], dans lequel cas il est tenu envers moi de réparer tout de dommage que j'ai souffert en quelque façon par cela ; car, s'il n'avait pas voulu faire une telle chose, il devait s'en excuser avant le dépôt [364].

[**Note de Willem Schorer sur la note 360 de Groenewxegen van der Made**

Mieux, quant au droit romain, le dépositaire, s'il avait seulement usé de la chose déposée, était tenu d'un vol ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 34 *(De l'action de dépôt et de l'action en sens contraire)*, 1 § 25, enseigne que, cependant, cela a été abrogé dans les usages.]

Constitution d'Alexandre adressée au soldat Mestrius et donnée en 234 : *« Si, par une incursion de brigands ou un autre cas fortuit, des parures déposées chez une personne tuée ont péri, le dommage ne revient pas à l'héritier de celui qui a reçu le dépôt, qui devait seulement garantir le seul dol et la faute importante, si l'on en n'a pas spécialement convenu autrement. Si, sous le prétexte d'un brigandage commis ou d'un autre cas fortuit, les biens qui sont en la possession de l'héritier ou qu'il a cessé de posséder avec un dol, ne sont pas restitués, tant une action de dépôt qu'une action pour la production du bien, mais aussi une réclamation portant sur le bien, se présentent ».*

[360] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 32, et là, les docteurs.

Extrait du livre XI des *Digestes* de Celsus : *« Ce que Nerva a dit, [à savoir] que le dol était une faute plus grande, n'agréait pas à Proculus me semble très vrai. Car, si quelqu'un n'est pas diligent de la façon que la nature des hommes le souhaite, à moins, cependant, qu'il n'ait fourni à sa mesure un soin pour le dépôt, il n'est pas exempt de fraude ; en effet, la foi étant sauve, celui-ci ne fournira pas une diligence moindre que pour ses propres biens ».*

[361] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiv *(De quelles façons est contractée avec [la remise d']un bien l'boligation)*, § 3.

« § 3. En outre, celui chez quiquelque bien est déposé, avec la remise du bien (re)*, est obligé, avec l'action de dépôt, celui qui lui-même, quant à la restitution de chose qu'il a reçue, est tenu. Mais celui-ci, decela seulement, est tenu, si, avec un dol, il a commis quelque chose, mais au titre d'une faute, c'est-à-dire d'une paresse er d'une négligence, il n'est pas tenu ; c'est pourquoi est en sécurité celui qui, de façon peu diligente, a perdu le bien gardé avec un vol, parce que celui qui, à un ami négligent, livre son bien en garde, à sa facilité, doit l'imputer ».*

[362] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 29, 3, 7.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Mais, si l'un des signataires est absent, les tablettes du testament doivent être envoyées là où lui-même se trouve, pour qu'il les reconnaisse ; car il est difficile que celui-ci, pour les reconnaître, soit rappelé. Mieux, souvent, avec une grande duperie, de nos affaires, nous sommes rappelés et il sera injuste qu'à chacun, son devoir soit préjudiciable. Et ne concerne pas l'affaire qu'un seul ou tous soient absents. Et, si, peut-être, tous étant absents, pour quelque raison, [quelqu'un] presse d'ouvrir les tablettes, le proconsul doit veiller à ce qu'avec l'intervention d'hommes de la meilleure réputation, elles soient ouvertes et, après la transcription et la reconnaissance faite par ceux-là mêmes, avec l'intervention desquels elles ont été ouvertes, elles seront scellées et alors, ensuite, envoyées là où les signataires eux-mêmes se trouvent, pour examiner leurs sceaux ».*

[363] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 16, 3, 32.

Ce passage a été proposé ci-dessus dans la note 355.

[364] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 7.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un esclave a été déposé chez soi pour que l'on tienne un interrogatoire à son égard et que, pour cela, attaché ou prolongé dans un mauvais [lieu de] séjour, le dépositaire, mené par la miséricorde, l'a délivré, je pense que ce qui a été fait est proche d'un dol, parce que, du fait qu'il savait pour quelle affaire il était acquis, il a exercé sa miséricorde de façon intempestive, du fait qu'il pouvait ne pas recevoir une telle cause plutôt que de tromper. 1 - L'action de dépôt est accordée à l'héritier sur le fondement du dol du défunt pour le tout ; en effet, bien que nous ne soyons ordinairement pas tenus autrement sur le fondement du dol d'un défunt, si ce n'est pour la part qui nous est parvenue, cependant, ce dol découle du contrat et de la poursuite de la chose, et c'est pourquoi un seul héritier est tenu pour le tout, mais plusieurs, pour cette part dont chacun est l'héritier. 2 - Chaque fois que des banquiers font banqueroute, on tient compte en premier lieu des dépositaires, c'est-à-dire de ceux qui avaient de l'argent en dépôt, non de celui qu'ils pratiquaient à intérêt chez des banquiers avec des banquiers ou par eux-mêmes. Devant les privilèges donc, si les biens étaient vendus, on tient compte des dépositaires, pourvu que l'on ne tienne pas compte de ceux qui avaient aussi reçu des intérêts, comme s'ils avaient renoncé au dépôt. 3 - Il est demandé, de même, si l'on regardera l'ordre de ceux qui ont fait un dépôt ou si l'on tiendra, au vrai, compte en même temps de tous les dépositaires ».*

[**Sur la note 363 de Groenewegen van der Made**

Le dépositaire s'acquitte dans la garde, selon l'auteur, du même soin qu'il a employé pour la conservation de son bien et cela a aussi ainsi été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 305, p. 694.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXXI. Du fait que le dépositaire est seulement tenu d'une faute large, c'est à peine qu'en cela, bien que lui-même soit très diligent, vous requerrez cette diligence avec Grotius qu'il emploie ordinairement pour ses biens ; ce qui ne peut pas être approuvé à partir de D. 16, 3 *(De l'action de dépôt et de l'action en sens contraire)*, 32, qui reçoit uniquement la nature commune des hommes.]

§ 10. Mais celui qui s'est lui-même proposé au dépôt **[297]** est tenu à raison d'une négligence de toutes sortes [365] ; mais, d'un accident, un dépositaire n'est jamais tenu [366], à moins qu'il n'eût stipulé de l'argent pour le dépôt [367] ou que l'accident fût survenu après que, se l'étant faite demander [368], dans la restitution, il n'eût été négligent ou qu'une telle chose ne fût expressément stipulée [369].

---

[365] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 1 § 35.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 35 - Souvent, il arrive que le bien déposé ou les pièces [d'argent] soient au risque de celui chez qui cela est déposé, comme par exemple, si cela est nommément convenu. Mais, si quelqu'un s'est offert pour le dépôt, de même Julianus écrit qu'avec le dépôt, il s'est lié avec l'action de dépôt, cependant, d'une façon telle que non seulement, son dol, mais aussi sa faute et la garde, il les garantisse, cependant, non les cas fortuits ».*

[366] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 34, 1 ; D. 50, 17, 23.

Constitution d'Alexandre adressée au soldat Mestrius et donnée en 234 : *« Si, par une incursion de brigands ou un autre cas fortuit, des parures déposées chez une personne tuée ont péri, le dommage ne revient pas à l'héritier de celui qui a reçu le dépôt, qui devait seulement garantir le seul dol et la faute importante, si l'on en n'a pas spécialement convenu autrement. Si, sous le prétexte d'un brigandage commis ou d'un autre cas fortuit, les biens qui sont en la possession de l'héritier ou qu'il a cessé de posséder avec un dol, ne sont pas restitués, tant une action de dépôt qu'une action pour la production du bien, mais aussi une réclamation portant sur le bien, se présentent ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le réceptionnaire)*, seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat)*, la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

[367] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 5 § 2.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Maintenant, il faut voir ce qui entre dans l'action de commodat, le dol, la faute ou tout risque. Et certes, dans les contrats, nous garantissons tantôt le dol seulement, tantôt aussi la faute ; le dol, dans le dépôt ; car, parce qu'il n'y a aucun avantage pour celui chez qui l'on fait un dépôt, à juste titre, le dol seul est garanti, à moins, peut-être, qu'un loyer ne se soit ajouté (alors en effet, quand il en a été établi [un], aussi, la faute est produite au jour) ou, si, dès le commencement, on a convenu que garantissent la faute et le risque celui dans les mains duquel le dépôt est fait. Mais, quand l'avantage des deux parties est concerné, comme dans un achat, un louage, une dot, un gage, une société, le dol et la faute sont garantis ».*

[368] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 23 ; D. 12, 1, 5.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, sur le fondement d'une cause de legs ou d'une stipulation, tu me dois un certain esclave, tu ne seras pas tenu après sa mort envers moi autrement que s'il avait tenu à toi d'empêcher de me le donner de son vivant ; il en est ainsi, si, toi ayant été requis, tu ne me l'as pas remis ou que tu l'as tué ».*

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qu'il faut que tu me donnes, si ceci a péri, après que, par toi, il a été fait en sorte d'empêcher que tu me le donnes, il est établi que le préjudice sera le tien. Mais, alors qu'il est demandé si, par toi, cela a été fait, on devra faire attention non seulement à ce qu'en ton pouvoir, cela se trouvait et aussi à ce qu'avec un dol, tu n'aies pas fait en sorte d'empêcher que cela soit ou que cela fût ou non, mais aussi, s'il y a quelque juste cause, à cause de laquelle tu devrais entendre qu'il fallait que tu le donnes ».*

[369] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 34, 1.

[**Note de Willem Schorer sur la note 367 de Groenewegen van der Made**

Du fait que personne n'est tenu à la garantie du cas fortuit, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 23 ; C. 4, 24 *(De l'action de gage)*, 6, il s'ensuit que le dépositaire, bien qu'il ait reçu de l'argent pour la garde, ainsi lié à garantir le cas fortuit, s'acquitte de la garantie de la faute, mais légère, dans ce cas, du fait qu'autrement, à raison de la seule utilité du déposant, à partir de la raison du droit, il garantit seulement la faute large, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 16, tit. 3, nb 7.

Bien que le dépositaire garantisse régulièrement la faute large, il peut cependant être fait en sorte qu'il soit tenu non seulement de la faute légère, mais de la faute très légère, mieux aussi, du cas fortuit. Quant à la faute très légère : s'il a reçu sur lui expressément la garantie de la faute très légère ou que le dépositaire s'est volontairement offert pour le dépôt ou qu'il s'agit de l'utilité du seul dépositaire.

Mais, quant au cas fortuit, il est tenu, si cela a été fait dans un pacte ou que le bien a péri par accident après le commencement du débat judiciaire, que, n'allant pas périr, s'il avait été rendu au moment du commencement du débat judiciaire, voir de même Voet, nb 7. En effet, n'importe qui est contraint de garantir l'accident quand la faute a précédé l'accident, voir D. 19, 2 *(De l'action de l'offre de bail et de prise de bail)*, 19 § 1, D. 13, 6 *(De l'action de commodat ou de l'action en sens contraire)*, 4 § 5.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXXII. Celui qui a reçu une rétribution pour la garde d'un bien en dépôt et tenu non du cas fortuit ni de la faute très légère, mais seulement de la faute légère, voir D. 16, 3 *(De l'action de dépôt et de l'action en sens contraire)*, 1 § 8.]

§ 11. D'un autre côté, le dépositaire a un droit d'indemnité contre le déposant, sous lequel est aussi compris la compensation des frais qui sont faits par lui pour un entretien nécessaire et une conservation de la chose déposée [370].

[**Note de Willem Schorer sur la note 370 de Groenewegen van der Made**

Mieux, le dépositaire a non seulement l'action de dépôt en sens contraire pour les dépenses faites sur le dépôt, mais il a aussi été reçu dans les usages qu'il jouit d'un droit de rétention, à savoir avec l'intervention d'un arrêt, bien qu'il soit de nouveau résolu avec une garantie appropriée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 34, nb 9.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

Constitution d'Alexandre adressée au soldat Mestrius et donnée en 234 : *« Si, par une incursion de brigands ou un autre cas fortuit, des parures déposées chez une personne tuée ont péri, le dommage ne revient pas à l'héritier de celui qui a reçu le dépôt, qui devait seulement garantir le seul dol et la faute importante, si l'on en n'a pas spécialement convenu autrement. Si, sous le prétexte d'un brigandage commis ou d'un autre cas fortuit, les biens qui sont en la possession de l'héritier ou qu'il a cessé de posséder avec un dol, ne sont pas restitués, tant une action de dépôt qu'une action pour la production du bien, mais aussi une réclamation portant sur le bien, se présentent ».*

[370] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 5 et 23.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« A celui chez qui un dépôt est réputé se trouver, l'action en sens contraire de dépôt est accordée, dans le jugement de laquelle, à juste titre, durant le procès, il n'est pas fait de serment ; en effet, non quant à la foi rompue, l'on agit en justice, mais quant à l'indemnité de celui qui a reçu le dépôt. 1 - Contre le séquestre, l'action de dépôt se présente, si, cependant, avec le séquestre, l'on convient que, dans un certain endroit, il produira le bien déposé et que, s'il ne l'a pas produit là, il en sera ouvertement tenu ; si l'on convient de plusieurs endroits, c'est au jugement de l'endroit où il le produira ; mais, si l'on ne convient de rien, il faut que l'on fasse savoir que, devant le préteur, il le produise. 2 - Si le séquestre veut déposer son office, que devra-t-on faire pour lui ? Pomponius dit qu'il faut qu'il aille trouver le préteur et qu'à partir de sa volonté, une fois l'annonce faite à ceux qui l'avaient choisi, il doit restituer le bien à celui qui était présent. Mais je ne pense pas cela toujours vrai ; car, en général, il ne doit pas être permis de déposer l'office qu'il a reçu une seule fois à l'encontre de la loi du dépôt, si ce n'est avec l'intervention d'une juste cause ; et, quand il se le voit permettre, rarement, le bien doit être restitué à celui qui arrive, mais il faut que celui-ci, au jugement du juge, dans quelque temple, soit déposé ».*

Extrait du livre II des *Distinctions* de Modestinus : *« Avec l'action de dépôt, celui qui a été cité en justice, un esclave ayant été établi, au titre des vivres, devant le juge lui-même, fait validement valoir son droit ».*

DXXXIII. Il doit plus être dit que le dépositaire peut retenir le bien déposé à raison des dépenses nécessaires à partir de la sentence plus vraie du droit civil que dans le droit contemporain, où cela est maintenant plus certain, et aussi qu'un quelconque autre, pour conserver un crédit, peut bloquer le bien déposé chez le dépositaire avec un arrêt.]

§ 12. Sous un dépôt, il est parfois compris qu'un certain bien litigieux est placé dans les mains d'un séquestre [371] ou qu'un débiteur mette sous [la garde] du tribunal ce dont il entend être tenu [372].

[**Note de Willem Schorer sur la note 372 de Groenewegen van der Made**

Autrefois, les dépôts étaient faits dans un temple sacré, mais maintenant, ils sont déposés chez un consignataire. Mais, si l'on peut prouver que celui-ci avait usé de ses propres espèces pour le soin et qu'il l'a converti à sa propre utilité, il doit aussi procurer des intérêts, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 34 *(De l'action de dépôt et de l'action en sens contraire)*, 2, 3 et 4. Et, dans ce cas, s'il le convertit seulement, le déposant jouira d'un droit de préférence devant les autres créanciers sur les biens du consignataire ; et cela a été ainsi étendu dans les usages à l'exemple des changeurs qui échoient au tribunal ; cependant, cela ne doit pas être admis quand quelqu'un a eu des espèces monétaires déposées chez un banquier à intérêts, parce qu'alors, il ne les a pas déposées, mais est cru les avoir donnes en prêt et ainsi, il est aussi placé après les moins privilégiés, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 20, tit. 4, nb 14. Mais, si le patrimoine consignataire ou du banquier ne suffit pas, pour que le déposant puisse obtenir son bien, l'action subsidiaire doit cependant lui être refusée contre un tel magistrat exempt de dol, voir Voet, lib. 16, tit. 3, nb 17. De même, il obtiendra sur le séquestre le droit qui triomphe en général dans le dépôt, si vous exceptez qu'au seul vainqueur et seulement après le prononcé de la sentence, cette action est accordée.

En outre, il faut relever que, si l'un ou l'autre des plaideurs a tenté d'occuper de sa propre autorité le bien en séquestre, pour cette raison, celui-ci ne tombe pas de sa cause, mais il est contraint arbitraient, parce que les peines légales qui privent quelqu'un de son droit cessent dans les usages, voir Voet, lib. 16, tit. 3, nb 15 à la fin.

À ce séquestre, en beaucoup de choses, est semblable la mise sous scellés officielle des maisons, des coffres, des chambres à coucher faite avec l'autorité du juge ; dans ce cas, il n'est permis à aucune personne privée de de les rompre. On doit le juger autrement, si, avec le consentement de tous ceux dont c'est l'intérêt, ils ont été détruits, voir Voet, lib. 16, tit. 3, nb 16.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXXIV. Le séquestre nécessaire ne doit pas aujourd'hui être fait sans une juste cause, ce qui est vrai aussi de l'argent payé. En effet, Groenewegen se trompe quand il conclut à partir de

---

[371] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 3, 5 § 1, 6 et 17.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Contre le séquestre, l'action de dépôt se présente, si, cependant, avec le séquestre, l'on convient que, dans un certain endroit, il produira le bien déposé et que, s'il ne l'a pas produit là, il en sera ouvertement tenu ; si l'on convient de plusieurs endroits, c'est au jugement de l'endroit où il le produira ; mais, si l'on ne convient de rien, il faut que l'on fasse savoir que, devant le préteur, il le produise ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Aussi, de façon propre, en séquestre, est le dépôt qui est remis par plusieurs pour le tout sous la condition certaine de le garder et de le rendre ».*

Extrait du livre VII des *Institutes* de Florentinus : *« Bien que tant plusieurs qu'un seul peuvent déposer, le fait est que, chez un séquestre, on ne le peut, à moins que plusieurs ne puissent déposer ; car cela est fait quand le bien entre en dispute. C'est pourquoi, en ce cas, pour le tout, chacun est considéré avoir déposé ; il en est autrement, quand plusieurs déposent un bien commun. 1 - La propriété du bien déposé demeure chez le déposant, mais aussi la possession, à moins que, chez un séquestre, il n'ait été déposé ; alors seulement, le séquestre le possède ; en effet, il est fait, avec ce dépôt, en sorte que ce délai n'avance pas au regard de la possession d'aucun des deux ».*

[372] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 16, et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis.*

Constitution d'Antonin adressée à Flavius Sulpicius (sans date) : *« Alors ue tu allègues que tu as reçu non de l'argent, mais du blé à intérêts, pour qu'une mesure certaine de blé soit payée et qu'à moins que cette mesure n'ait été, en son jour, présentée, , tu soutiens avoir été alourdi avec des ajouts de mmesures en fraude des intérêts légaux, tu peux, contre la réclamation malhonnête, de la défense appropriée, user ».*

l'*Instruction de la Cour*, art. 36 et 94, et son ampliation, art. 11, que le titre du Code de Justinien, C. 4, 4 *(De l'interdiction du séquestre de l'argent)* a été abrogé dans les usages.

DXXXV. Si l'argent consigné auprès d'un office public ne peut pas être répété par le comptable, que les magistrats qui lui ont conféré la charge n'ont pas réclamé la garantie qui est requise dans les lois, sont tenus, à partir de la raison du droit, à une assistance, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 16, tit. 3, nb 17.]

*

Chapitre VIII
Du gage [373]

§ 1. Une REMISE DE GAGE ou un GAGE est *une convention par laquelle quelqu'un remet un certain bien à un autre pour un sécurité de sa dette* [374].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXXVI. Pour qu'un gage proprement dit soit jugé selon le droit du gage et aussi, qu'il soit exempt du paiement du quarantième, il fait qu'il ait été vraiomentlivré, voir la loi du 5 février 1665. Le titre fictif d'une possesion à titre précaire n'aide pas, [titre] avec lequel le gage non vraiment livré sera retenu par le débiteur, voir Grotius dans les *Hollandsche consilien*, part. II, 2e st., cons. 174, nb 5.]

§ 2. Nous ne parlons pas ici du gage pour autant qu'il est une conséquence d'une autre obligation, dans ce sens, nous en avons traité lorsqu'il est parlé d'une propriété incomplète ; mais ici, il y a à en traiter **[298]** pour autant c'est une convention en elle-même, qui ne peut pas avoir lieu pour de tels gages qui sont faits sans un transfert [375].

§ 3. Nous disons *un certain bien*, étant entendu aussi bien meuble [376] qu'immeuble [377], en propriété ou en celle d'un autre [378].

---

[373] (Note de l'éditeur) Voir D. 13, 7 *(De l'action directe de gage et de l'action en sens contraire)* et C. 4, 24 *(De l'action de gage)*.

Ce titre du Digeste renferme 43 extraits et celui du Code, 12 constitutions.

[374] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiv, § 4 ; D. 50, 16, 238 § 2, et là, les docteurs.

« § 4. Le créancier aussi qui a reçu un gage est, avec la remise du bien (re)*, est obligé et lui-même, quant à la restitution du bien qu'il a reçu, est tenu avec une action de gage. Mais, parce le gage est donné pour ls deux, pour le débiteur, en ce que que l'argent lui sera prêté, et pour le créancier, en ce que, pour lui, il aura été prêté plus en sécurité, on a décide qu'il suffisait que, pour garder ce bien, il emploierait une dilgence excate ; s'il avait procurée et que, par un accident fortuit, il avait perdu le bien, il est en sécurité et ne se voit pas empêcher de réclamer le prêt ».*

Extrait du livre VI *Sur la Loi des XII Tables* de Gaius : *« 2 - Le "gage"* (pignus) *a été appelé à partir de poing* (pugnus)*, parce que les choses qui sont remises en gage sont remises avec la main. D'où, on peut considérer qu'est vrai ce que certains pensent, [disant] que le gage est proprement établi pour un bien meuble ».*

[375] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 9 § 2 ; *Institutes de Justinien*, III, xiv *(De quelles façons est contractée avec [la remise d']un bien l'obligation)*, § 4.

Extrait du livre XXVIII sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Proprement, nous appelons gage ce qui, au créancier passe, hypothèque, quand la possession ne passe pas au créancier ».*

Le § 4 en question est proposé ci-dessus dans la note 369.

[376] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 50, 16, 238 § 2.

Extrait du livre VI *Sur la Loi des XII Tables* de Gaius : *« 2 - Le "gage"* (pignus) *a été appelé à partir de poing* (pugnus)*, parce que les choses qui sont remises en gage sont remises avec la main. D'où, on peut considérer qu'est vrai ce que certains pensent, [disant] que le gage est proprement établi pour un bien meuble ».*

[377] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 15 à la fin.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« (…) ; et, si le bien-fonds a été gagé, quant au droit de celui-ci, il doit être donné garantie que, peut-être, les servitudes, le créancier ayant cessé d'en user, ont été perdues ».*

[378] (Note de Groenewegen) Bien entendu avec la volonté et l'accord du propriétaire, voir D. 13, 7, 20 et 41 ; C. 8, 15, 1 et tout le titre C. 8, 15 *(Si le bien d'autrui , en gage, a été donné)*, ou au moins lorsque le propriétaire prête la chose aà celui qui remet le gage ou autrement, le lui a confié, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXXVII. Un gage proprement dit peut aussi être établi sur un bien immeuble, mais non sans une cession solennelle en justice et le paiement du quarantième.

DXXXVIII. Celui qui veut mettre en gage un prêt dont le chirographe n'est ordinairement pas délivré, mais qui est seulement rapporté dans les actes publics sous le nom du créancier, doit vendre à son créancier les hypothèques contractées sous la loi d'une vente à réméré au même prix, si la dette a été payée.

DXXXIX. Il est certain que le contrat de gage sur le bien d'autrui, même sans le consentement du propriétaire, est valide, non cependant dans une mesure telle que le droit de gage naisse de là au préjudice du propriétaire, à moins que la mise en gage n'ait été faite en son nom propre par celui auquel le propriétaire avait donné mandat de le mettre en gage ou de l'aliéner pour lui, voir *Nederlandsch Advijsboek*, part. II, cons. 18.]

§ 4. Par cela, le [créancier] gagiste est obligé de rendre ce qui lui est mis dans les mains, quand il a eu satisfaction de la dette [379] ; et, puisque la remise de gage est faite en partie au

---

sur *Institutes*, III, xiii *(Des obligations)*, § 16, ou lorsque le bien d'autrui est octroyé ou gagé au Lombard ou à la banque qui prête, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit titre de C. 8, 15 *(Si le bien d'autrui, en gage, a été donné)*.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Le bien d'autrui, en gage, peut être donné avec la volonté du propriétaire ; mais si, lui l'ignorant, [en gage], il a été remis et qu'il l'a confirmé, le gage sera valide. 1 - Si, à plusieurs personnes, un bien, en même temps, en gage, est remis, la cause de tous est égale. 2 - S'il a dépendu du créancier d'empêcher que le paiement lui soit fait, à bon droit, on agit en justice avec l'action de gage. 3 - Parfois, quoique l'argent ait été payé, cependant, l'action du gage doit être empêchée, comme, quand le créancier a acheté son gage du débiteur ».*

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« Tu as remis le bien d'autrui en gage, ensuite, tu as commencé à être le propriétaire de ce bien, une action utile de gage est accordée au créancier. On ne doit pas le dire de même, si moi, pour Titius qui a obligé mon bien sans ma volonté, je vais être un héritier ; en effet, dans cette mesure, la poursuite du gage ne doit pas être accordée au créancier et il ne suffit pas, pour présenter une action utile de gage, qu'en soit le propriétaire celui qui, aussi, doit l'argent. Mais, si l'on a convenu que, quant au gage, de son mensonge, la preuve soit faite, de façon malhonnête, il résiste en empêchant que l'action utile soit élevée ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Carpus et donnée en 194 : *« Le procurateur, sans la volonté du propriétaire, a donné la maison en gage en vain. Si, cependant, il est clair que l'argent du créancier, dans le patrimoine du propriétaire, a été versé, l'exception ne sera pas seulement inutile, parce qu'il a été payé à celui qui souhaite qu'il soit payé ».*

[379] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 9 § 3, D. 13, 7, 10 et 11.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Tout l'argent doit avoir été payé ou, à ce titre, [il doit] avoir été fait satisfaction, pour que naisse l'action de gage. Mais nous recevons que satisfaction a été faite, comme l'a voulu le créancier, bien que cela n'ait pas été payé ; qu'avec d'autres gages, il ait voulu que garantie lui soit donnée que, de celui-ci, [le créancier] se détachera ou que [ce soit] avec des garants, en donnant un [nouveau] débiteur, en remettant quelque prix ou avec une convention pure et simple, naît l'action de gage. Et, de façon générale, il devra être dit que, chaque fois que le créancier a voulu se détacher du gage, [le débiteur] est considéré lui avoir fait satisfaction, si, comme lui-même l'a voulu, il lui a donné garantie, bien qu'en cela, il ait été trompé ».*

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si [le débiteur] s'est préparé non à payer, mais, avec une autre raison, à faire satisfaction, peut-être, s'il veut donner un garant, rien ne lui est utile ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« N'est pas considéré avoir été payé, si le procès a commencé contre le débiteur quant à la dette elle-même ou si le garant a été cité en justice. 1 - Mais l'obligation novée de la dette éteint le gage, à moins que l'on n'ait convenu que le gage soit réclamé. 2 - Si, comme allant te remettre l'argent, j'ai reçu un gage et que je ne l'ai pas remis, de l'action de gage, je serai tenu, aucun paiement n'ayant été fait ; de même, si, en recette, l'argent a été porté, la condition fait défaut, à raison de laquelle le gage a été contracté ou, si un pacte, auquel on doit se tenir quant à la non-réclamation de l'argent, a été fait. 3 - Si, pour le capital seulement ou pour les intérêts, un gage a été lié, une fois celui-ci payé, pour ce qui a été obligé, a lieu l'action de gage. Mais, que des intérêts, dans ce qui a été stipulé, aient été introduits ou non, si, cependant, le gage a été obligé pour ceux-ci, aussi longtemps que quelque chose en est dû, l'action du gage cessera [d'avoir lieu]. Est différente la cause de ceux que quelqu'un, au-dessus de la mesure légale, a promis ; car ceux-ci sont totalement illégaux. 4 - Si, pour le créancier, il y a plusieurs héritiers et qu'à l'un d'entre eux, une partie est payée, les autres héritiers du créancier ne doivent pas être affectés d'une injure, mais ils peuvent vendre tout le bien-fonds en offrant au débiteur ce qu'à leur cohéritier, il a payé ; cette opinion n'est pas déraisonnable. 5 - Mais, comme argent payé, cela doit être reçu non seulement, si, à celui-là même, envers lequel le bien a été obligé, mais aussi, si, à un autre, il a été payé avec la volonté de celui-ci à celui dont il est l'héritier, à son procurateur ou à l'esclave préposé pour réclamer l'argent. D'où, si tu as pris à bail une maison, que tu m'en proposes la location d'une partie et que moi, à ton locataire, j'ai payé le loyer, avec l'action de gage, contre toi, je pourrai faire valoir en justice*

profit du [créancier] gagiste, à savoir pour sa sécurité [380], ainsi, il doit y porter plus de soin qu'un dépositaire et sur celui-ci, la disparition ou la détérioration de la chose par une négligence qui survient vient à sa charge, mais non, si une telle chose arrive par accident [381], étant bien entendu que l'incendie [382] et les vols [383] sont tenus arriver par la négligence de quelqu'un, à moins que vous ne prouviez le contraire.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 382 et 383 de Groenewegen van der Made**

---

mon droit (car Julianus écrit qu'il peut lui en être fait paiement) ; et si, à toi, j'en ai payé une partie et, à lui, une partie, de même, il faudra le dire. Clairement, sur ce montant seulement, ce que j'ai amené et apporté en sera tenu, [montant] auquel j'ai pris à bail l'appartement ; en effet, il n'est pas croyable que l'on ait convenu que, pour tout le loyer de l'immeuble de rapport, mon modeste mobilier sera tenu. Mais on n'est pas considéré, avec le propriétaire de la maison, avoir convenu que le pacte ne sera pas utile au propriétaire de l'appartement, mais le sien propre [l'est]. 6 - Par le biais d'une personne libre, l'obligation de gage ne nous est pas acquise, à un point tel que, par le biais d'un procurateur, en général, ou par le biais d'un tuteur, il n'est pas acquis ; et c'est pourquoi, ceux-ci, avec l'action de gage, sont cités en justice. Mais ne change pas le fait qu'il a été établi dans une constitution par notre empereur que, par le biais d'une personne libre, la possession est acquise ; car cela aura pour but que nous puissions, ayant été obligés pour le gage, pour nous, prendre la possession par le biais d'un procurateur ou d'un tuteur, mais la personne libre ne nous acquerra pas toujours l'obligation elle-même. 7 - Mais, si mon procurateur ou mon tuteur, en gage, a remis un bien, il pourra lui-même agir en justice lui-même avec l'action de gage, cela, pour le procurateur, ainsi, fonctionne, si mandat lui a été confié, en gage, de le remettre ».

[380] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiv *(De quelles façoàns est contractée avec [la remise d']un bien l'obligation)*, § 4 ; D. 50, 17, 23.

« § 4. Le créancier aussi qui a reçu un gage est, avec la remise du bien (re)*, est obligé et lui-même, quant à la restitution du bien qu'il a reçu, est tenu avec une action degage. Mais, parce le gage est donné pour ls deux, pour le débiteur, en ce que que l'argent lui sera prêté, et pour le créancier, en ce que, pour lui, il aura été prêté plus en sécurité, on a décide qu'il suffisait que, pour garder ce bien, il emploierait une dilgence excate ; s'il avait procurée et que, par un accident fortuit, il avait perdu le bien, il est en sécurité et ne se voit pas empêcher de réclamer le prêt ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le réceptionnaire)*, seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat)*, la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

[381] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 4 des *Institutes* III, xiv *(De quelles façon est contractée avec [la remise d']unbien l'obligation)*, et ledit texte de D. 50, 17, 23.

Ces deux passages sont donnés ci-dessus dans la note 375.

[382] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 12 (11) ; D. 1, 15, 3 § 1 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. I, cap. 87 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 3, art. 12, nb 3, et *Decisiones*, vol. III, decis. 112, nb 3 et suivants ; Saliceto sur C. 4, 24 [*De l'action de gage]*, 6 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 256 ; Gail, *Observationes*, II, obs. 21 ; Menochio, *De arbitriorum judiciorum quæstionibus*, liv. II, cas. 390 ; Mascard, *De probationibus*, concl. 893 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. IV, concl. 60 et 61, lettre I ; Sebastianus Medicus, *De casibus fortuitis*, part. II, quæst. 7 ; Sande, *Decisiones Frisiscæ* …, liv. III, tit. 6, defin. 9.

Extrait du livre II des *Digestes* d'Alfenus Varus : *« Si un immeuble de rapport vendu a été brûlé, alors que l'incendie n'a pu se faire sans une faute, qu'en est-il du droit ? Alfenus Varus a répondu que, parce que [l'incendie] ne peut pas se faire sans la faute du père de famille et que, s'il a été fait avec la négligence d'esclaves, le maître serait en faute à l'instant, pour cette raison, si le vendeur avait apporté à l'immeuble de rapport qu'il fallait garder la diligence que devaient fournir des hommes honorables et diligents, si quelque chose s'était produit, rien ne lui en reviendrait ».*

Extrait du livre unique *De l'office du préfet des vigiles* de Paul : *« 1 - Le préfet des vigiles a connaissance des incendiaires, des voleurs avec effraction, des voleurs, des receleurs, si ce n'est s'ils sont des personnes si cruelles et si fameuses que (la connaissance) en est remise au préfet de la ville. Et parce que, généralement, les incendies sont faits par la faute des habitants, soit on châtiera par les verges ceux qui auraient fait du feu de façon plus négligente, soit celui qui a été menacé renonce au châtiment des verges pour une sévère interpellation ».*

[383] (Note de Groenewegen) Voir Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. IV, concl. 561, lettre F ; Mascard, *De probationibus*, concl. 830, nb 9 avec les suivants ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. VI, præs. 61, nb 36 avec les suivants ; les docteurs sur C. 4, 24 *(De l'action de gage)*, 5.

Il est demandé, quand le créancier dit qu'il a perdu le gage dans un accident et qu'en sens contraire, le débiteur allègue la faute ou le dol du créancier, à qui la charge de la preuve devra être enjointe. Dans ce cas, il est plus vrai que la preuve incombe au créancier ; en effet, la preuve incombe à celui qui allègue, ce qui triomphe dans tous les contrats dans lesquels la faute, du moins la faute légère, doit être garantie et Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 26, defin. 19, signale qu'ainsi, cela a été plus souvnt jugé. Cependant, il est communément et à bon droit fait une distinction. En effet, si le créancier dit avoir perdu le gage par le biais d'un tel acte qui, par sa nature, arrive à peine ordinairement, si ce n'est s'y ajoutant une faute, par exemple, avec un vol, une ruine ou un incendie, alors dans le doute, la faute du créancier est présumée, étant cependant sauvegardée la preuve en sens contraire. Mais, s'il a dit avoir fait un abandon du gage et a allégué un tel acte avec lequel, tout au plus, quelque chose de semblable arrive ordinairement, comme l'incursion d'ennemis ou la violence des eaux, alors, la faute est présumée être absente, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 37, nb 19 et 20. Toutefois, ce qui est ici dit de l'incendie est ainsi de nouveau distingué, afin que, dans le doute, la faute du créancier qui allègue un incendie ne soit pas présumée, d'une façon telle que qu'il n'est pas tenu de prouver qu'il est exempt d'une faute, mais que la preuve incombe plus à celui qui affirme la faute, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 94 en entier, à moins que d'autres indices ne concourent, tandis qu'il a été seul dans la maison ou qu'il y a mis un feu quand il ne devait pas y être mis, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 9, tit. 2, nb 20 et 21. L'auteur traite de l'incendie ci-dessous chap. XIX, § 11, dans la note 721, et chap. XXXVIII, § 1, dans la note 1280.

À partir de ce qui a été dit jusqu'ici que personne n'est tenu de l'incendie, chaque fois qu'il est né d'un coup de foudre ou qu'en dehors de la maison, quelqu'un a fourni une cause aux flammes, la même chose doit être dite aussi du vol ou du pillage, chaque fois que quelque chose de tel est prouvé avoir été fait avec une violence ou des instruments qui percent les murs, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 200, nb 23 et 24.

De nouveau, il est demandé, quand quelqu'un a retenu de mauvaise façon avec un arrêt les biens meubles de quelqu'un et qu'il a veillé à ce qu'ils soient apportés dans la maison de l'appariteur et que là, avec un incendie ou un autre cas fortuit, ils ont péri, si, quant à ce cas, comme aussi aux autres cas clairement inopinés, il sera tenu. Les jurisconsultes sont en désaccord ; il y en a qui font une distinction. La sentence de ceux qui l'affirment me semble plus vraie, parce qu'il y avait du moins une cause et une occasion qui bloquait par une chose indirecte, [à savoir] que ces biens ont été apportés dans la maison de l'appariteur, voir Piet Peck, *de jure sistendi*, part. 44, et ici, van Leeuwen dans ses notes, nb 8, à moins que les biens arrêtés n'aient aussi péri sans blocage, voir Mevius, *De arresto*, cap. 22, nb 15. Ceux qui le pensent autrement objectent D. 9, 2 *(Sur la Loi Aquilia)*, 30 § 3. Lorsque cette question a occupé le Conseil de Flandre, elle fut critiquée à cette fin par l'un des avocats. Mais cette loi ne fait pas obstacle ; car il y est dit que, si quelqu'un a mis le feu à sa paille ou à ses épines pour les brûler et que le feu, en divaguant et en progressant plus loin, a lésé la moisson ou la vigne d'autrui, il est distingué si le colon l'a fait un jour de vent ou sous un ciel serein ; si [c'est] un jour de vent, il est en tout cas tenu semblable à celui qui fait un arrêt de mauvaise façon ; mais, si la violence subite du vent a produit le feu plus loin, il est exempt de faute, par conséquent, semblable à celui qui bloque, il n'est pas tenu de garantir un cas fortuit et clairement inopiné. Il y en a qui accordent cela, mais ils distinguent entre la cause proche et la cause éloignée, la cause médiate et immédiate ; mais cette distinction semble née plutôt dans la cervelle des interprètes que fondée en droit ; car, une fois rejetées les lois dont fait mention Struve, *Syntagmatæ juris exercitationes*, lib. 13, tit. 6, exercit. 19, dernier §, nb 2, cela est en vain demandé. Brunemann, sur D. 9, 2 *(Sur la Loi Aquilia)*, 30 § 3, dit le résultat n'est pas assigné à un commencement éloigné, mais à des raisons plus appropriées, à moins, dit-il, que celui qui fournit la cause éloignée ne verse dans un acte illégal. Personne ne doute que, déjà, celui qui fait un arrêt de mauvaise façon tourne dans un acte illicite et ainsi, simplement, sans aucune limitation, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 73, nb 130, et en tout cas, l'accident est garanti quand une faute a précédé l'accident, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 26, defin. 4, nb 10, Merlin, *De pignoribus et hypothecis*, lib. IV, tit. 5, quæst. 130, nb 9. Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 1, cons. 25, nb 3, signale que celui qui fait un arrêt de mauvaise façon est tenu aux dommages et intérêts.

Mieux, il y en a qui accordent au vaincu une action contre le vainqueur, si l'appariteur, dans l'exécution, dépasse la mesure aussi sans le mandat de celui-ci ; Voet, lib. 42, tit.1, nb 44, les repousse cependant, car ici, une faute n'a pas précédé l'accident.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXL. Si le créancier nie que la restitution du gage puisse être faite à raison d'un cas fortuit, il lui appartient de prouver le cas qui arrive, voir C. 4, 24 *(De l'action de gage)*, 5, mieux aussi, la diligence, si le cas est tel, à celui auquel une faute a pu donner la cause, au contraire, elle est présumée s'être immédiatement trouvée, si la cause est plus importante et est arrivée avec une force extérieure.]

§ 5. Pour ce qui regarde les fruits de la chose mise en gage, le [créancier] gagiste doit les redonner [384] ou il doit le compte sur un montant moindre de la dette principale [385], à moins qu'autre chose ne fût stipulé ; car, parfois, il est **[299]** convenu que le créancier jouira des fruits du gage pour le manque de gain de son argent [386], ce qui était appelé une *antichrèse* [387].

§ 6. Un [créancier] gagiste qui traite ma le gage peut aussi être poursuivi en justice avant la satisfaction de la dette et être contraint à le redonner en sécurité de son bien en bon état en son temps [388].

§ 7. De l'autre côté, celui qui donne le gage est tenu envers le [créancier] gagiste à une compensation des coûts nécessaires [389].

---

[384] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 22 § 2.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si un brigand a remis un bien en gage, se présente à lui, quant aux fruits, l'action de gage, bien que lui-même ne fasse pas siens les fruits (par un brigand, en effet, les fruits qui existent ne peuvent pas être revendiqués et les [fruits] consommés, avec une condiction, peuvent être réclamés) ; lui sera utile, en conséquence, le fait que le créancier, de bonne foi, en ait été le possesseur ».*

[385] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 24, 1.

Constitution d'Alexandre adressée à Demetrius et donnée en en 223 : *« Ce qui, à partir des services d'une servante ou des loyers d'une maison que tu dis être détenues en gage, a été reçu allégera le montant de la dette ».*

[386] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 32, 14 et 17.

Constitution d'Antonin adressée à Aurelius Arcasianus et donnée en 234 : *« Si, avec cet accord, ton épouse a accordé un prêt d'argent pour qu'à la place des intérêts, elle ait un droit d'habitation et que, du pacte, comme il convient, elle a usé, qu'elle n'a pas ramené aussi en louant la maison un loyer, il ne faut pas que la question soit rapportée comme si la maison ramènerait plus, si elle était louée, que le compte des intérêts légaux réunit. En effet, il est permis, pour un capital plus élevé, qu'une location soit contractée, non cependant que, pour cette raison, un intérêt illégal ait été contracté, les intérêts sont réclamés avec quelque droit, si ce n'est à partir de la cause de ce qui a été jugé ».*

Constitution de Philippe adressée à Aurelius Euxenus (sans date) : *« Si, par cette loi, ta mère a engagé une possession auprès d'un créancier de sorte qu'un revenu s'ensuive à la place d'intérêts, les volontés ne peuvent être annulées au prétexte d'une plus importante rémunération reçue en raison d'une rentrée incertaine des revenus ».*

[387] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 11 § 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais l'obligation novée de la dette éteint le gage, à moins que l'on n'ait convenu que le gage soit réclamé ».*

[388] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 15.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Quand le créancier rend le gage, quant au dol, il doit au débiteur donner garantie ; et, si le bien-fonds a été gagé, quant au droit de celui-ci, il doit être donné garantie que, peut-être, les servitudes, le créancier ayant cessé d'en user, ont été perdues ».*

[389] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 25.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un créancier a instruit des esclaves donnés en gage de métiers, si, certes, ils ont déjà été formés ou si le débiteur le veut, il y aura l'action en sens contraire ; mais, si rien de cela n'est intervenu, si, certes, [c'est] de métiers nécessaires, il y aura l'action en sens contraire, cependant non, de façon telle que soit contraint d'être privé des esclaves à la faveur du montant des frais [engagés par le créancier] le débiteur. En effet, de même que le dol et la faute ne souffrent pas que le créancier néglige [le bien]* [389] *qu'il garantit, de même, ils ne souffrent pas que le bien remis en gage fasse en sorte qu'il soit difficile pour le débiteur de le recouvrer ; par exemple, un grand pacage a été remis en gage par un homme qui peut à peine le payer, encore moins le cultiver ; toi, tu l'as cultivé en le recevant en gage, d'une façon telle que tu l'as rendu d'un grand prix. Autrement, il n'est pas juste que je recherche d'autres créanciers, que je sois contraint de vendre ce que je voudrais recevoir ou que, contraint par le manque de moyens, je te l'abandonne. De façon mesurée, en conséquence, cela, par le juge, devra être examiné, de sorte que ni le débiteur exigeant, ni le créancier oppressant ne soient entendus ».*

§ 8. Semblablement, il peut aussi être poursuivi en justice dans le cas où il a mis en gage le bien d'autrui [390], où il a remis le gage pour quelque chose d'autre que c'était [391], où, par fraude, il a rendu le gage impuissant pour le créancier ou autrement, où il a agi de mauvaise foi avec celui-ci [392].

§ 9. Un héritier est tenu à partir de cette obligation, bien que le gage n'ait pas été à l'époque de la mise en gage la propriété de son prédécesseur, mais celle de son héritier [393].

---

[390] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7 9 et 32.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si le débiteur m'a remis le bien d'autrui en gage ou, de façon déloyale, s'y est appliqué, il doit être dit qu'a lieu l'action en sens contraire. 1 - Mais, non seulement à raison de l'argent, mais aussi, à raison d'une autre cause, un gage peut être remis, comme, si quelqu'un, à une autre personne, a remis le gage, afin qu'en sa faveur, il donne garantie. 2 - Proprement, nous appelons gage ce qui, au créancier passe, hypothèque, quand la possession ne passe pas au créancier. 3 - Tout l'argent doit avoir été payé ou, à ce titre, [il doit] avoir été fait satisfaction, pour que naisse l'action de gage. Mais nous recevons que satisfaction a été faite, comme l'a voulu le créancier, bien que cela n'ait pas été payé ; qu'avec d'autres gages, il ait voulu que garantie lui soit donnée que, de celui-ci, [le créancier] se détachera ou que [ce soit] avec des garants, en donnant un [nouveau] débiteur, en remettant quelque prix ou avec une convention pure et simple, naît l'action de gage. Et, de façon générale, il devra être dit que, chaque fois que le créancier a voulu se détacher du gage, [le débiteur] est considéré lui avoir fait satisfaction, si, comme lui-même l'a voulu, il lui a donné garantie, bien qu'en cela, il ait été trompé. 4 - Celui aussi qui a remis le bien d'autrui en gage, une fois l'argent payé, peut, avec l'action de gage, faire valoir en justice son droit. 5 - Celui qui, avant le paiement, avec l'action de gage, a agi en justice, bien qu'à bon droit, il n'ait pas agi en justice, cependant, s'il offre lors du procès, l'argent, doit obtenir le bien mis en gage et ce qui est de son intérêt ».*

Extrait du livre IV des *Règles* de Marcianus : *« Contre le débiteur qui a remis le bien d'autrui en gage, le créancier peut, avec l'action de gage, agir en justice, quoique le débiteur soit solvable ».*

[391] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 1 § 2 et D. 13, 7, 36.

Extrait du livre XL *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Si quelqu'un, cependant, alors qu'il donne du bronze en gage, a affirmé que c'était de l'or et qu'ainsi, en gage, il l'a donné, il faudra voir s'il aura obligé le bronze en gage et si, parce que sur l'objet, il y a un consentement, en gage, il sera considéré se trouver ; il est mieux [de dire] cela. Sera, cependant, tenu de l'action de gage en sens contraire celui qui l'a remis, au-delà du stellionat qu'il a commis ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, dans un gage, pour de l'or, a substitué du bronze, il a été demandé comment il en sera tenu. Dans cette espèce, à très bon droit, Sabinus écrit que, si, certes, en donnant l'or, il y a substitué du bronze, de l'action de vol, il est tenu ; si, en le donnant, il a substitué du bronze, de façon honteuse, il l'a fait, il n'est pas un voleur. Mais, ici, je pense que l'action de gage a lieu et, ainsi, Pomponius l'écrit-il. Mais, par la voie extraordinaire, au titre d'un stellionat, on sera puni, comme il a été très souvent dit dans les rescrits. 1 - Mais, si quelqu'un m'a remis le bien d'autrui en gage ou si quelqu'un, envers un autre, a obligé un bien [déjà] obligé envers moi et, quant à cela, ne m'en a pas informé, du même crime, il sera puni. Clairement, si ce bien est important et que, pour un petit montant, il a été mis en gage, il devra être dit que cesse non seulement le crime de stellionat, mais aussi l'action de gage et, quant au dol, comme si, sur aucun, n'avait été trompé celui qui, en gage, en second lieu, l'avait reçu ».*

[392] (Note de Groenewegen) Voir Voir D. 13, 7, 9.

On peut retrouver ce texte ci-dessus dans la note 385.

[393] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 7, 22 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 13, 7 *(De l'action [directe] de gage et de l'action en sens contraire)* , 41.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, le gage ayant été soustrait, avec l'action de vol, le créancier a agi en justice, Papinien confesse que tout ce qu'il a perçu, à la dette, celui-ci l'imputera et cela est vrai, même si, avec la faute du créancier, le vol a été commis. D'autant plus, cela devra-t-il être dit pour ce qu'à partir d'une condiction, il a obtenu. Mais, [pour] ce que le débiteur lui-même, avec l'action de vol, a payé au créancier, ou avec une condiction, voyons si, à la dette, il faudra l'imputer ; et, certes, il ne faut pas que lui soit rendu ce que lui-même, à partir de l'action de vol, a payé, exactement de même, a été rapporté et livré, et, ainsi, Papinien, dans le livre IX de ses Questions, le dit-il. 1 - De même, Papinien le dit, si, à raison d'une crainte, il a livré un esclave donné en gage au débiteur, que, de bonne foi, en gage, il a reçu ; car, s'il a agi en justice quant à ce qui, à raison d'une crainte, a été fait et qu'il a obtenu le quadruple, il ne rendra rien de ce qu'il a obtenu et, en dette, il ne l'imputera pas. 2 - Si un brigand a remis un bien en gage, se présente à lui, quant aux fruits, l'action de gage, bien que lui-même ne fasse pas siens les fruits (par un brigand, en effet, les fruits qui existent ne peuvent pas être revendiqués et les [fruits] consommés, avec une condiction, peuvent être réclamés) ; lui sera utile, en conséquence, le fait que le créancier, de bonne foi, en ait été le possesseur. 3 - Si, après la vente du gage, le débiteur qui, à titre précaire, a demandé le gage ou l'a pris à bail n'en rend pas la possession, de l'action en sens contraire, il est tenu. 4 - Si le créancier, alors qu'il a vendu le gage, a promis le double (car, en usage, cela est venu, il avait été cité en justice à raison de l'éviction et avait été condamné), disposera-t-il du recours de l'action de gage en sens contraire ? Et il peut être dit qu'il y a un recours, si seulement, sans dol et sans faute, il l'a vendu et que, comme un père de famille diligent, il l'a administré ; mais, si une telle vente n'a apporté aucun profit, mais qu'il l'a vendu au prix auquel il a pu le vendre, même s'il ne l'a pas promis, il n'a pas de recours ».*

*

Chapitre IX
Du commodat [ou prêt à usage] [394]

§ 1. Un PRÊT À USAGE est *une convention par laquelle quelqu'un met dans les mains d'un autre une certaine chose pour que celui qui la reçoit puisse l'utiliser d'une certaine façon pour rien et, par la suite, la redonner* [395].

[300] § 2. En néerlandais, le mot *leenen* est utilisé aussi bien là où on doit le redonner que là où on ne redonne pas la même chose, mais autant [de sa valeur] ; mais, puisque les propriétés de ces contrats sont très différentes, ainsi, il est nécessaire de distinguer le terme douteux avec certains ajouts.

§ 3. Une *certaine chose* : que ce soit un meuble ou un immeuble [396] sans distinction ; mais les biens consommables n'y appartiennent pas, à moins que quelqu'un les prête non pour une consommation, mais pour pour parader avec [397].

§ 4. Nous disons *pour rien* ; car autrement, c'est une location [398].

§ 5. *D'une certaine façon*, en dehors de laquelle l'emprunteur ne peut pas aller ; autrement, il commet un vol [399].

[**Note de Willem Schorer sur la note 399 de Groenewegen van der Made**

---

[394] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6 *(De l'action [directe] du commodat et de l'action en sens contraire)* et C. 4, 23 [*Du commodat*].

Ce titre du Digeste renferme 23 extraits et celui du Code, 4 constitutions.

[395] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, tit. *Du commodat*, nb 2.

[396] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 1 § 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - L'interprétation de cet Édit n'est pas difficile. Il faut simplement relever une seule chose, [à savoir] que celui qui a conçu l'Édit a fait mention du commodat, quand Paconius fait mention d'un usage. Labéon, certes, dit qu'entre un commodat et le don d'un usage, il y a autant de différence qu'entre le genre et l'espèce : en effet, on prête en commodat une chose mobilière, non pas la terre, mais un droit d'usage est aussi donné pour la terre. Mais, comme il apparaît, proprement, un bien prêté en commodat se dit pour une terre, c'est ce que Cassius juge. Vivianus dit, de façon plus large, qu'un logement peut aussi être remis en commodat ».*

[397] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 3 § 6.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Ne peut être prêté à usage ce qui, avec l'usage, est consommé, à moins, peut-être, que, pour l'apparat et la parade, on ne le reçoive ».*

[398] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiv *(De quelles façon est contractée avec [la remised']un bien l'obligation)*, § 2 à la fin.

« § 2. (…) Autrement, un loyer intervenant, l'usage est considéré t'avoir été loué ; en effet, le commodat doit être gratuit ».

[399] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 3 des *Institutes* III, xiv ; D. 13, 6, 10 et 23. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 6 des *Institutes*, IV, i *(Des obligations qui, d'un délit, naissent)*.

« § 3. En outre, celui chez qui quelque bien est déposé, avec la remise du bien (re)*, est obligé, avec l'action de dépôt, celui qui lui-même, quant à la restitution de chose qu'il a reçue, est tenu. Mais celui-ci, de cela seulement, est tenu, si, avec un dol, il a commis quelque chose, mais au titre d'une faute, c'est-à-dire d'une paresse er d'une négligence, il n'est pas tenu ; c'est pourquoi est en sécurité celui qui, de façon peu diligente, a perdu le bien gardé avec un vol, parce que celui qui, à un ami négligent, livre son bien en garde, à sa facilité, doit l'imputer ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Il est vrai que celui qui a reçu un bien prêté à usage, s'il y a un usage sur ce bien qu'il a reçu, il ne paie rien, s'il ne l'a pas détérioré en aucune partie avec sa faute ; car, si, avec sa faute, il l'a détérioré, il en sera tenu. 1 - Si j'ai remis un bien à un examinateur, il est demandé s'il sera semblable à celui auquel le bien a été prêté à usage. Et si, certes, à raison de moi, je l'ai remis, tandis que je veux en demander le prix, il me garantira seulement le dol et, si [c'est] à raison de lui, [il me garantira] la garde ; et c'est pourquoi il aura l'action de vol. Mais, si, pendant que [le bien] est rapporté, il a péri, si, certes, j'ai donné mandat [disant] par le bien de qui on le remettra, le risque sera le mien ; mais, si lui-même, à qui il voulait, l'a confié, également, il me garantira de façon juste la faute, si, à raison de lui, il l'a reçu ».*

Extrait du livre XXI *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si je t'ai prêté à usage un cheval, dont tu as usé jusqu'à un certain endroit, si, sans l'intervention de ta faute, sur cette même route, le cheval a été détérioré, tu ne seras pas tenu de l'action de commodat ; car moi, en faute, je serai, qui, pour une si longue route, te l'ai prêté à usage et qui n'ai pu soutenir cette activité ».*

Aujourd'hui, on est seulement tenu à l'intérêt, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, IV, i, § 6.]

§ 6. *Par la suite* ; à savoir la période qui était fixée étant écoulée ou qui est convenablement suffisante selon la circonstance de la chose [400].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXLI. Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 23 *(Du commodat)*, 4, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 13, tit. 6, nb 10, enseignent non à bon droit que le bien prêté à usage, excepté à raison des dépenses faites sur lui, même à raison de la dette d'autrui, peut être bloqué par le commodataire dans ses mains avec un arrêt.]

§ 7. Celui qui reçoit ou l'emprunteur est tenu de redonner ce qui est prêté avec tous les fruits et les profits [401] et aussi bon qu'il était ; si la chose, par une malchance inévitable, avait péri ou était détérioré, il en est libre [402] ; mais, si une plus grande négligence lui est reconnue

---

[400] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 17 § 3.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que prêter à usage tient plus de la volonté et de la civilité que de la nécessité, de même, la mesure et le terme du commodat appartiennent à celui qui a procuré l'avantage. Mais, quand il l'a fait, c'est-à-dire après qu'il a prêté à usage, alors, non seulement la civilité ne l'empêche pas de prescrire une limite, de revenir en arrière et, de façon intempestive, d'enlever l'usage du bien prêté à usage, mais aussi l'obligation assumée entre celui qui donne et celui qui reçoit. En effet, l'affaire est portée de façon réciproque et c'est pourquoi, réciproquement, les actions ont été disposées, afin qu'il apparaisse que ce qui, au commencement, appartenait à un avantage et à la seule volonté, soit tourné en prestations et actions civiles réciproques. Comme cela se produit pour celui qui a commencé à administrer les affaires d'un absent ; en effet, impunément, il ne les laissera pas périr ; en effet, un autre les aurait peut-être entreprises, s'il ne l'avait commencé ; en effet, il appartient à la volonté d'accepter un mandat, à la nécessité, de l'accomplir. En conséquence, si tu m'as prêté à usage des tablettes, pour que le débiteur me donne garantie, à bon droit, tu n'agiras pas en les réclamant de manière inopportune ; car, si tu les as refusées, je les aurais achetées ou bien employé des témoins. De même, il en est, si, pour bâtir un immeuble de rapport, tu me prêtes à usage du bois et qu'ensuite, tu le reprends ou que, le sachant, tu m'as prêté des bois défectueux ; mieux, il faut que nous soyons secourus et que nous ne soyons pas trompés avec un avantage. Pour ces causes, il faut dire encore que l'action judiciaire en sens contraire est utile ».*

[401] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 5 § 9.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Mais la diligence, sur le bien prêté à usage, doit être fournie à un point tel qu'aussi fournie à ce qui suit le bien prêté à usage, elle doive être fournie ; comme par exemple : je t'ai prêté à usage une jument que son poulain accompagne : les anciens ont répondu que tu devais aussi garantir la garde du poulain ».*

[402] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiv, § 2 ; D. 50, 17, 23.

« § 2. De même, celui auquel quelque bien est donné à utiliser, c'est-à-dire est prêté à usage, [au titre du] bien, est obligé et est tenu d'une action de commodat (commodati). *Mais celui-ci est très loin de celui qui l'a reçu en prêt ; car le bien n'est pas donné d'une façon telle qu'il devienne le sien et pour cela, il est tenu de restituer le bien lui-même. Celui, certes, qui a reçu le prêt, si, par quelque cas fortuit, il a perdu ce qu'il a reçu, comme dans un incendie, une ruine, un naufrage ou une attaque de brigands ou d'ennemis, il ne reste pas moins obligé. Mais celui qui l'a reçu pour l'utiliser, assurément, se voit certes commander de fournir un soin exact pour garder le bien et il ne lui suffit pas d'avoir employé un soin aussi grand que celui qu'il emploie ordinairement pour ses propres biens, si seulement un autre plus diligent peut garder ce bien ; mais, à raison d'une force majeure ou d'accidents plus importants, il n'est pas tenu, si seulement cet accident n'est pas intervenu avec sa faute ; autrement, si, ce qui t'a été prêté à usage, tu as préféré l'emporter avec toi à l'étranger, et que, dans une attaque d'ennemis ou de brigands, ou un naufrage, tu l'as perdu, il n'est pas douteux que, de la restitution de ce bien, tu seras tenu. Mais un bien est alors proprement entendu avoir été prêté à usage si, sans aucun loyer reçu ou établi, le bien t'a été donné pour l'utiliser. Autrement, un loyer intervenant, l'usage est considéré t'avoir été loué ; en effet, le commodat doit être gratuit ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le réceptionnaire)*, seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat)*, la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

plutôt que pour le gardien qui ne reçoit quelque chose qu'à la volonté d'autrui ou qu'un [créancier] gagiste qui le reçoit ainsi autant à sa volonté qu'à celle d'autrui, puisque l'emprunteur reçoit le bien prêté seulement à sa volonté elle-même et que, pour cela, il doit prendre garde du bien prêté de la façon la plus stricte [403], d'une façon telle que, dans le cas où il se le faisait prêter se trouvant à domicile, qu'il l'a pris avec lui en voyage et que, par un naufrage ou un vol, il se l'est fait enlever, il est tenu à la compensation [404].

[**Note de Willem Schorer sur la note 401 de Groenewegen van der Made**

Selon le droit écrit, celui qui prêtait à usage pouvait faire venir le bien prêté à usage par un tiers qui le possédait aussi de bonne foi, comme nous l'avons vu ci-dessus, liv. II, chap. III, § 5, sur les notes 97-98. Il en est de même dans les usages pour les immeubles, mais la revendication d'un bien meuble est interdite chez nous en faveur du commerce, à moins qu'un blocage [avec un arrêt] n'intervienne, voir Kobbaert, sur la coutume de Gand, rubr. 4, art. 10, obs. 2, car les biens meubles n'ont pas de suite, une règle qui, cependant, doit être interprétée de façon stricte, à moins qu'elle ne soit prouvée avoir été reçue dans un statut ou une coutume ininterrompue, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit.1, nb 12.

Nous avons aussi vu ci-dessus, dans ledit endroit, qu'un même droit se présentait au propriétaire sur le bien à lui soutrait par un vol, aussi contre un possesseur de bonne foi, à un tel point que qu'il n'est pas même tenu de rendre le prix, ce qui convenait aux principes du droit romain où les meubles ont une suite. Il s'ensuit de là que, dans ces places où cette règle a été abrogée, il ne convient pas à la raison que le propriétaire demande au possesseur de bonne foi son bien, aussi, le prix n'ayant pas été refusé ; en effet, la suppression de la cause enlève l'effet.]

[301] § 8. Cependant, dans le cas où l'emprunteur a été en défaut de restituer le bien, ainsi, il doit aussi dédommager l'accident [405] ; la même chose a aussi lieu dans le cas où une telle chose est expressément stipulée [406], ou tacitement, comme quand le bien prêté a été

---

[403] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 5 § 2.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Maintenant, il faut voir ce qui entre dans l'action de commodat, le dol, la faute ou tout risque. Et certes, dans les contrats, nous garantissons tantôt le dol seulement, tantôt aussi la faute ; le dol, dans le dépôt ; car, parce qu'il n'y a aucun avantage pour celui chez qui l'on fait un dépôt, à juste titre, le dol seul est garanti, à moins, peut-être, qu'un loyer ne se soit ajouté (alors en effet, quand il en a été établi [un], aussi, la faute est produite au jour) ou, si, dès le commencement, on a convenu que garantissent la faute et le risque celui dans les mains duquel le dépôt est fait. Mais, quand l'avantage des deux parties est concerné, comme dans un achat, un louage, une dot, un gage, une société, le dol et la faute sont garantis ».*

[404] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 2 des *Institutes*, III, xiv *(De quelles façons est contractée avec [la remise d']un bien l'obligation)*.

Ce passage est donné ci-dessus dans la note 397.

[405] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 5 ; D. 45, 1, 23.

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qu'il faut que tu me donnes, si ceci a péri, après que, par toi, il a été fait en sorte d'empêcher que tu me le donnes, il est établi que le préjudice sera le tien. Mais, alors qu'il est demandé si, par toi, cela a été fait, on devra faire attention non seulement à ce qu'en ton pouvoir, cela se trouvait et aussi à ce qu'avec un dol, tu n'aies pas fait en sorte d'empêcher que cela soit ou que cela fût ou non, mais aussi, s'il y a quelque juste cause, à cause de laquelle tu devrais entendre qu'il fallait que tu le donnes ».*

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, sur le fondement d'une cause de legs ou d'une stipulation, tu me dois un certain esclave, tu ne seras pas tenu après sa mort envers moi autrement que s'il avait tenu à toi d'empêcher de me le donner de son vivant ; il en est ainsi, si, toi ayant été requis, tu ne me l'as pas remis ou que tu l'as tué ».*

[406] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 4, 34, 1.

Constitution d'Alexandre adressée au soldat Mestrius et donnée en 234 : *« Si, par une incursion de brigands ou un autre cas fortuit, des parures déposées chez une personne tuée ont péri, le dommage ne revient pas à l'héritier de celui qui a reçu le dépôt, qui devait seulement garantir le seul dol et la faute importante, si l'on en n'a pas spécialement convenu autrement. Si, sous le prétexte d'un brigandage commis ou d'un autre cas fortuit, les biens qui sont en la possession de l'héritier ou qu'il a cessé de posséder avec un dol, ne sont pas restitués, tant une action de dépôt qu'une action pour la production du bien, mais aussi une réclamation portant sur le bien, se présentent ».*

évalué par un consentement commun et que l'emprunteur s'est obligé à une fourniture de la valeur estimée [407]

§ 9. Mais, là où le prêt est fait pour l'utilité du prêteur, comme quand un fiancé prête quelque chose à sa fiancée, ou pour l'utilité des deux, comme quand quelqu'un prête sa vaisselle pour un repas qu'il donne avec un autre, ainsi, une telle chose sort de la propriété d'un prêt commun ; dans le premier cas, l'emprunteur est tenu à autant qu'un dépositaire serait tenu [408] ; dans le second cas, à autant que [le serait] un [créancier] gagiste [409].

---

[407] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 5 § 3 et en argument, D. 23, 3, 10.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais le commodat comprend en général le seul avantage de celui auquel on prête à usage et c'est pourquoi est plus vraie l'opinion de Quintus Mucius qui estime que la faute et la diligence doivent être garanties et que, si, peut-être, le bien évalué a été donné, tout le risque doit être garanti par celui qui a reçu la chose à évaluer ».*

Extrait du livre XXXIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« En général, il est de l'intérêt du mari que les biens n'aient pas été évalués, pour la raison que le risque des biens le regarde, surtout, s'il a reçu des animaux en dot, ou un vêtement, dont la femme use ; il arrivera, en effet que, si le bien a été évalué et que la femme l'a usé, le mari n'en paie pas moins leur évaluation. En conséquence, chaque fois que les biens évalués, en dot, sont donnés, ils deviennent meilleurs ou pires pour la femme. 1 - Si, à des biens-fonds non évalués, quelque chose s'est ajouté, cela revient au profit de la femme ; si quelque chose s'en est écarté, la perte est celle de la femme. 2 - Si des esclaves ont donné naissance à un rejeton, le profit n'est pas celui du mari. 3 - Mais les petits de troupeaux dotaux appartiennent au mari, parce que, dans les fruits, ils sont comptés, cependant, d'une façon telle qu'il faut que soit suppléée la propriété d'abord et qu'ayant été produits des parents à la place des têtes mortes, le mari ait le reste dans les fruits, parce que le fruit de la dot lui appartiendra. 4 - Si, avant le mariage, les biens dotaux ont été évalués, cette évaluation, comme sous condition, se trouve ; car elle a cette condition " si le mariage ne s'est pas ensuivi". Les noces s'étant ensuivies, en conséquence, l'évaluation des biens est accomplie et la vente devient véritable. 5 - De là, il peut être demandé, quand, avant les noces, les esclaves évalués ont disparu, si la perte sera celle de la femme et il est logique de le dire ; car, lorsque la vente est conditionnelle, mais que, la condition étant en suspens, la mort éteint la vente, il est logique de dire que, pour la femme, elle a disparu, parce que la vente n'avait pas encore été accomplie [et parce que l'évaluation est une vente]. 6 - Si les biens, en dot, ont été donnés bien qu'évalués, mais que l'on a convenu que leur évaluation ou les biens seront procurés, si, certes, il a été ajouté "celui des deux que la femme a voulu", elle-même choisira lequel des deux elle préfère réclamer, les biens ou leur évaluation ; mais, s'il a été ainsi ajouté "celui des deux que le mari a voulu", le choix lui en appartiendra, ou si rien, quant au choix, n'est ajouté, le mari aura le choix [de savoir] s'il préfère présenter les biens ou leur prix ; car, quand ce bien-ci ou ce bien-là est promis, le choix du bien est [de savoir] lequel des deux, il procurera. Mais, s'il n'y a pas de bien, de toute façon, le mari en paiera l'évaluation ».*

[408] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 5 § 10.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - Parfois, clairement, celui qui a fait la demande doit garantir le seul dol sur le bien prêté à usage, comme par exemple si on l'a ainsi convenu ou si, pour sa propre cause seulement, on a prêté à usage, peut-être à sa fiancée ou à son épouse, pour qu'à lui, parée de façon plus honorable, elle se présente ou si un préteur qui donne des jeux fait un prêt à usage à des acteurs, ou si, à ce même préteur, quelqu'un a fait de lui-même un prêt à usage ».*

[409] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 18.

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Pour les biens prêtés à usage, il faut garantir une diligence telle que celle que chaque père de famille le plus diligent, pour ses propres biens, l'emploie, d'une façon telle que, seulement, il ne garantisse pas les accidents auxquels on ne pourra résister, comme les morts d'esclaves qui, sans son dol et sans sa faute, surviennent, la survenance de brigands ou d'ennemis, les pièges des pirates, le naufrage, l'incendie, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés. Mais, ce que, quant aux brigands, aux pirates et au naufrage, nous avons dit, nous le recevons ainsi, à savoir si un bien a été prêté à usage à quelqu'un pour qu'il emporte ce bien à l'étranger avec lui ; autrement, si j'ai prêté à usage de l'argenterie, parce que ce dernier a dit qu'il inviterait des amis à un repas et qu'à l'étranger, avec lui, il l'a emportée, sans aucun doute, il doit aussi garantir l'accident des pirates, des brigands et du naufrage. Il en est ainsi, si, seulement, à cause de celui qui le reçoit, le bien a été prêté à usage ; en revanche, si [c'est] à cause de deux personnes, comme si nous avions invité un ami commun à un repas et que toi, tu as reçu le soin de son bien et que moi, je t'ai prêté à usage l'argenterie, je trouve, certes, écrit chez certains que tu dois garantir seulement le dol ; mais il faut voir si la faute ne devra pas être garantie, pour qu'ainsi, l'évaluation soit faite, comme pour des biens mis en gage et les biens dotaux, on fait ordinairement l'évaluation. 1 - Mais, que le gage, le bien prêté à usage ou mis en dépôt, par celui qui l'a reçu, ait été détérioré, non seulement, il y a ces actions dont nous parlions, mais aussi celle de la Loi Aquilia ; mais, si, avec l'une de celles-ci, on a agi en justice, les autres sont supprimées. 2 - De justes causes peuvent intervenir, sur le fondement desquelles, contre celui qui a prêté à usage, on doit agir en justice, comme, quant aux dépenses faites pour la maladie d'un esclave ou quant à celles qui, pour le rechercher et le ramener après sa fuite, ont été faites ; car les dépenses de nourriture, évidemment, avec une raison naturelle, reviennent à celui qui l'avait reçu pour en user. Mais ce que, quant aux dépenses de maladie ou de fuite, nous avons dit, à des dépenses plus importantes, doit revenir ; en effet, pour de petites dépenses, il est plus vrai que, comme celles de nourriture, elles lui reviennent. 3 - De même, celui qui, le sachant, a prêté à usage des récipients défectueux, si là, le vin qui y a été mis, ou l'huile, s'est corrompu ou échappé, à ce titre, doit être condamné. 4 - Mais, ce que*

§ 10. Le prêteur est tenu de laisser l'emprunteur suivre l'usage durant la période fixée ou raisonnable [410]. Il est aussi tenu de compenser si, par un usage caché de la chose, l'emprunteur en est venu à un dommage [411], comme si un tonneau devin avait été d'un mauvais goût. Il doit aussi faire compensation de frais importants et nécessaires [412] ; mais les frais journaliers, comme l'entretien d'un cheval prêté et l'écurie viennent à charge de l'emprunteur [413].

*

[302] Chapitre X
Du prêt de consommation [414] et de l'intérêt [415]

---

chacun, avec une action en sens contraire, peut obtenir, aussi, avec l'action directe, avec laquelle, contre lui, on agit en justice, il peut le sauvegarder selon le droit du loyer. Mais il peut se faire qu'il y ait plus, [pour] ce qu'il faudra que, réciproquement, l'un l'obtienne, que le juge ne tienne pas compte du loyer ou que, quant à la restitution du bien, contre celui-ci, on n'agisse pas en justice, parce que ce bien, avec un accident, disparaît ou que, sans juge, il a été rendu, nous dirons que l'action en sens contraire est nécessaire ».

[410] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 17 § 3.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que prêter à usage tient plus de la volonté et de la civilité que de la nécessité, de même, la mesure et le terme du commodat appartiennent à celui qui a procuré l'avantage. Mais, quand il l'a fait, c'est-à-dire après qu'il a prêté à usage, alors, non seulement la civilité ne l'empêche pas de prescrire une limite, de revenir en arrière et, de façon intempestive, d'enlever l'usage du bien prêté à usage, mais aussi l'obligation assumée entre celui qui donne et celui qui reçoit. En effet, l'affaire est portée de façon réciproque et c'est pourquoi, réciproquement, les actions ont été disposées, afin qu'il apparaisse que ce qui, au commencement, appartenait à un avantage et à la seule volonté, soit tourné en prestations et actions civiles réciproques. Comme cela se produit pour celui qui a commencé à administrer les affaires d'un absent ; en effet, impunément, il ne les laissera pas périr ; en effet, un autre les aurait peut-être entreprises, s'il ne l'avait commencé ; en effet, il appartient à la volonté d'accepter un mandat, à la nécessité, de l'accomplir. En conséquence, si tu m'as prêté à usage des tablettes, pour que le débiteur me donne garantie, à bon droit, tu n'agiras pas en les réclamant de manière inopportune ; car, si tu les as refusées, je les aurais achetées ou bien employé des témoins. De même, il en est, si, pour bâtir un immeuble de rapport, tu me prêtes à usage du bois et qu'ensuite, tu le reprends ou que, le sachant, tu m'as prêté des bois défectueux ; mieux, il faut que nous soyons secourus et que nous ne soyons pas trompés avec un avantage. Pour ces causes, il faut dire encore que l'action judiciaire en sens contraire est utile ».*

[411] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 18 § 3.

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 3 - De même, celui qui, le sachant, a prêté à usage des récipients défectueux, si là, le vin qui y a été mis, ou l'huile, s'est corrompu ou échappé, à ce titre, doit être condamné ».*

[412] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 18 § 2.

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 2 - De justes causes peuvent intervenir, sur le fondement desquelles, contre celui qui a prêté à usage, on doit agir en justice, comme, quant aux dépenses faites pour la maladie d'un esclave ou quant à celles qui, pour le rechercher et le ramener après sa fuite, ont été faites ; car les dépenses de nourriture, évidemment, avec une raison naturelle, reviennent à celui qui l'avait reçu pour en user. Mais ce que, quant aux dépenses de maladie ou de fuite, nous avons dit, à des dépenses plus importantes, doit revenir ; en effet, pour de petites dépenses, il est plus vrai que, comme celles de nourriture, elles lui reviennent ».*

[413] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 2 des *Institutes*, III, xiv *(De quelles façons est contractée avec [la remise d']un bien l'obligation).*

« § 2. De même, celui auquel quelque bien est donné à utiliser, c'est-à-dire est prêté à usage, [au titre du] bien, est obligé et est tenu d'une action de commodat (commodati). *Mais celui-ci est très loin de celui qui l'a reçu en prêt ; car le bien n'est pas donné d'une façon telle qu'il devienne le sien et pour cela, il est tenu de restituer le bien lui-même. Celui, certes, qui a reçu le prêt, si, par quelque cas fortuit, il a perdu ce qu'il a reçu, comme dans un incendie, une ruine, un naufrage ou une attaque de brigands ou d'ennemis, il ne reste pas moins obligé. Mais celui qui l'a reçu pour l'utiliser, assurément, se voit certes commander de fournir un soin exact pour garder le bien et il ne lui suffit pas d'avoir employé un soin aussi grand que celui qu'il emploie ordinairement pour ses propres biens, si seulement un autre plus diligent peut garder ce bien ; mais, à raison d'une force majeure ou d'accidents plus importants, il n'est pas tenu, si seulement cet accident n'est pas intervenu avec sa faute ; autrement, si, ce qui t'a été prêté à usage, tu as préféré l'emporter avec toi à l'étranger, et que, dans une attaque d'ennemis ou de brigands, ou un naufrage, tu l'as perdu, il n'est pas douteux que, de la restitution de ce bien, tu seras tenu. Mais un bien est alors proprement entendu avoir été prêté à usage si, sans aucun loyer reçu ou établi, le bien t'a été donné pour l'utiliser. Autrement, un loyer intervenant, l'usage est considéré t'avoir été loué ; en effet, le commodat doit être gratuit ».*

[414] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1 *(Des biens prêtés, si un montant certain est réclamé, et de la condiction)* et C. 4, 1 *(Des biens prêtés et du serment).*

§ 1. Un PRÊT DE CONSOMMATION est *une convention par laquelle quelqu'un met dans les mains d'un autre quelque chose de son patrimoine qui est mesurable, comptable et pesable pour qu'il devienne la propriété de celui qui le reçoit et que celui qui le reçoit, par la suite, rende autant de la même espèce et d'une qualité semblable* [416].

§ 2. *Quelque chose de son patrimoine* : car ce prêt ne peut pas avoir lieu sur le bien d'autrui [417], à moins qu'un telle chose ne soit faite par une personne qui s'en voyait confier l'administration à une telle fin [418].

§ 3. *Mesurable, comptable ou pesable* [419] ; car autrement, ce serait un échange ; mais la convention qui concerne ces choses a reçu un nom propre et une autre propriété, parce qu'en elle, l'une égalité peut être trouvée sans peine : *mesurable* comme du blé, du vin ; *comptable*, comme de l'argent ; *pesable*, comme une livre de cuivre, d'argent [420].

Le titre en question du Digeste comprend 42 extraits et celui du Code, 13 constitutions.

[415] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 1 *(Des intérêts, des fruits, des causes, de toutes les accessions et du retard)* et C. 4, 32 *(Des intérêts)*.

Le titre du Digeste renferme 49 extraits et celui du Code, 28 constitutions.

[416] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 2.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Nous accordons un prêt de consommation non pas pour recevoir le même bien que nous ayons remis (autrement, il y aura un commodat ou un dépôt), mais une même espèce ; car, si l'espèce est différente, comme pour que, pour du blé, nous recevions du vin, il n'y aura pas un prêt de consommation. 1 - La remise d'un prêt de consommation consiste en ces biens qui, en un poids, un nombre ou une mesure, se présentent, parce qu'avec leur remise, nous pouvons entrer en une dette, parce que, sur leur genre, ils reçoivent une fonction par un paiement plutôt que par un même corps ; car, pour d'autres biens, nous ne pouvons pas entrer en une dette, parce qu'une chose, pour une autre, contre le gré du créancier, ne peut être payée. 2 - Mais la remise d'un prêt de consommation a été appelée à partir de ce qui, de mien, est fait tien ; et c'est pourquoi, si cela n'est pas fait tien, il ne naît nulle obligation. 3 - La chose due, du prêt de consommation, diffère donc, en tant que le genre [diffère] du corps ; car une chose due existe en dehors de ces biens qui consistent en un poids, un nombre et une mesure, de telle sorte que, si nous allons recevoir le même bien, il y a une chose due. De même, il ne peut y avoir de prêt de consommation, s'il n'y a pas d'argent en cause, mais [il y a] une chose due, parfois, aussi si rien n'est avancé, comme si, après les noces, la dot est promise. 4 - Dans la remise d'un prêt de consommation, il faut que celui qui remet soit le propriétaire et n'y fait pas obstacle le fait que le fils de famille et l'esclave qui remettent l'argent obligent les espèces de leur pécule ; en effet, ceci est tel que si, avec ma volonté, toi, tu donnes l'argent, car une action m'est acquise, bien qu'il n'y ait pas eu mes espèces. 5 - Avec des termes aussi, nous avons foi en un certain acte interposé pour disposer une obligation, comme avec une stipulation ».*

[417] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 12, 1, 2 § 4.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 4 - Dans la remise d'un prêt de consommation, il faut que celui qui remet soit le propriétaire et n'y fait pas obstacle le fait que le fils de famille et l'esclave qui remettent l'argent obligent les espèces de leur pécule ; en effet, ceci est tel que si, avec ma volonté, toi, tu donnes l'argent, car une action m'est acquise, bien qu'il n'y ait pas eu mes espèces*

[418] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 11 § 2.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si un esclave fugitif t'a prêté [de l'argent], il est demandé si son maître pourra, à toi, le réclamer avec une condiction. Et, certes, si mon esclave, auquel l'administration de l'argent a été accordée, t'a fait un prêt, il y aura un prêt d'argent ; mais l'esclave fugitif ou un autre esclave, à l'encontre de la volonté de son maître, en faisant le prêt, n'en fait pas la propriété de celui qui le reçoit. Qu'en est-il donc ? Les espèces monétaires peuvent être réclamées, si elles existent ou, si, avec un dol, elles ont cessé d'être possédées, pour leur production, on agit en justice ; si, sans dol, tu les as consommées, je pourrai te les réclamer avec une condiction ».*

[419] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 12, 1, 2 § 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - La remise d'un prêt de consommation consiste en ces biens qui, en un poids, un nombre ou une mesure, se présentent, parce qu'avec leur remise, nous pouvons entrer en une dette, parce que, sur leur genre, ils reçoivent une fonction par un paiement plutôt que par un même corps ; car, pour d'autres biens, nous ne pouvons pas entrer en une dette, parce qu'une chose, pour une autre, contre le gré du créancier, ne peut être payée ».*

[420] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xiv *(De quelles façons est contractée avec [la remise d']un bien l'obligation)*, pr.

« Par la remise d'un bien (re)*, est contractée une obligation, comme avec la remise d'un prêt de consommation* (mutuum)*. Mais l'obligation du prêt de consommation consiste en ce qui, avec un poids, un nombre ou une mesure, existe, comme pour le vin, l'huile, le blé, l'argent payé, le bronze, l'argent et l'or. Ces biens à compter, mesurer ou peser, nous les donnons afin qu'ils deviennent la propriété de ceux qui les reçoivent et qu'un jour, non ces mêmes biens, mais d'autres de la même nature et la même qualité nous soient rendus. D'où, il a été appelé* mutuum*, parce que, par moi, il t'est donné d'une façon telle qu'à partir du mien, il devienne tien* (ex meo tuum)*. À partir de ce contrat, naît une action qui est appelée condiction ».*

§ 4. *Mis dans les mains* ; ceci est nécessaire [421], à moins que la chose ne fût auparavant dans les mains de celui qui se le fera prêter, comme s'il lui était donné en dépôt [422] ; car la volonté du prêteur qui suit là-dessus est alors suffisante [423].

§ 5. *Pour qu'il devienne la propriété de celui qui le reçoit* [424] ; Pour cela, celui-ci ne peut pas aliéner son bien, il ne peut aussi pas le prêter légalement, comme un mineur [425], et pour **[303]** cela, ce qui est mis dans les mains par des mineurs, ou aussi par d'autres en dehors d'un dessein de prêter [426], peut être recouvré par une action en justice comme n'étant pas

---

[421] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 11 § 1 ; D. 12, 1, 30.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si je t'ai remis dix d'une façon telle que tu doives neuf, Proculus dit que, et à bon droit, selon le droit lui-même, tu ne dois pas plus de neuf. Mais, si je te les ai remis, pour que tu me doives onze, Proculus pense que l'on ne peut réclamer avec une condiction plus de dix ».*

Extrait du livre V *Sur Plautius* de Paul : *« Celui qui, allant recevoir un prêt d'argent, a fait une promesse à son futur créancier a en son pouvoir de ne pas, en le recevant, envers lui, se lier ».*

[422] (Note de Groenewegen) Voir D. 12,1, 9 § 9.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - J'ai déposé chez toi dix, par la suite, je t'ai permis de les utiliser ; Nerva et Proculus aussi, avant qu'ils soient touchés, disent que, comme prêtés à toi, [je] peux les réclamer avec une condiction et cela est vrai, comme à Marcellus, il l'a semblé ; en effet, en intention, il commence à les posséder. En conséquence, le risque passe à celui qui a demandé le prêt et on pourra les lui réclamer avec une condiction ».*

[423] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, i *(De la division des biens)*, § 41.

« § 41. Mais, si, certes, à partir d'une cause de donation, de dot ou de n'importe quelle autre cause, ils sont livrés, sans aucun doute, ils sont transférés ; mais les biens vendus et livrés ne sont pas autrement acquis à l'acheteur que si celui-ci, au vendeur, en a payé le prix et, d'une autre façon, lui en a fait satisfaction, comme en donnant garantie ou en donnant un gage. Cela est certes disposé aussi dans la Loi des XII Tables ; cependant, à bon droit, il est dit que, selon le droit des gens, c'est-à-dire selon le droit naturel cela est fait. Mais, si celui qui a vendu a suivi la foi de l'acheteur, il doit être dit qu'immédiatement, le bien devient celui de l'acheteur ».

[424] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 2 § 4.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 4 - Dans la remise d'un prêt de consommation, il faut que celui qui remet soit le propriétaire et n'y fait pas obstacle le fait que le fils de famille et l'esclave qui remettent l'argent obligent les espèces de leur pécule ; en effet, ceci est tel que si, avec ma volonté, toi, tu donnes l'argent, car une action m'est acquise, bien qu'il n'y ait pas eu mes espèces ».*

[425] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 6, 3 § 2.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Par conséquent, pour celui qui ne pouvait savoir s'il est un fils de famille, Julianus dit, dans le livre XII [de ses Digestes], que le sénatus-consulte cesse [d'avoir son effet], comme par exemple pour un pupille ou un mineur de vingt-cinq ans. Mais, pour le mineur, la cause une fois connue, il doit être secouru par le préteur ; mais, pour le pupille, avec une autre raison, il faut dire aussi que cesse le sénatus-consulte, parce qu'il n'est pas fait de prêt de l'argent que, sans l'autorité du tuteur, le pupille remet ; de même, Julianus lui-même dit, dans son livre XII, que, si un fils de famille a fait un prêt, cesse le sénatus-consulte, parce qu'il n'est pas fait de prêt d'argent, bien qu'il ait eu la libre administration de son pécule ; en effet, le père ne lui a pas accordé de perdre son pécule, quand il lui permet l'administration du pécule ; et c'est pourquoi il dit que la revendication des espèces reste au père ».*

[426] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 18 et 19.

Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : *« Si moi, comme allant remettre de l'argent, je te l'ai remis, que toi, comme un prêt, tu l'as reçu, Julianus écrit qu'il n'y a pas de donation ; mais il faut voir s'il y aura un prêt. Et je pense qu'il n'y a pas de prêt et, plus, que les espèces ne deviennent pas celle de celui qui les reçoit, lorsqu'avec une autre opinion, il les a reçues. C'est pourquoi, s'il les a consommées, bien que, d'une condiction, il soit tenu, cependant, de l'exception de dol, il pourra user, parce que, selon la volonté de celui qui les remet, les espèces ont été consommées. 1 - Si moi, comme les déposants, je te les ai remises, que toi, comme un prêt, tu les as reçues, il n'y a ni dépôt, ni prêt ; de même, il en est, si toi, comme si [tu faisais] un prêt d'argent, tu les as remises, que moi, comme si [je faisais] un prêt à usage pour me faire valoir, je les ai reçues ; mais, dans les deux cas, les espèces ayant été consommées, à une condiction, sans exception de dol, il y aura lieu ».*

Extrait du livre X des *Digestes* de Julianus : *« Tout paiement n'oblige pas celui qui l'a reçu, mais chaque fois que cela est fait pour qu'immédiatement, on soit obligé. Car celui qui, à cause de mort, donne l'argent paie l'argent, mais il n'obligera pas autrement celui qui le reçoit que s'il y avait un cas dans lequel l'obligation avait été reportée, comme si le donateur s'était rétabli ou que celui qui le recevait, le premier, était mort. Et, lorsque l'argent est remis pour que quelque chose soit fait, aussi longtemps qu'en suspens, il y a [de savoir] si cela sera, cessera l'obligation ; mais, lorsqu'il a commencé d'être certain que cela ne sera pas, sera obligé celui qui l'a reçu ; comme si, à Titius, j'ai remis dix pour qu'il affranchisse Stichus durant les calendes, avant les calendes, je n'aurai aucune action, après les calendes, je pourrai ainsi seulement agir en justice, s'il n'a pas été affranchi. 1 - Si un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a prêté ou, à raison d'un paiement, a remis [l'argent], l'argent ayant été consommé, il a une condiction ou n'est pas libéré avec une autre raison que cela, avec l'acte de celui-ci, à lui, est entendu être arrivé ; pour cette raison, si celui qui a reçu ce même argent en dette ou en paiement, à un autre, en outre, en dette ou en paiement, il l'a remis, cet argent*

une propriété pour celui qui le reçoit ; mais, s'il était consommé par celui qui le reçoit, ainsi, il serait pris à l'avantage du prêteur, comme si le prêt avait existé [427].

§ 6. *Par la suite* ; au moment fixé ou autrement, après une réclamation [428] ; car, lorsque quelqu'un donne de l'argent pour recevoir immédiatement un autre argent, cela n'est pas un prêt, mais un change d'argent qui est appelé *change*.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXLII. Du fait qu'un prêt d'argent est ordinairement accordé aussi en faveur du créancier sous des intérêts, il ne sera pas permis au débiteur de payer le capital avant le temps dont on a convenu contre le gré du créancier et d'être ainsi libéré des intérêts.]

§ 7. *De la même espèce et d'une quantité semblable* [429] ; car ce contrat est interprété de façon très stricte des deux côtés. Pour cette raison, pour du vin du Rhin, on doit redonner du vin

---

ayant été consommé, que lui-même, envers le pupille, est obligé, il libérera celui-ci vis-à-vis de lui et aura comme obligé celui auquel il l'aura remis ou, vis-à-vis de lui, il se libérera. Car, pour tout dire, celui qui, à raison d'un prêt, a reçu l'argent d'autrui, celui-ci ayant été consommé, a comme obligé celui qui l'a reçu ; de même, celui qui, en paiement, l'a remis sera libéré de celui qui l'aura reçu ».

[427] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 12 et 19 § 1.

Extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Si, d'un fou, alors que tu pensais qu'il était sain d'esprit, tu as reçu de l'argent comme en prêt et que celui-ci a, dans ton patrimoine, été versé, Julianus dit que la condiction, au fou, est acquise ; car, pour ces causes, à nous qui l'ignorons, les actions leur sont acquises, mais aussi, pour ces mêmes causes, au fou, elles sont acquises. De même, si celui qui, à un esclave, a fait un prêt a commencé à être fou, qu'ensuite, l'esclave, dans le patrimoine de son maître, l'a versé, au nom du fou, on peut le réclamer avec une condiction. Et, si, à raison d'un prêt de l'argent d'autrui, quelqu'un l'a remis, qu'ensuite, il a commencé à être fou et qu'a été consommé cet argent, la condiction, au fou, est acquise ».*

Extrait du livre X des *Digestes* de Julianus : *« 1 - Si un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a prêté ou, à raison d'un paiement, a remis [l'argent], l'argent ayant été consommé, il a une condiction ou n'est pas libéré avec une autre raison que cela, avec l'acte de celui-ci, à lui, est entendu être arrivé ; pour cette raison, si celui qui a reçu ce même argent en dette ou en paiement, à un autre, en outre, en dette ou en paiement, il l'a remis, cet argent ayant été consommé, que lui-même, envers le pupille, est obligé, il libérera celui-ci vis-à-vis de lui et aura comme obligé celui auquel il l'aura remis ou, vis-à-vis de lui, il se libérera. Car, pour tout dire, celui qui, à raison d'un prêt, a reçu l'argent d'autrui, celui-ci ayant été consommé, a comme obligé celui qui l'a reçu ; de même, celui qui, en paiement, l'a remis sera libéré de celui qui l'aura reçu ».*

[428] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 6, 17 § 3 ; D. 13, 5, 21 § 1 ; D. 46, 3, 105.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que prêter à usage tient plus de la volonté et de la civilité que de la nécessité, de même, la mesure et le terme du commodat appartiennent à celui qui a procuré l'avantage. Mais, quand il l'a fait, c'est-à-dire après qu'il a prêté à usage, alors, non seulement la civilité ne l'empêche pas de prescrire une limite, de revenir en arrière et, de façon intempestive, d'enlever l'usage du bien prêté à usage, mais aussi l'obligation assumée entre celui qui donne et celui qui reçoit. En effet, l'affaire est portée de façon réciproque et c'est pourquoi, réciproquement, les actions ont été disposées, afin qu'il apparaisse que ce qui, au commencement, appartenait à un avantage et à la seule volonté, soit tourné en prestations et actions civiles réciproques. Comme cela se produit pour celui qui a commencé à administrer les affaires d'un absent ; en effet, impunément, il ne les laissera pas périr ; en effet, un autre les aurait peut-être entreprises, s'il ne l'avait commencé ; en effet, il appartient à la volonté d'accepter un mandat, à la nécessité, de l'accomplir. En conséquence, si tu m'as prêté à usage des tablettes, pour que le débiteur me donne garantie, à bon droit, tu n'agiras pas en les réclamant de manière inopportune ; car, si tu les as refusées, je les aurais achetées ou bien employé des témoins. De même, il en est, si, pour bâtir un immeuble de rapport, tu me prêtes à usage du bois et qu'ensuite, tu le reprends ou que, le sachant, tu m'as prêté des bois défectueux ; mieux, il faut que nous soyons secourus et que nous ne soyons pas trompés avec un avantage. Pour ces causes, il faut dire encore que l'action judiciaire en sens contraire est utile ».*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Si, sans [indication d'une] date, tu fais un constitut, on peut certes dire que tu n'en es pas tenu, bien que les termes de l'Édit, largement, s'étendent ; autrement, immédiatement, contre toi, on pourra agir en justice, si, aussitôt que tu as fait le constitut, tu ne paies pas ; mais un petit délai doit être fixé de non moins de dix jours, pour que la réclamation soit faite ».*

Extrait du livre unique *Sur la Loi Falcidia* de Paul : *« Ce que nous disons de cet héritier qui, au garant du testateur, doit immédiatement payer ce qui, avant l'acceptation de la succession, par lui, a été payé, avec quelque modération de temps, doit être entendu ; en effet, avec la bourse [pleine], il ne doit pas l'accepter ».*

[429] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 3.

Extrait du livre XXVII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Lorsque nous avons accordé quelque prêt de consommation, quoique nous n'y ayons pas disposé que, de façon égale, le bien nous soit rendu, il n'est pas permis au débiteur de rendre un bien plus mauvais qui, du même genre, sera, comme du vin neuf pour du vin ancien ; car, en contractant, ce qui est fait, pour garanti,*

du Rhin, et ainsi de suite. Cependant, puisque l'argent n'a pas de valeur à partir de soi-même, mais à partir de la loi [430], ainsi, il est entendu que l'on peut redonner un argent prêté dans une autre espèce d'une valeur semblable [431], à moins qu'il n'apparût très expressément que les deux contractants n'eussent vu non la valeur, mais une certaine espèce d'argent ; dans lequel cas, la valeur montera ou baissera au profit ou au préjudice du prêteur [432].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 430, 431 et 432 de Groenewegen van der Made**

La valeur interne et externe prêtée des espèces échoit à la perte et au profit de l'emprunteur obligé de restituer l'argent, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 28, defin. 4 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 22, nb 7. La Cour l'a aussi jugé suivant cela le 15 mai 1503, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 339, et il est signalé là que, de nouveau, elle l'a ainsi plus souvent jugé ; mais Anne Robert, *Rerum judicatarum Libri*, lib. I, cap. 16, rappelle que le contraire a été plus d'une fois jugé en France, d'une façon telle que le débiteur, la valeur publique des espèces [monétaires] ayant augmenté, était libéré en rendant de moins nombreuses qu'il avait reçues en prêt, mais que, celle-ci ayant diminué, il devait en rendre un plus grand nombre à proportion, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 33, p. 69. Mynsinger, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, obs. 1, nb 4, rapporte que cela a été ainsi jugé dans la Chambre impériale le 23 décembre 1552, et cela tant à raison du capital que des intérêts, voir Carpzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. V, tit. 9, resp. 93. La raison en est que l'argent l'argent dont une telle personne procure l'usage non tant à partir de sa fortune que du

---

doit être tenu ; mais il est entendu être fait en sorte qu'il soit acquitté de la même espèce et de la même qualité que ce qui a été donné ».

[430] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 1.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« L'origine de la vente et de l'achat est venue des échanges. Jadis, en effet, il n'y avait pas de monnaie et la langue ne distinguait pas la chose vendue et le prix, mais chacun, selon la nécessité des circonstances et de ses besoins, échangeait ce qui lui était inutile contre ce qu'il lui fallait, parce qu'il arrive généralement que ce qui abonde pour l'un manque à l'autre. Mais, parce qu'il n'arrivait pas toujours, ni facilement, que, lorsque tu avais ce que je désirais, j'eusse à mon tour ce que tu voulais recevoir, on a choisi une matière dont la valeur publique et permanente éviterait les difficultés des échanges grâce à une quantité égale ; et cette matière frappée du sceau de l'État procure la jouissance et la propriété moins par sa substance que par sa quantité et, désormais, dans la vente, l'une et l'autre chose ne s'appellent plus marchandise, mais l'une des deux s'appelle le prix. 1 - Mais on doute [de savoir] si, sans monnaie, une vente peut aujourd'hui être réputée, comme si moi, je donnais une toge pour recevoir une tunique. Sabinus et Cassius pensent qu'il y a achat et vente ; Nerva et Proculus [pensent] qu'il y a un échange et non un achat. Sabinus use du témoignage d'Homère qui rapporte que la pratique des Grecs était d'acheter, avec du bronze et du fer, pour les hommes, du vin dans ces vers :*

"De leur côté, pour en avoir, les Argiens chevelus
donnèrent qui du bronze, qui du fer bien reluisant
qui des peaux de taureaux, qui des bêtes encore vivantes
qui des esclaves" (Il., VII, 472-475).

Mais ces vers semblent indiquer un échange, non un achat. De même ceux-ci :

"Mais le Cronide, Zeus, alors troubla la raison de Glaucos,
qui échangea des armes avec Diomède, le fils de Tydée" (Il., VI, 234-235).

Mais, en faveur de cette opinion, on dira plus ce qu'autrement, le poète dit de même :

"il acheta de ses propres deniers" (Od., I, 430).

Mais est plus vraie l'opinion de Nerva et de Proculus ; car, de même que vendre est une chose, acheter, une autre, l'un est acheteur, l'autre vendeur, de même le prix est une chose, la marchandise, une autre, parce que, dans un échange, on ne peut distinguer lequel des deux sera l'acheteur et lequel des deux, le vendeur. 2 - Mais l'achat-vente est du ressort du droit des gens et c'est pourquoi ils se font par le consentement et peuvent se contracter entre absents, par l'intermédiaire d'un messager et de lettres ».

[431] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 46, 3, 99, et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à savoir, lorsqu'il est reçu au moment du prêt, voir les coutumes d'Anvers, cap. 61, art. 5-6 ; Leon, *Consilia*, avis 31, nb 4 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De reditu*, dans le passage *in puris mutuis* ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *Leeninge*, § 1 ; Dumoulin, *De usuris*, quæst. 92, nb 693 avec les suivants ; Henricus Bocerus, *De jure monetarum*, cap. 2, nb 150 avec les suivants ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 1, nb 1 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, concl. 349, nb 2.

Extrait du livre IV des *Réponses* de Paul : *« [Paul] a répondu qu'un débiteur ne devait pas être contraint, dans une autre forme, de recevoir des espèces, si, à partir de cette affaire, il a souffert quelque dommage ».*

[432] (Note de Groenewegen) Voir le chapitre XIV, § 18.

montant qui est ainsi déterminé par l'autorité publique, afin que celle-ci seule doive être envisagée dans le commerce entre les hommes. Sur ce fondement aussi, s'appuient les décisions de la Cour, de même les réponses des jurisconsultes, parce que devra être envisagé pour l'argent donné en prêt non tant le corps des espèces [monétaires] que la quantité, voir Lauterbach sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, nb 22. Voyez aussi l'auteur ci-dessous, liv. III, chap. XIV, § 18, dans la note 531, et chap. XXXIX, § 13, dans la note 1323.

Cela tombe cependant à raison de la dot apportée au mari, car, par les héritiers du mari, elle est payée à la veuve selon la valeur avec laquelle elle avait été livrée. La raison en est qu'au regard de la dot, le mari n'est pas un emprunteur, mais un usufruitier, voir Carpzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. VI, tit. 6, resp. 51, aussi dans une éviction, car ici, est regardé le moment de l'éviction, non celui du contrat, voir Antonnella, *De tempore legali*, lib. IV, cap. 6, nb 23. Nous verrons que cela triomphe cependant autrement pour le retrait sur le liv. III, chap. XVI, § 15, sur la note 646.

En outre, la mutation de la monnaie ne porte pas préjudice au créancier si le débiteur lui-même était en retard, et ainsi la Cour Suprême l'a-t-elle jugé le 21 octobre 1623, voir Cooren, *Observationes*, obs. 16.

De plus, il faut observer que, si la valeur de ces espèces [monétaires] est ici plus importante, là, moindre, le paiement doit en être fait non selon le pouvoir de l'argent dans cet endroit où le contrat a été fait, mais où son accomplissement doit être fait, du fait que chacun est entendu avoir contracté à cet endroit où il s'est obligé à payer, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 1, nb 22, 23 et 25.

Qu'en est-il, si le débiteur s'est préparé à rendre le prêt, mais en une monnaie de cuivre qui a été trop mêlée de cuivre, par conséquent, d'une valeur interne dangereuse et qu'il sait devoir être réprouvée à court terme ? Le créancier n'est pas moins tenu d'accepter une monnaie non encore réprouvée dans un édit du pouvoir suprême et que ce droit triomphe chez nous est clair à partir de de ce qui a agréé aux États sur les schelling, le douzième de leur valeur ayant été amoindri, voir Voet, lib. 12, tit. 1, nb 24. Cependant, Goswinkel von Esbach dans ses notes sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 28, defin. 3, nb 3 et Faber, *Codex Fabrianus*, lib. VIII, tit. 30, defin. 37, nb 9, sont cependant en désaccord. Ils observent ici aussi qu'il n'est pas permis au débiteur de payer au créancier la totalité de la dette en monnaie très amoindrie, s'il y en a une autre avec laquelle la majorité de la dette pourra être payée avec le moindre désavantage du créancier, et Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 29, defin. 3, [le dit] ainsi aussi.

Cela a été ainsi expressément rendu ferme dans le duché de Brabant sur les changes, car ici, une dette ne peut pas être imposée au créancier dans une monnaie moindre que des schelling, voir les ordonnances du 31 mai 1644, vol. II, p. 557, et du 20 février 1652, vol. III, p. 563, de la même façon dans le comté de Flandre, voir vol. III, p. 597, art. 105. En outre, personne n'est tenu de recevoir l'argent d'un autre royaume, à moins qu'il n'ait été approuvé par le prince à une certaine valeur, voir Rebuffe sur les *Ordonnances royales*, p. 56, nb 4.

Enfin, il faut remarquer que trois choses sont requises pour une bonne monnaie : la forme publique, un bon métal et un juste poids, voir Goswinkel von Esbach [sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 28], defin. 4, nb 3. À partir de là, un prince ne peut pas établir une valeur plus grande de la monnaie que la matière vaut en réalité, voir Speidel, *Sylloge quæstionum judicarum et politicarum*, vol. II, lettre M. Et, lorsqu'au siècle passé, en Angleterre, avec l'avarice des méchants dans les temps plus anciens, l'espèce monétaire avait été diminuée du tiers de sa valeur et que le parlement d'Angleterre ne s'était pas soucié de ce mal, le péril supérieur de la patrie a arraché au grand Locke deux dissertations en 1692 et 1695, dans lesquelles il prouvait que, bien que personne n'ait été attentif à cet inconvénient et bien que toutes choses, pour les Anglais, échoient au vote, ce royaume serait plus certainement détruit à une certaine brève échéance ; avec cela, il a été fait en sorte qu'au milieu de la guerre qui éclatait, il a soigné ce mal, voir Clerk, *La bibliothèque choisie*, t. VI, p. 384 et suivantes, et Rapin, *Histoire d'Angleterre*, t. II, liv. 25, p. 221, et, pour rebattre de la monnaie, le parlement a donné du trésor 1 200 000 livres sterling, voir Burnet, *Geschiedenis van Engeland*, chap. 2, p. 151.

Du reste, Berlich, *Practicabiles conclusiones*, concl. 35 et 36, poursuit plus longuement ce qu'il en sera du droit pour la monnaie réprouvée ou modifiée de l'extérieur.]

§ 8. Puisque l'on redonne dans un prêt de consommation tout autant, ainsi, la question n'est pas [de savoir] si le prêteur pourrait stipuler par la promesse quelque chose de plus. Car il a été dit ci-dessus que, dans de nombreux contrats, on peut stipuler en dehors de la nature propre du contrat.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXLIII. Les intérêt d'un capital à rendre après un certain temps, celui-ci n'ayant pas été payé, continuent de courir comme, contre C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 7, autrefois approuvée dans une décision de la Cour, la Cour l'a elle-même jugé chez Loenius, *Decisiones et observationes*, cas. 29.]

§ 9. Certains [433] pensent qu'une telle chose, avec le droit **[304]** naturel, serait en opposition, ce qui ne peut pas être accepté aussi en général [434]. Il est bien vrai qu'étant pris strictement en dehors du précepte du droit, à savoir d'après l'amour que les hommes ont à montrer entre eux, en particulier envers leurs bonnes connaissances et concitoyens, l'un ayant un superflu, il est convenable que cela vienne au profit de l'autre dans son manque. Mais, dans un tel cas, selon que la nécessité est si grande, il est convenable que l'on fasse une telle chose non seulement sans attendre quelque chose en dehors du prêt, mais aussi si l'on sait que l'on recevrait pas en retour le prêt [435]. De l'autre côté, si la nécessité ne presse pas, mais que celui qui reçoit quelque chose en prêt est capable, sans mal, de redonner

---

[433] (Note de Groenewegen) Voir Leonard Lenaert Leys, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 20, dubit. 4 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, III, cap. 1.

[434] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. XII, § XX ; André Rivet, *De casibus conscientiæ decalogi*, præcept. 8, p. 285 avec les suivantes ; Zepper, *De legibus mosaicis*, liv. IV, cap. 25 ; Wilhelm Amesius, *De conscientiæ, ejus jure et casibus*, liv. V, cap. 44, quæst. 2 ; Charles Dumoulin, *De usuris*, nb 11 ; Pacius sur C. 4, 32 *(Des intérêts)*, nb 36 jusqu'à la fin ; Saumaise, *De fœnore* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 32 *(Des intérêts)*.

« XX. – 1. À propos du prêt de consommation, on a coutume de demander en vertu de quel droit sont interdits les intérêts. Et quoique l'opinion la plus reçue soir qu'ils sont interdits en vertu du droit naturel, d'Avila pense cependant le contraire. Les arguments qui sont invoqués en faveur de l'autre parti ne paraissent pas être tels qu'ile entraînent l'assentiment. Car ce que l'on dit du prêt de consommation, qu'il est gratuit, on peut en dire autant du commodat, quoique pourtant il ne soit pas illicite d'exiger un prix pour l'usage de la chose, et que cela ne fasse que changer le nom du contrat. Il n'y a pas plus de force dans ce qu'on dit que, de sa nature, l'argent est stérile, car l'industrie des hommes a rendu productives les maisons et autres choses, infécondes de leur nature. On argumente d'une manière plus spécieuse en disant qu'ici, on rend chose pour chose, et que l'usage de la chose ne pouvant être distingué de la chose elle-même, puisqu'il consiste dans le fait de la consommer, rien ne doit par conséquent être exigé pour cet usage.

*2. Mais il faut observer que lorsqu'on dit que le sénatus-consulte qui a établi l'usufruit des choses qui se détruisent par l'usage, ou dont la propriété passe à celui à qui on les prête, n'a cependant pas fait que ce fût un usufruit proprement dit ; il s'agit du mot usufruit, lequel, certainement, suivant sa signification propre, ne convient pas à un tel droit. Il ne s'ensuit pourtant pas qu'un tel droit ne soit rien, ou qu'il ne soit pas susceptible d'estimation ; puisqu'au contraire il est certain que si on cède un tel droit au propriétaire, on peut exiger de l'argent à ce titre. De même, le droit de ne rendre l'argent ou du vin portés, qu'après un temps déterminé, est quelque chose de susceptible d'estimation, car celui-là paie moins, qui paie moins tôt. Aussi, dans l'*antichrèse*, l'usage de l'argent est compensé par les fruits du fonds. Quant à ce qui est dit par Caton, Cicéron et Plutarque, et par d'autres, contre les intérêts, cela ne regarde pas tant la chose en elle-même que les circonstances qui, la plupart du temps, l'accompagnent et en sont la conséquence.*

3. Mais quelque sentiment qu'on en ait, la loi donnée par Dieu aux Hébreux doit nous suffire, laquelle défend aux Hébreux de prêter aux Hébreux de l'argent à intérêt. Car la matière de cette loi est, sinon nécessaire, du moins moralement honnête ; aussi est-elle rangée au nombre des autres choses les plus morales par le Psaume XV, suivant les Hébreux, XIV selon les Latins, et dans Ezéchiel, chap. XVIII. Or, les choses de cette nature obligent aussi les chrétiens, comme appelés à donner de plus grands exemples de vertus ; et les devoirs dont on était tenu envers un Hébreu ou autre individu circoncis - car la condition du circoncis et de l'Hébreu était pareille - sont dus maintenant à tout homme : toute différence entre les peuples ayant été supprimée par l'Évangile, et la signification du mot de prochain *ayant reçu une plus large extension. (…) ».*Cf. trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 343-344.

[435] (Note de Groenewegen), Voir Lc 6, 35.

« 35. Au contraire, aimez vos ennemis, faites du bien et prêtez sans rien attendre en retour. Votre récompense alors sera grande, et vous serez les fils du Très-Haut, car il est bon, Lui, pour les ingrats et les méchants ».

autant et plus, ainsi cette raison n'a pas lieu ; car le droit naturel nous oblige à ne pas rechercher l'avantage d'autrui en dehors du nôtre [436].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 433, 434 et 435 de Groenewegen van der Made**

Sous ces numéros et les suivants, l'auteur enseigne, comme dans les notes sur Lc 6, 35, que des intérêts modiques sont tout à fait licites. Il y a cependant de quoi vous étonner que ce même Grotius, alors qu'il écrivait sont ouvrage sur *Le droit de la guerre et de la paix* à Paris, dans le liv. II, chap. XII, § XX ait embrassé clairement une sentence diamétralement contraire, du fait qu'il a enseigné ici que devait nous suffire la loi donnée par Dieu aux Hébreux qui interdisait que les Hébreux prêtent aux Hébreux de l'argent à intérêt ; ce qui est de cette sorte, dit-il, oblige aussi les chrétiens, comme appelés à de plus grands modèles de vertu. Cependant, Barbeyrac, dans ses notes en français sur ce passage, nb 9, signale cependant que l'auteur avait par la suite changé sa sentence et il indique à cette fin l'endroit de l'auteur, de même, les notes sur Luc.

Mais en cela, l'illustre homme se trompe, du fait que c'est le contraire qui est tout à fait vrai ; car il a écrit cet ouvrage quand il était enfermé en prison, comme je l'ai déjà relevé, liv. II, chap. XXX, sur les §§ 2 et 3, comme aussi les notes sur Luc, lorsque, par la suite, libéré de prison, en 1623, il a transpiré sur son ouvrage *Le droit de la guerre et de la paix*, et que, l'année suivante, il s'est occupé de le confier aux imprimeurs, comme ledit lui-même Barbeyrac dans sa préface sur Grotius, p. 6. Déjà, en aucune façon, il ne peut être fait en sorte que la première sentence déroge à la suivante. Séduit par l'autorité de Barbeyrac, Formey, dans ses *Mélanges philosophiques, examen de l'usure, suivant les principes du droit naturel*, p. 216, dans la note, signale que Grotius avait naguère modifié sa sentence.

Il est plus que clair que, sous la nouvelle alliance, le Sauveur lui-même n'avait pas condamné les intérêts à partir de la parabole dans Mt 25, 27, et Lc 19, 23.

Cependant, selon le droit canonique, il est connu de n'importe qui que les intérêts même modiques sont tout à fait interdits et cela à raison de Lv 25, 37, que ceux qui s'adonnent aux lettres sacrées romaines interprètent ainsi : *tu ne donneras pas à ton frère ton argent à intérêts et tu n'en exigeras des fruits surabondants*. Mais, selon notre version, ici, les intérêts ne sont pas interdits, mais l'intérêt de l'argent prêté. En outre, l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, § XVI, entreprend de prouver que la loi mosaïque donnée aux Juifs par Dieu oblige ce seul peuple et ainsi aussi, [le dit] Barbeyrac dans sa note.

Quoi qu'il en soit, à raison de la religion qu'il professe, de Réal proscrit les intérêts, bien que, quant au droit politique, il les ait comptés si nécessaires que, ceux étant entièrement abrogés, il signale qu'il a mis tout sens dessus dessous et que la République elle-même est menacée de ruine, voir *La science du gouvernement*, t. VI, p. 136 et suivante. À partir de ces principes du droit pontifical, Damhouder désapprouve les intérêts (par Charles Quint et son fils Philippe II et par les conseillers), voir *Praxis rerum civilium*, cap. 105, nb 5, et Thulden dans ses notes, lettre G, p. 183. Cependant, Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 30, defin. 1, nb 5, ajoute avec la plupart que, cependant, l'argent doit être donné aux pauvres en prêt sans aucun intérêts, et en cela, joue Pr 28, 8. Aujourd'hui, dans l'empire Romano-germanique, à partie du recès impérial de 1600, § 179, Franck, dans ses *Institutiones juris cambii*, lib. II, sect. 1, tit. 8, § 6, et Heinecke, *Grondbeginselen van't wiselrecht (Principes fondamentaux du droit de change)*, chap. II, § 20, enseignent que les intérêts sont licites. À partir de ceux-ci, la thèse sera la suivante : les intérêts modiques sont ordinairement licites, le prêt à intérêt de l'argent est illicite et funeste aux chrétiens. De là aussi, dans le synode de Dordrecht de 1754, les Lombards étaient écartés de la sainte cène, voir Jan Wagenaar, *Amsterdam in zyn opkomst, aanwas etc (Amsterdam dans son futur, ses progrès etc.)*, chap. VII, p. 113.

Bien que, dans notre droit, les intérêts soient licites, ils ne sont ordinairement pas ajoutés quand aucune pénalité n'a été ajoutée à un contrat, si ce n'est le commencement du débat judiciaire, ou comme d'autres le portent, depuis le jour de la citation en justice, mais non pour

[436] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 34, 6.

Constitution de Claude adressée à Aulus Priscus et donnée en 270 : *« Le gouverneur de la province, pour l'usage de l'eau que tu allègues couler à partir d'une fontaine t'appartenant, ne permettra pas que tu en sois privé contre la forme de la coutume établie, du fait qu'il est rigoureux et proche de la cruauté que le cours de l'eau né à partir de tes terres pour tes champs qui ont soif soit étendu avec une injustice à l'usage d'autrui ».*

un retard extrajudiciaire, à l'exception de certains cas, comme dans une vente, pour les intérêts des legs et des fidéicommis, pour les espèces [monétaires] déposées chez un consignataire, comme nous l'avons déjà vu chap. VII, § 12, sur la note 372, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 37 *(Du contrat et de la mise à exécution de la stipulation)*.]

§ 10. La preuve qui est prise de l'équivalence ne satisfait pas aussi la chose ; car, excepté le fait que chacun peut promettre quelque chose librement au-dessus de ce qui est équivalent, comme cela est vu ci-dessus, ainsi, il peut aussi être dit que celui , pour cent tonneaux de vin, sur un an, reçoit cent tonneaux, de façon la plus stricte, n'est pas satisfait ; la raison en est qu'il avait pu échanger cent tonneaux de vin pour une pièce de terre qui est de valeur équivalente et il tiendrait alors non seulement cette terre en propriété, mais il aurait aussi gardé les fruits de cette année ; bien que ces fruits soient incertains, cependant, cette incertitude est quelque chose qui a une valeur. Car, pour cet espoir de fruits incertains, il pourrait recevoir certaines pintes de vin. Cela sera vu encore plus clairement dans le cas où l'on suppose que, pour ces tonneaux de vin, il recevrait une maison et le loyer qui en est tiré, d'une façon telle que l'on regarde la chose de **[305]** façon très précise, comme quelqu'un qui a prêté à un autre quelque chose à usage n'est pas pleinement reconnu, lorsqu'il n'obtient pas en retour l'objet utilisé, mais alors, seulement lorsque quelque chose de semblable à utiliser lui est redonné ; ainsi aussi, l'équivalence ne semble être accomplie que lorsque j'ai prêté pour un an cent tonneaux de vin et qu'il me prête en retour cent tonneaux pour un an ; et, puisque ceci n'est pas toujours à propos et néanmoins, qu'ils ont pour un an quelque chose est est évaluable (pour cela, en général, par tous les juristes, il est entendu que celui qui est immédiatement tenu de quelque chose est plus tenu que celui qui est tenu de quelque chose à une certaine date [437]) ainsi, il n'est pas

---

[437] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 33.

« § 33. Si quelqu'un, en agissant en justice, dans son intentio*, a embrassé plus qu'il lui appartient, la cause tombait, c'est-à-dire qu'il perdait le bien et n'était pas facilement remis dans son état initial par le préteur, à moins qu'il ne fût un mineur de [moins de] vingt-cinq ans. À celui-ci, en effet, dans les autres causes, la cause une fois connue, il donnait un secours si, dans son jeune âge, il avait été trompé, ainsi, dans cette cause, il était ordinairement secouru. Assurément, si une si grande cause d'erreur intervenait qu'aussi, quelqu'un de très constant puisse être trompé, aussi, à un majeur de vingt-cinq ans, il donnait un secours, comme si quelqu'un réclamait un legs en entier, que, par la suite, un codicille ait été fait dans lequel une partie du legs serait enlevée ou qu'à certains autres, des legs serait donnés qui faisaient que le demandeur serait considéré avoir demandé plus des trois-quarts et, pour cette raison, avec la Loi Falcidia, les legs étaient diminués. 33a. Il est demandé plus de quatre façons : avec le bien, avec le temps, avec le lieu et avec la cause. Avec le bien : comme si quelqu'un, pour dix pièces d'or qui lui étaient dues avait demandé vingt [pièces d'or] ou si celui auquel le bien, pour partie, appartient, avait soutenu que celui-ci en entier ou pour sa plus grande partie, était le sien. 33b. Avec le temps : comme si quelqu'un, avant le terme ou avant la [réalisation de la] condition, l'avait demandé. Avec cette raison, en effet, celui qui paie plus tardivement qui devrait payer est entendu payer moins, avec la même raison, celui qui, de façon prématurée, réclame est considéré réclamer plus. 33c. Avec le lieu, il est demandé plus, comme quand quelqu'un a stipulé qu['il lui soit donné] dans un certain endroit, dans un autre endroit, réclame sans rappel du lieu dans lequel il avait stipulé qu'il lui soit donné ; par exemple, si quelqu'un avait stipulé ainsi "à Éphèse, promets-tu de donner ?" et qu'à Rome, il soutient purement il faisait que cela lui soit donné. Pour cette raison,, il est entendu avoir réclamé plus, parce que l'utilité que le promettant avait, si, à Éphèse, il payait, il la perd avec cette simple volonté ; pour cette raison, à celui qui, dans un autre endroit, réclame, une action arbitraire est proposée dans laquelle il est tenu compte de l'utilité qui, au promettant, allait se présenter, si, dans cet endroit, il payait. Cette utilité est, en général, trouvée très importante pour les marchandises, comme pour le vin, l'huile, le blé qui, dans chaque région, ont des prix différents ; mais l'argent payé, dans toutes les régions, n'est pas prêté avec les mêmes intérêts. Cependant, si quelqu'un, à Éphèse, réclame, c'est-à-dire réclame à l'endroit dans lequel il a stipulé qu'il lui soit donné, avec une simple action il agit à bon droit, à savoir parce que l'utilité du paiement est sauvegardée pour le promettant. 33d. De celui qui, dans un endroit, est entendu demander plus est proche celui qui, avec une cause, réclame plus ; comme par exemple si quelqu'un a stipulé de toi "promets-tu de donner l'esclave Stichus ou dix pièces d'or ?", qu'ensuite, il demande l'un ou l'autre des deux choses, comme l'esclave seulement ou les dix seulement. Pour cette raison, il est entendu demander plus, parce que, en cette espèce de stipulation, au promettant, le choix appartient [de savoir] si préfère payer l'esclave ou les dix [pièces d'or] ; celui qui soutient que seulement l'esclave ou seulement l'argent doit lui être payé enlève le choix à son adversaire et, de cette façon, rend sa condition meilleure, mais celle de son adversaire, plus mauvaise. Pour cette raison, dans cette affaire, a été avancée une action telle que quelqu'un soutienne que l'esclave Stichus ou les dix pièces d'or doivent lui être donnés, c'est-à-dire pour qu'il les demande de la même façon avec laquelle il a stipulé. En outre, si quelqu'un, de façon générale, a stipulé un esclave et demande spécialement Stichus ou, de façon générale, du vin et, spécialement réclame du Campanien, ou qu'il a stipulé de façon générale, de*

surprenant que cela, par la mesure commune, à savoir par de l'argent, soir mesuré, ce qui doit avoir au moins autant lieu ou plus là où de l'argent est prêté ; car, bien que l'on dise que l'argent, en lui-même, ne prote pas de fruit, cela ne fait ainsi rien à la chose, vu que la loi et de l'usage des hommes ont rendu l'argent frugifère, d'une façon telle que ce que nous avons dit ci-dessus de l'usufruit de l'argent doit aussi être adapté à cette affaire. Car il est connu que quelqu'un qui se voit faire un usufruit d'argent pourrait vendre le profit de cet usufruit ; il y a ainsi alors qu'avoir de l'argent pour redonner de l'argent a de la valeur. Supposons pour entendre encore plus clairement que j'avais prêté mon argent pour certaines marchandises à la condition que j'aurais de nouveau mon argent après un certain temps et que je ne supporterais aucun préjudice du contrat, mais que, si un profit en tombait, je le partagerais, cette convention est tenue pour équitable [438]. Supposez en outre que, ne voulant pas attendre ce gain incertain, j'ai vendu cette attente à un tiers qui m'avait non seulement promis de redonner mon argent, mais aussi plus en sus, cette convention est avec cela tenue pour équitable [439]. Ici, je serais au moins assuré de mon argent, aussi de tirer

---

la pourpre et, ensuite, demande la Tyrienne, il est entendu demander plus, parce qu'il supprime le choix à son adversaire auquel, selon la loi de la stipulation, il était libre de payer autre chose que ce qui était demandé ; mieux, aussi, bien que soit de très peu de valeur ce que quelqu'un réclame, il n'est pas moins entendu réclamer plus, parce qu'il arrive souvent qu'au promettant, il soit plus facile de payer ce qui ce qui est d'un plus grand prix. 33e. Mais cela était antérieurement en usage ; par la suite, la loi de Zénon et la nôtre (cf. C. 3, 10, 1 et 2) *ont condensé la chose. Si, certes, avec le temps, il était demandé plus, la constitution de Zénon de divine mémoire dit ce qui doit être établi ; mais, si au contraire, en quantité ou avec une autre mesure, il avait été demandé plus, si peut-être, un dommage était arrivé à celui contre lequel il avait été demandé plus, avec une condamnation au triple, comme il a été dit ci-dessus, il sera puni ».*

[438] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 30.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« Mucius, dans son livre XIV, écrit qu'une société ne peut être formée pour que l'associé supporte une part de dommage et une autre part de profit. Servius, sur les remarques de Mucius, dit qu'une société ne peut être ainsi contractée ; en effet, un profit n'est pas entendu, si ce n'est une fois déduit tout le dommage, et un dommage, si ce n'est une fois déduit tout le profit ; mais une société peut être formée d'une façon telle que soit supportée une part du profit de ce qui est de reste dans la société et que soit prise une autre part du dommage de ce qui est semblablement laissé ».*

[439] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 19, 1, 12 ; D. 18, 1, 8 § 1.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Mais, si, non à raison d'une rémunération, mais principalement pour donner, au garant, [le créancier] a fait remise de l'action, avec l'action de mandat, il n'agira pas en justice. 1 - Aussi Marcellus dit-il que, si quelqu'un qui va donner au garant a pour lui payé au créancier, le garant a l'action de mandat. 2 - Clairement, dit-il, si un fils de famille ou un esclave, était garant et que pour eux, j'ai payé pour leur faire un don, le père ou le maître, n'agira pas avec l'action de mandat. Cela, parce que ce n'est pas au père qu'il a voulu que cela soit donné. 3 - Clairement, si l'esclave comme garant a payé, Marcellus dit de même qu'avec l'action de mandat, le maître n'agira pas en justice. 4 - Si le fils de famille, sans l'ordre de son père, a donné garantie, l'action de mandat cesse, s'il n'y a rien dans le pécule ; si, sur l'ordre [de son père], à partir du pécule, cela a été payé, beaucoup plus, le père a l'action de mandat. 5 - Si, à un fils de famille, j'ai donné mandat de payer pour moi, Neratius dit que le père, qu'il ait payé lui-même ou son fils à partir de son pécule, avec l'action de mandat, agira en justice, ce qui a sa raison ; en effet, il ne m'importe en rien [de savoir] qui paie. 6 - Si, à un fils de famille, j'ai donné mandat de payer pour moi et, qu'ayant été émancipé, il paie, il est vrai qu'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, au fils, doit être accordée, mais le père qui, après l'émancipation, paie, a l'action de gestion d'affaires. 7 - Avec l'action en sens contraire, font valoir leur droit ceux qui ont assumé un mandat, comme par exemple, ceux qui se sont chargés de la procuration de biens ou d'un seul bien. 8 - De là, Papinien demande, quand le patron a ordonné à son affranchi de livrer le bien-fonds qu'il avait acheté et pour lequel il avait payé les deux-tiers du prix, afin que celui-ci lui rende le reste du prix, qu'ensuite, une fois le prix rendu à celui qui a vendu le bien-fonds au patron, l'affranchi y a consenti, si l'affranchi pourra réclamer le tiers du prix. Et il dit que, si, au début, l'affranchi s'est chargé du mandat et n'a pas reçu ce qui a été donné, par une action en sens contraire, il peut réclamer ce prix qui, une fois déduits les loyers que, dans le temps intermédiaire, il a perçus, subsiste ; si le patron a fait une donation à l'affranchi, l'affranchi est considéré, par la suite, au patron l'avoir donnée. 9 - Si, à moi, tu as donné mandat d'acheter pour toi quelque bien et que moi, je l'ai acheté avec mon argent, j'aurai une action de mandat pour récupérer l'argent ; mais, si [c'est] avec ton argent et que, cependant, j'ai dépensé quelque chose de bonne foi pour l'achat du bien, il y aura l'action de mandat en sens contraire ; ou bien, si tu ne veux pas recevoir le bien acheté, et si tu as donné un autre mandat et que j'ai sur cela une dépense. Non seulement j'obtiendrai ce que j'ai dépensé, mais aussi les intérêts. Aussi doit-on permettre les intérêts sur le fondement d'un retard, mais le juge doit les évaluer, si quelqu'un les réclame de son débiteur et les a payés, du fait qu'il obtiendra des intérêts plus élevés ; en effet, il sera très juste que l'on tienne compte de cette chose ; ou bien, si celui qui a lui-même emprunté avec de plus lourds intérêts les a payés. Mais, s'il n'a pas déchargé le débiteur des intérêts, mais que, pour lui-même, les intérêts sont absents ou s'il l'a déchargé de plus bas [intérêts], mais que lui-même reçoit le prêt avec de plus importants [intérêts], pour libérer sa foi, je ne doute pas qu'il doive, avec l'action de mandat, obtenir les intérêts. Et (comme*

[306] quelque chose pour m'en être passé ; pourquoi ne pourrais-je pas faire alors ce qu'il me serait permis de faire par un tiers directement et sans détours en stipulant l'effacement de mon argent pour autant qu'en tenant compte du risque, probablement avec cet argent par l'achat d'un terre, d'une maison ou par un commerce j'aurais gagné la valeur retirée de l'assurance ? Cela ne ne s'oppose pas ici à ce que l'on dit que, par un prêt d'argent, la propriété est aliénée et que les fruits appartiennent au propriétaire. Car une telle chose est bien vraie ; mais que je fasse pour la commodité de quelqu'un qu'il puisse gagner quelque chose ce que j'avais pu gagner est suffisamment raisonnable pour stipuler quelque chose en retour. Supposez que je doive de l'argent à quelqu'un pour quelques mois sous la condition qu'à la date fixée, il ne paie pas autant, il devra me donner autant pour le fait de m'être passé de mon argent. Cela est tenu par cela par chacun pour équitable et permis [440].

---

cela a été établi dans une constitution), le juge jugera le tout en équité (ex æquo et bono). *10 - Je t'ai remis de l'argent pour qu'à mon créancier, tu le paies ; tu ne l'as pas fait ; tu me paieras des intérêts dans le cas où, de moi, le créancier aura reçu l'argent dû avec des intérêts ; et c'est ainsi que l'empereur Sévère l'a dit dans un rescrit [adressé] à Hadrianus Demontrates. 11 - Si un jeune homme voluptueux te donne mandat, afin qu'en faveur d'une prostituée, tu donnes une garantie et que, toi le sachant, tu t'es chargé du mandat, tu n'auras pas l'action de mandat, parce que c'est comme si, sachant que tu allais perdre l'argent, tu l'avais prêté. Mais, si, sans détour, en allant plus loin, il t'a donné mandat, afin qu'à la prostituée, tu prêtes l'argent, il ne sera pas obligé par l'action de mandat, comme si, contre la bonne foi, le mandat se trouvait. 12 - Alors que quelqu'un a écrit une telle lettre à son ami : "je te demande de tenir pour recommandé [par moi] mon ami Sextilius Crescens", il ne sera pas obligé par une action de mandat, parce que [la lettre] a été écrite plus pour recommander l'homme que pour donner un mandat. 13 - Si quelqu'un a donné mandat à un fils de famille de prêter de l'argent à [une personne] qui ne le reçoit pas à l'encontre du sénatus-consulte [Macédonien], mais pour cette raison à partir de laquelle il sera tenu quant au pécule* (de peculio)*, quant à la restitution de ce qui est parvenu dans l'avoir du père de famille* (de in rem verso) *ou quant à ce qui [s'est fait] sur son ordre* (quod jussu)*, le mandat sera licite. Je le dis de façon plus large, si, alors que je doute [de savoir] si, à l'encontre du sénatus-consulte [Macédonien], il l'a reçu et dit "à mon risque, prête, tu prêtes de bonne façon" ; je pense qu'il y a lieu à un mandat et que, par une action de mandat, il est tenu. 14 - Si, après un prêt d'argent, je t'ai donné mandat de prêter à mon créancier, Papinien dit très justement que le mandat est nul. Clairement, si, pour que tu attendes et que tu ne presses pas le débiteur au paiement, je t'ai donné mandat pour que tu lui donnes une pause, je dirai qu'à mon risque, l'argent sera, mais je pense que tout le risque de la dette doit appartenir au mandant. 15 - De même, il dit que, si un tuteur a donné mandat d'assumer ou de prouver, une dette qu'il a faite, il est tenu par l'action de mandat, à savoir parfois envers son pupille ou envers le curateur de celui-ci. 16 - Si j'ai donné mandat de réclamer l'argent et qu'ensuite, j'ai modifié ma volonté, y aura-t-il une action de mandat pour moi ou pour mon héritier ? Marcellus dit que l'action de mandat cesse, parce que le mandat s'est éteint, une fois la volonté finie. Si tu avais donné mandat de le réclamer, qu'ensuite, tu l'as interdit et que tu as reçu l'argent réclamé, le débiteur sera libéré. 17 - De même, Marcellus écrit que, si, pour qu'après sa mort, un monument lui soit fait, quelqu'un a donné mandat, son héritier pourra agir en justice avec l'action de mandat. Mais celui qui s'est chargé du mandat, s'il l'a fait avec son argent, je pense qu'il agit en justice avec l'action de mandat, si, pour lui, le mandat n'est pas d'une façon telle qu'il fasse le monument avec son argent. En effet, il pouvait aussi agir en justice contre celui qui a donné mandat qu'à lui, il remette l'argent pour le faire, surtout si, déjà, il a préparé certaines choses pour le faire ».*

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Parfois cependant, on entend une vente sans bien, comme lorsque l'on achète un risque, ce qui est fait, quand on achète une capture de poissons, d'oiseaux ou de choses abattues avec des flèches ; en effet, une vente est contractée, aussi, si rien n'est tombé, parce qu'il y a achat d'un espoir ; quant à ce qui a été capturé avec des flèches, dans ce cas, si l'on en a été évincé, aucune obligation sur le fondement de l'achat n'est contractée à ce titre, parce que cela est entendu avoir été fait ».*

[440] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 40.

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« A été lue dans l'audience d'Æmilius Papinien, Préfet du prétoire, le jurisconsulte, une garantie de cette sorte : "Lucius Titius, j'ai écrit que j'avais reçu de Publius Mævius un prêt de quinze qui m'ont été payés de son domicile et ces quinze de bon aloi, à bon droit, Publius Mævius a stipulé qu'ils soient remis durant les calendes futures ; moi, Lucius Titius, j'ai promis ; si, à la date ci-dessus écrite, la somme, à Publius Mævius ou à celui auquel cette affaire reviendra, a été remise et payée ou qu'à ce titre, il n'aura pas été fait satisfaction, alors, plus largement, avec l'intention qu'après, je la paie, à titre de pénalité, Publius Mævius a stipulé que, tous les trente jours et pour cent deniers, un denier soit donné et moi, Lucius Titius, je l'ai promis. Il est convenu entre nous qu'en faveur de Mævius, à partir la somme ci-dessus écrite, je devrai rendre trois cents deniers mensuels de toute la somme à lui ou à son héritier". Il a été demandé [ce qu'il en était] quant à l'obligation des intérêts, parce que le nombre des mois qui, pour paiement, se présentait, était passé. Je disais que, parce que les pactes faits dans l'immédiat sont crus, dans la stipulation, être présents, ils sont de la même manière que si, durant chaque mois, ayant stipulé un argent certain jusqu'à ce que, plus tardivement, il soit payé, il avait ajouté des intérêts ; en conséquence, le premier mois étant terminé, les intérêts du premier versement couraient et, semblablement, après la seconde et la troisième période, que les intérêts du versement de l'argent non payé augmentaient et que les intérêts du capital non payé ne pouvaient pas être réclamés avant que le capital lui-même ait pu être réclamé. Mais, [pour ce qui concerne] le pacte qui a été*

Pourquoi quelqu'un ne pourrait-il pas alors prêter à un autre de l'argent pour quelques semaines ou quelques jours et, à défaut de paiement, stipuler comme ci-dessus ? Mais, puisque les gens s'y adonnent communément trop en stipulant au tant qu'ils peuvent obtenir, ce par quoi les hommes pauvres ou ladres qui pensent gagner beaucoup avec cet argent, avec le temps, sont enrichis par l'usure, ainsi, ce n'est pas ici vainement envisagé par la loi civile [441]. Dans notre pays, entre les citoyens communs, il est permis de stipuler un intérêt de six pour cent par an [442] ; mais, parmi les marchands, bien que le gain soit plus important et que, pour cette raison, aussi, la privation soit estimée plus élevée, il est permis de stipuler douze pour cent par an [443] ; mais accumuler les intérêts au capital [444] et en

---

ajouté, certains disent qu'il regarde seulement le capital, non aussi les intérêts qui, en première part, simplement, dans la stipulation, étaient entrés et que ce pacte, seulement pour une exception, était utile ; c'est pourquoi, l'argent n'ayant pas été payé avec les versements fixés, à partir du jour de la stipulation, les intérêts sont dus, comme si, nommément, cela avait été dit. Mais, lorsque la réclamation du capital a été retardée, il est logique qu'aussi, les intérêts, à partir du moment où il a commis un retard, s'ajoutent et si, comme celui-ci le pense, pour une exception seulement, est utile le pacte (bien qu'une opinion différente ait réussi), cependant, l'obligation des intérêts, selon le droit lui-même, ne sera pas exécutoire ; en effet, n'est pas en retard celui duquel l'argent, à cause de l'exception, ne peut pas être réclamé. Mais nous stipulons le montant qui, dans le temps intermédiaire, peut être rassemblé, alors que la condition s'est réalisée, de même qu'il se trouve sur les fruits ; de même, pour les intérêts, on peut dire qu'à la date où l'argent non payé se présente, au titre des intérêts, à partir du jour de l'intervention de la stipulation, il sera payé ».

[441] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 32, 26.

Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 528 : *« Ceux qui, avec une action principale, par une exception de trente ou quarante ans, [action] personnelle ou hypothécaire, sont tombés ne peuvent pas sur les intérêts ou le fruits soulever quelque question du temps passé en disant qu'à partir de ce moment, ils voulaient que leur soit payé ce qui se rapportait aux trente ou quarante années passées en affirmant que chaque année, des actions pour cela naissaient ; en effet, l'action principale ne subsistant pas, il est suffisamment vain que, sur les intérêts ou les fruits, le juge en connaisse encore. 1 - Mais au sujet du montant des intérêts, nous avons aussi introduit qu'il était nécessaire de faire une mention spéciale, en ramenant que la dure et très lourde charge de ceux-ci à un juste milieu. 2 - C'est pourquoi nous ordonnons aux personnes marquantes ou à celles qui leur sont supérieures, qu'il ne soit nullement permis de stipuler dans un contrat quelconque de peu ou de très grande valeur, au titre des intérêts au-delà de 4 % ; que ceux qui dirigent les boutiques, ou s'occupent de quelque affaire licite, limitent leur stipulation à 8 %. Dans les contrats de transport [d'argent] ou les donations en intérêts de denrées, [nous ordonnons] que l'on ne stipulera que jusqu'à 12 % sans les dépasser, quoique cela ait été autorisé par les anciennes lois ; que tous les hommes puissent stipuler au titre des intérêts seulement 6 % d'intérêts, , que ce taux d'intérêt ne soit dépassé en aucune façon dans tous les autres cas dans lesquels il est d'usage de réclamer des intérêts sans stipulation. 3 - Il ne sera pas permis au juge d'augmenter le taux à l'occasion de coutumes maintenues dans les régions. 4 - Si quelqu'un fait quelque chose contre la disposition de cette constitution, il ne disposera absolument d'aucune action pour ce qui dépasse et, s'il l'a reçu, il sera contraint de l'imputer sur le capital, étant interdite la possibilité aux créanciers de retirer quelque chose de l'argent donné à intérêts ou de retenir 1/6 de scrupule, des sportules ou pour n'importe quelle autre raison. Car, si quelque chose de cette sorte avait été fait, la dette, dès le commencement, serait diminuée de ce montant, de sorte que tant la part à diminuer que ses intérêts se voient interdire d'être réclamées. 5 - Les machinations aussi des créanciers qui, à partir de cette loi, se voyant interdire de stipuler des intérêts plus élevés, en soumettent d'autres, mesurés, envers lesquels cela n'a pas été interdit, supprimant cela, nous commandons que, si quelque chose de tel avait été tenté, les intérêts soient comptés, comme il est nécessaire, si celui-là même qui a interposé une autre personne avait stipulé ; dans ce cas, nous consacrons qu'il y a lieu à déférer le serment ».*

[442] (Note de Groenewegen) Lorsque, pour une dette, aucun gage ou une autre sécurité n'est donné, il est permis de stipuler sept ou huit pour cent ; mais une telle chose étant faite, le Cour de Hollande n'adjuge pas plus de sept pour cent, le Haut Conseil, pas plus de seize pour cent, voir Cooren, *Observationes*, obs. 4. Mais, certains gains étant stipulés, le gain n'est pas plus grand pour les marchands que seize pour cent, voir Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 293. Mais maintenant, depuis la réduction générale des intérêts du pays commun à vingt pour cent, une chose différente a été jugée par la Cour de Hollande, voir en argument D. 21, 1, 21 § 20. Et ce qui est payé en plus est utile pour un amoindrissement du montant du capital, voir Cooren, *Observationes*, obs. 4 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit ; 14, defin. 7.

[443] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540, art. 5 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De usuris*, decis. 3.

[444] (Note du traducteur) Grotius rajoute le terme latin dans la marge qui qualifie cette opération appelée *anatocismus* ou "anatocisme".

stipuler de nouveau un gain est, avec une grande raison, interdit [445], parce que les gens qui ne remarquent pas les conséquences, en sont fondamentalement ruinés.

[**Note de Willem Schorer sur la note 437 de Groenewegen van der Made**

Celui qui paie plus tardivement qu'il aurait dû payer est entendu payer moins ; avec la même raison, celui qui est considéré demander plus de façon prématurée, comme il le tient dans la note citée sur les *Institutes*, IV, vi, § 33, voir Reinking, *De retractus quæstionibus*, lib. IV, tit. 6, quæst. 6, nb 35, p. 221, à un tel point que celui qui demande avant la date tombe de la cause avec les frais, voir Parladorio, *Rerum quotidianraum et politicarum sesquicenturia*, lib. II, nb 22, p. 382.]

[**Sur la note 442 de Groenewegen van der Made**

Quant aux limites auxquelles les intérêts ont été réduits, on peut voir ce que nous avons relevé liv. I, chap. IX, § 10, sur la note 193 aux mots *d'une valeur de 6 %*.]

[*Mais, parmi les marchands*. J'ai déjà relevé, liv. I, chap. IX, qu'il était permis à un marchand de stipuler des intérêts plus lourds, l'avarice et l'habileté des hommes ayant cru ; cela leur a été permis par Charles Quint dans l'édit du 4 octobre 1540. Si, cependant, entre les marchands, rien n'est convenu sur les intérêts, seulement, les intérêts communs, à la faveur de l'usage de la région, peuvent être demandés pour un retard et Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 77, nb 4, rapporte que cela été ainsi jugé deux fois dans un jugement de révision, à l'exception de deux cas : I. si un assuré a obtenu du juge l'adjudication d'un paiement fiduciaire, car alors, la loi l'ordonnant, le demandeur doit donner garantie, s'il est jugé autrement par une sentence définitive, de rendre le capital avec un pourcentage d'intérêts, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 30, art. 33 ; Tobias Boel dans ses notes sur Loenius, cas. 21, aux mots *semblablement*. II. De façon générale, à raison d'un retard de paiement pour ce qui doit être payé tant par l'assureur que par l'assuré à raison de l'assurance, comme l'enseigne l'auteur ci-dessous, liv. III, chap. XXIV, § 19, sur la note 901.

En Zélande cependant et dans l'Outre-Meuse, à raison de la crainte d'inondation et de l'incertitude de l'hypothèque, il a été permis de stipuler 7 %, signale Loenius dans ledit cas. 21. [Savoir] sur quel droit s'appuie cette doctrine m'est inconnu et c'est pourquoi la foi est dans les mains de l'auteur, du fait qu'autrement, des intérêts immodérés sont imputés au capital, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 24, defin. 15, nb 4 et ici, Groenewegen dans la note.

Enfin, il faut observer que, dans les usages, des intérêts au-delà d'une autre quantité doivent être procurés et Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 78, nb 2, rapporte que cela a été jugé dans un jugement de révision dans le Conseil de Malines dans lequel lui-même intervenait, une sentence que Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 40, nb 14, selon son habitude, a savamment démontrée, comme aussi Carpzov, *Responsorum juris electoraliorum Libri sex*, lib. IV, tit. 6, resp. 48, signale qu'il a été jugé deux fois qu'au-delà d'une autre quantité, à raison d'un retard, des intérêts étaient dus, cela aussi au regard des fruits, lib. I, tit. 8, resp. 79, nb 4. Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 6, nb 15, rapporte que cela convient tout à fait aux usages de la Gueldre.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 9 et 10**

[445] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 28. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ce texte.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Afin qu"en aucune façon, les intérêts des intérêts, des débiteurs, ne soient pas réclamés, dans les anciennes lois, certes, cela avait été établi, mais non disposé très parfaitement. En effet, s'il a été accordé de ramener les intérêts dans le capital et de stipuler les intérêts de tout le montant, quelle différence y avait-il pour les débiteurs qui se voyaient réclamer en réalité les intérêts des intérêts ? Il était certain que, non pour les choses, mais avec des mots seulement, les lois posaient cela. 1 - Pour cette raison, avec cette loi très claire, nous déterminons qu'en aucune façon, il n'est permis à personne de ramener les intérêts du temps passé ou futur dans le capital et de stipuler de nouveau les intérêts de ceux-ci, mais, si cela s'était ensuivi, les intérêts, certes, restent toujours des intérêts et ils ne ressentent aucun augmentation d'autres intérêts, mais, à l'ancien capital, s'ajoute seulement l'augmentation des intérêts ».*

DXLIV. Dans la question [de savoir] si les intérêts seront licites, Grotius, dans cette rédaction écrite avant qu'il ait composé les livres sur *Le droit de la guerre et de la paix*, n'a pas considéré que cette sentence était autre que celle qui ici, dans le liv. III, chap. XII, § 20, nb 3, a été exposée, comme l'a cru Barbeyrac dans sa note en français sur ledit livre, note 9 ; lui-même ne lui était pas contraire, alors qu'il traite là du devoir imparfait du chrétien qui se tient à l'écart des intérêts profitables sans perte à partir d'une bienveillance et d'une charité, et ici, du droit parfait de celui qui, pour compenser l'utilité qu'un autre a reçue de son argent, stipule des intérêts et, par conséquent, il ne peut pas en être privé sans une perte.

DXLV. Quant au montant licite des intérêts, on a autrefois varié dans les sentences en Hollande. Mai la Cour, le 6 mai 1610, a décrété que l'on n'adjugerait pas des intérêts plus importants que, pour une hypothèque établie, 6, 25 %, et, dans une dette chirographaire, 7 %, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 311 ; Loenius, *Decisiones*, cas. 21. Également, la Cour Suprême a jugé le 31 juillet 1621 qu'il était licite, une hypothèque n'ayant pas été obligée, de promettre des intérêts de 7 ou 8 %, voir Cooren, *Observationes*, obs. 4 ; s'ils n'ont pas été promis dans une stipulation, Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 51, p. 199 au début, a approuvé des intérêts de 6 % en tant que communs ; cf. *Hollandsche consilien*, part. III, 2e st., cons. 79.

Dans les lois pupillaires aussi portées par les États, les intérêts de l'argent du pupille étaient divers, jamais plus importants que 8, 5 %. À Amsterdam, à l'occasion des lois quant à la table publique, il a été déterminé que les intérêts plus grands que 4 % ne seraient pas demandés, voir la loi du 24 décembre 1682, art. 1, et une autre du 27 janvier 1684, art. 1 ; *Handvesten* d'Amsterdam, p. 681 et suivantes. La Cour aussi a déterminé, après que les intérêts des dettes publiques ont été de 3 %, que des intérêts n'avaient pas semblablement été promis, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 71 et cela à bon droit certes, en argument D. 22, 1 *(Des intérêts, des fruits, des causes, de toutes les accessions et du retard)*, 37 ; la coutume du Rijnland, art. 103.

DXLVI. Mais, du fait que le montant des intérêts publics a été augmenté à un point tel que, pour l'argent prêté volontairement par les citoyens au trésor public, pour lequel des hypothèques sont obligées, 5 % avaient été promis en espèces ; aucune loi générale en Hollande ou romaine n'interdit des intérêts à 6 %, on ne considère pas illicite qu'au titre des intérêts, surtout pour une dette chirographaire, 6 % par an en espèces soient stipulés.

DXLVII. Ce que Charles Quint avait permis dans son édit de 1540, art. 8, aux marchands de stipuler un pourcentage d'intérêts doit s'entendre seulement pour une année ou un temps plus court, non de même quant à une période plus longue et, après le décret de la Cour de 1590, cela ne semble plus avoir été reçu dans l'usage, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Hollande*, decis. 248 ; à plus forte raison, il ne leur était pas permis de stipuler des intérêts plus hauts que 8%, voir C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 26 § 1 ; statuts d'Amsterdam du 28 novembre 1609, *Handvesten* d'Amsterdam, p. 540 ; cependant, par la suite, dans la coutume, ils ont été réduits à des intérêts à 5 % le 3 octobre 1658, voir les *Handvesten* d'Amsterdam, p. 541, mieux, à 3 % le 27 janvier 1741, voir de même, p. 520. Cependant, ces deux statuts sont considérés regarder seulement les intérêts qui sont dus pour un retard, non de même ceux qui ont été promis dans une stipulation. Il est toutefois fait à Amsterdam une exception 1°. Si l'achat-vente a été fait sans tenir foi quant au prix (*au comptant*), dans ce cas, 8 % sont maintenant aussi dus, voir les statuts du 30 janvier 1665 et du 27 janvier 1741, dans lesdits *Handvesten*, p. 520. 2°. Si, dans une cause d'assurance, le demandeur a demandé et obtenu avec une injure un paiement fiduciaire et que, par la suite, il succombe dans le procès principal. 3°. Si l'assureur condamné n'obéi pas immédiatement à la sentence définitive ; dans ces cas postérieurs, de même, 8 % d'intérêts sont dus, voir l'ordonnance des assurances et des avaries d'Amsterdam, art. 47 et 50.

DXLVIII. L'interdiction de l'anatocisme dans les intérêts privés est considéré regarder aussi les revenus annuels, quoique Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 28 , soit en désaccord.

DXLIX. Le montant des intérêts non payés ne peut pas dépasser le capital et à plus forte raison leur paiement fiduciaire ne peut pas être enjoint dans un jugement interlocutoire du juge, bien qu'une autre chose ait parfois agréé à la Cour chez van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 87, cap. 2, § 3, note (e).]

[§ 10a. On n'a aussi pas coutume de condamner quelqu'un plus fortement d'une somme impayée qu'au fait que celui-ci compte gagner autant que le capital] [446].

*

Chapitre XI
De la bomerie [ou du prêt à la grosse aventure] [447]

§ 1. Sous la ci-devant dite loi de ne pas stipuler en gain parmi les marchands au-dessus de douze pour cent, la BOMERIE [OU PRÊT À LA GROSSE AVENTURE] n'est pas comprise [448].

---

[446] (Note du traducteur) Ce passage a été rajouté dans le manuscrit retrouvé à Lund.

[447] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 2 et C. 4, 33 *(Du prêt maritime à intérêt)*.

Le titre en question du Digeste comprend 9 extraits et celui du Code, 4 constitutions.

[448] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle CVI. Voyez Dumoulin, *De usuris*, nb 93 avec les suivants.

Novelle de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 540 : *« [Préface] Nous avons entendu de ta grandeur la nouvelle à laquelle nous avons nous-mêmes procuré l'occasion. En effet, tu as rapporté que Petrus et Eulogios avaient supplié notre puissance impériale et qu'ayant exposé leurs affaires, ils avaient dit qu'ils prêtaient ordinairement de l'or à leurs patrons de navire ou à des négociants, en premier lieu, à ceux qui pratiquaient le commerce maritime et qu'ils avaient cette possibilité de vivre ces prêts maritimes eux-mêmes que notre loi appelle ordinairement trajectices, mais qu'ils tournaient en une crainte, lorsque des disputes en étaient de là nées et que, pour cette raison, ils demandaient que la coutume qui, pour ceux-ci, réussissait, soit rendue claire, d'une façon telle qu'aussi, notre ordre impérial, quant à celle-ci, soit publié qui ramènerait celle-ci à une forme très certaine ; c'est pourquoi nous t'avons commandé que tu aies connaissance de la nature de la dispute et que, quant à celle-ci, tu en fasses à nous le rapport, afin que nous embrassions dans cette loi perpétuelle ce qui serait considéré nous être devenu clair et que ta gloire, s'étant vu ordonner par nous, rassemble les patrons de navire auxquels, certes, des prêts de cette sorte ont été réglés et que tu demandes quelle était enfin l'ancienne coutume ; mais, en y ajoutant un serment, ceux-ci ont attesté qu'il y avait différentes mesures de prêts de cette sorte et, si, certes, aux créanciers, cela avait agréé, pour chaque sou de l'argent qu'ils avaient donné, ceux-ci chargeraient sur leur navire un boisseau de blé ou d'orge et qu'ils ne paieraient pas même à la faveur de celui-ci la redevance dans les pots publics, mais, pour autant que cela concerne les voyages, sans péage portuaire, ils navigueraient et que ceux-ci percevraient le fruit de l'argent qu'ils avaient prêté et qu'en outre aussi, pour dix pièces d'or, chacun recevrait autant au titre des intérêts [à la faveur de chaque décade d'or], mais que le risque regarderait les créanciers eux-mêmes à partir de ce qui serait arrivé ; mais, si les créanciers n'avaient pas choisi cette voie, ils percevraient le huitième pour chaque sou au titre des intérêts, non pour les payer à une certaine période, mais jusqu'à ce que le navire soit rentré sauf ; mais, selon cette mesure, il arrive peut-être qu'aussi, à un an, le délai soit étendu, si, certes, le navire est resté aussi longtemps à l'extérieur, afin qu'à ce point, il dispose d'un an ou de la fin de voyage ou aussi, le dépasse, mais, celui-ci étant revenu de plus loin, le délai est étendu à un mois seulement ou à deux mois et, à partir de trois, en vingt-quatrièmes [de sou], ceux-ci ont un profit, même si le délai si bref est passé ou même si, au-delà, la dette reste chez le débiteur ; mais, de même, cela vaut si les négociants entreprennent en retour un autre départ, d'une façon telle que, selon chaque chargement, la mesure soit définie, avec laquelle il faudrait que la dette demeure ou soit changée selon le pacte qui était convenu entre les parties quant à cette affaire ; si, après le retour, le navire qui sera sauf et qui, après le délai, ne pourra pas naviguer, ils étaient rentrés, seulement le terme de vingt jours, par les créanciers serait accordé aux débiteurs et rien, à raison de l'intérêt, n'est exigé pour les dettes jusqu'à ce qu'il arrive que le chargement soit vendu ; mais, si la dette demeure au-delà et n'est pas rendue, alors un intérêt de 8 % sera donné aux propriétaires de l'argent et, immédiatement, le prêt est modifié et passe en une sorte d'intérêts terrestres, les risques maritimes ne s'appliquant plus au créancier. Et nous affirmons que tous ont porté un témoignage avec un serment. Ce que tu nous as signalé, afin que nous consacrions ce qui nous aura semblé et, pour cette raison, tu disais l'avoir annoncé à notre puissance.*

Chapitre I : Nous, en conséquence, lisant que cela avait été fait et instruit de la cause, nous consacrons selon ce qui a été attesté en présence de la grandeur ainsi maintenant et par la suite, en tout temps, que cela tient, en ce que cela ne s'oppose pas aux lois posées, afin qu'il faille que, maintenant et pour le reste, selon une certaine loi propre pour les patrons de navire et les négociants, sur les procès de telles causes, cela soit observé et que, selon la mesure dite des accords ci-devant dits, l'issue soit ainsi faite et toutes les autres choses ont été attestées en premier auprès de ton siège, d'où elles tiendront selon une loi propre pour les patrons de navire et les négociants. En effet, cela a été observé ainsi durant de longues périodes et a tenu sans changement, comme les témoignages, auprès de ta gloire, ont déterminé comment il n'est pas juste que, pour toutes les autres choses qui, par la suite, se trouveront, cette transaction des affaires soit valide pour eux à partir d'une loi propre et que, d'une autre disposition, elle ne manque pas, mais qu'elle soit valide pour les patrons de navire ou les occasions commerciales en tout temps, en tant que législation générale et exposée pour les patrons de navire ou les contrats commerciaux et celle-ci doit être une partie des lois maintenant posées par nous et jugeant pour ceux qui reçoivent celle-ci qu'ils portent leurs sentences.

[Épilogue] En conséquence, que ta grandeur se hâte d'observer immédiatement ce qui nous a agréé ».

[**Note de Willem Schorer sur la note 448 de Groenewegen van der Made**

Après que l'auteur a enseigné dans le chapitre précédent que les intérêts étaient licites, § 10, dans la note 441, il signale que des limites ont été posées dans le droit civil aux rapacités des prêteurs à intérêts ; maintenant, dans cette note, il observe que cette limitation des intérêts ne regarde cependant pas le prête maritime, et ainsi aussi [le disent] Voet, *Commentatrius ad Pandectas*,, lib. 22, tit. 2, nb 4, Noodt, *De fœnoribus nauticis*, lib. II, cap. 7, Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. III, decis. 47, nb 1, Johan Locken, *De jure maritimo et navali*, lib. II, cap. 6. Et Verwer, *Verhandeling van de Hollandsche bodemeryen (Traité des bomeries hollandaises)*, § 2, signale qu'ordinairement, il dépasse le double de la prime d'assurance. On peut certainement s'étonner que le célèbre Heinecke ait enseigné que ce droit était inconnu des Romains ; mais il est à bon droit repoussé par Reitz dans ses annotations sur les *Grondbeginselen van het wiselrech*t, p. 46, note 10, de Heinecke.

Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, a illustré succinctement et savamment, selon son habitude, ce contrat, en rappelant au commencement que ce que notre auteur avait dit de ce contrat suffisait à peine à instruire le peuple de Neptune, du fait que ce contrat est lui-même tombé en désuétude après l'époque de Grotius. En outre, il désapprouve sa définition en tant qu'imparfaite à beaucoup de titres ni conforme aux lois ou aux formules de tout côté et le grand homme, suprême artisan de la définition, définit que c'est le *"contrat avec lequel de l'argent est prêté aux patrons des navires dans des régions étrangères ou aux armateurs des navires dans ces régions, sous cette condition que, si le navire périt, le créancier perd son droit de crédit ; s'il est arrivé sauf au lieu de destination, le capital est rendu avec ses intérêts maritimes ou plus importants ou moindres, comme cela est convenu entre le créancier et le débiteur à la faveur de la raison du risque"*. À partir de cette définition, il est clair que ce contrat ne tire pas son effet à moins que le navire ne soit arrivé au lieu de sa destination avec son chargement. Mais il est demandé, quand un navire, certes, périt, mais que certains instruments ont été conservés, s'ils [appartiendraient] à l'armateur ou au créancier. Il a été non seulement répondu plus souvent, mais aussi jugé qu'aucun droit sur ceux-ci, certes, ne se présentait au créancier ni à la faveur du capital ni à la faveur des intérêts, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, art. IV, cons. 111, p. 200. Cependant, Bijnkershoek a rejeté cette doctrine, du fait qu'une partie du gage ayant disparu, tout le gage n'était pas cru avoir péri, comme aussi Voet, lib. 22, tit. 2, nb 14, l'a rejetée, à moins qu'avec un usage ininterrompu, cette opinion soit prouvée avoir été observée. Bien que, dans ce contrat, tout soit fait au risque et au péril du créancier, il n'est cependant pas tenu si quelque chose de mauvais est arrivé par la faute ou la négligence de l'armateur lui-même, par exemple si, à un autre moment ou vers un autre lieu que celui qui a été convenu, on a navigué ou apporté dans le navire des marchandises illicites, voir Lauterbach sur D. 22, 2 *(Du prêt à intérêts maritime)*, nb 5, Paul van Christijnen, *Decisiones Curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 47, nb 5 et 6, comme personne ne peut être assuré contre sa propre inaction, comme [il sera dit] ci-dessous, chap. XXIV, § 3, sur la note 867. En outre, il faut signaler que ce contrat est à bon droit contracté pour le risque de toute une route et d'un temps certain, voir *Algemeene verhandeling van de heerschappy der zee (Traité général de la domination de la mer)*, p. 851 et le prêt maritime est assuré avec effet, voir ledit traité, p. 841.

Du reste, il faut relever que ce contrat a été uniquement reçu pour l'utilité publique ; de là , il s'ensuit qu'il ne tire pas d'effet chaque fois qu'en donnant l'argent, la chose tombe dans une sorte de hasard qui ne peut procurer aucune utilité à un usage humain, voir [ce que dit] l'auteur ci-dessus, liv. III, chap. III, § 48, dans la note 286. Si, cependant, dans cette convention, il y a comme une sorte de hasard non interdit par les lois, il doit être affirmé le contraire, par exemple si j'ai donné de l'argent à un pêcheur qui va le demander pour un instrument, pour le navire, des filets ou des choses semblables, de sorte que, s'il a fait des captures, il le rende ; il y a ici comme un hasard et ce n'est en rien une raison pour laquelle cette convention ne serait pas valide, voir D. 22, 2 *(Du prêt maritime à intérêts)*, 5, et sur cette loi, le célèbre Noodt, *De fœnoribus et usuris*, lib. II, cap. 7, et ainsi aussi, le dit Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 33, nb 30.

Mai il est demandé si, à bon droit, par des personnes privées qui naviguent dans l'Inde orientale, le l'argent ou des marchandises sont prêtés sous des intérêts maritimes. Certains conseillers de la Cour Suprême en ont douté, mais, les édits des États Généraux ayant été repoussés, il n'a pas semblé à la Cour Suprême que les contrats de cette sorte avaient encore été interdits et, sils avaient été interdits, cela devait en tout cas être étendu à ces marchandises qu'il

est permis, selon tout droit, de transporter ou ces espèces [monétaires] avec lesquelles des marchandises licites sont achetées ou du moins, peuvent être achetées, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 16.

Au surplus, il a été répondu que ceux qui prêtent avec un intérêt maritime sont préférés, dans l'usage immémorial, aux créanciers premiers dans le temps et le prêt maritime plus récent au plus ancien, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 56, p. 184. Cela a été reçu en faveur du commerce, parce qu'il y a parfois une cause pour que le navire s'avance et arrive sauf dans son lieu de destination, voir Loenius, *Decisiones*, cas. 127. Nous avons déjà relevé ci-dessus, liv. II, chap. XLVIII, § 13, sur la note 1107. À partir de là, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, aux mots *"il est étonnant"*, s'étonne à juste titre que Vinnen sur Piet Peck, *Commentarius ad rem nauticam*, dans ses notes, p. 95, ne saisisse pas pourquoi les secondes lettres de bomerie précèdent les premières et le grand homme observe que celui-ci se trompe surtout, qui enseigne qu'un autre instrument (communément un *"certificat de constructeur" - bijlbrief*) soit préféré au prêt maritime, la *"lettre de bomerie" - bodemery-brief*, du fait que celui qui prête pour construire un nouveau navire est privilégié entre les [créanciers] chirographaires seulement, à moins que que le créancier n'ait pourvu à lui avec une hypothèque conditionnelle ; et cela a ainsi été disposé à Amsterdam, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 37n, art. 18, et ce que j'ai relevé plus haut, liv. II, chap. XLVIII, sur la note 1107. Cependant, en Frise, il a été disposé que la lettre de bomerie postérieure était préférée à la première seulement si l'argent avait été donné en prêt dans des endroits différents, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 17, art. 8. Mais ici, les créanciers qui prêtent dans le même endroit concourent, à moins qu'ils ne soient trop distants dans le temps, voir l'art. 9 et Hamerster dans sa note.

En outre, il faut relever que le prêt maritime jouit seulement d'un droit de préférence si l'argent a été donné en prêt pour l'achat de marchandises nécessaires chez des peuples étrangers, voir Verwer, *Verhandeling van de Hollandsche bodemery*, § 30, p. 191 dans la note ; *Responsa jrisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 127, p. 222.

Enfin, sur cette matière, il faut faire attention au fait que ce contrat subsiste, pourvu qu'il soit signé par le patron lui-même, et qu'un instrument public n'est pas requis, voir *Algemeene verhandeling van de heerschappy van der zee*, [édité] à Amsterdam en 1757.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Gidefried van der Keessel**

DL. Une lettre de bomerie et un certificat de constructeur ou une lettre de mise à l'eau, c'est-à-dire l'instrument dans lequel l'achat d'un navire est reconnu, diffèrent beaucoup et, à la faveur du prix, le navire lui-même est spécialement obligé en gage envers le vendeur, une clause d'hypothèque générale y étant généralement ajoutée. Ce droit de gage, libre du paiement du quarantième, est sauvegardé pour le créancier bien que ne possédant pas le navire aussi après le jour fixé pour le paiement, voir Barels, *Advijsen over den koophandel (Avis sur le commerce)*, part. I, cons. 75.

DLI. Les différences sont les suivantes : 1°. dans la bomerie, la dette naît à partir de la cause d'un prêt, et dans le certificat de constructeur, à partir d'une cause d'achat ; 2°. dans la première, le navire ayant péri, la dette est au risque du créancier, dans la seconde, ce même navtre ayant péri, l'obligation personnelle et l'hypothèque générale restent sauves ; 3°. par l'une, non seulement le navire, mais aussi les marchandises peuvent être obligés, avec celle-là, le seul navire est obligé ; 4°. pour le droit de préférence, la seconde bomerie en tant que celle qui a créé la cause du gage, voir D. 20, 4 *(Ceux qui sont tenus pour plus forts dans un gage ou une hypothèque et de cexu qui succèdent à la place des premiers créanciers)*, 5 et 6, l'hypothèque étant établie en premier par un certificat de constructeur, est plus forte, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap.16,p. 512.

DLII. Une bomerie est proprement un contrat dans lequel de l'argent est prêté sous le gage du navire, avec cette condition que la perte du gage qui arrive par un cas fortuit lors de la navigation libère le débiteur.]

§ 2. Une BOMERIE est *un prêt d'argent dont le prêteur court un risque de la mer* [449].

[449] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 2, 1 et C. 4, 33, 1.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DLIII. La bOmerie a dans notre droit les particularités suivantes : 1°. qu'elle est dispensée du paiement du quarantième ; 2°. qu'elle peut être contractée par le patron d'un navire ; 3°. qu'elle attribue au créancier le privilège de gage qui marche avec la chose elle-même sur un bien meuble. Mais cependant, en en examinant l'origine, elle jouit seulement d'une faveur différente si elle a été contractée dans un port étranger, voir le statut d'Amsterdam du 13 août 1527 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 541 ; la lettre des consuls d'Amsterdam du 25 juin 1621 dans les mêmes, p. 538, nb 21 ; la loi de Hollande du 5 février 1665. Mais il ne triomphe pas dans l'usage que, dans ces régions, elle soit contractée à bon droit à partir du consentement de la majorité des armateurs, qu'elle puisse aussi être établie sur les marchandises et qu'elle soit dispensée du paiement du quarantième, bien que la bomerie des marchandises contractée dans nos régions ne doive pas jouir de cette dispense, voir l'ordonnance sur le quarantième de 1695, art. 36, l'ordonnance sur le quarantième de 1699, art. 2 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, chap. 16, p. 515 et suivantes.

DLIV. Le nom imaginé de bOmerie employé pour la mise en gage du navire ou des marchandises, si aucun créancier ne subit un risque de mer ne donne pas la nature de ce contrat au commerce qui a été fait, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, p. 515 et suivantes ; Barels, *Adfvijsen over den koophandel*, part. I, cons. 71, p. 382.

DLV. Lorsque la cause de la bOmerie du navire est la suivante, [à savoir]] que soit trouvé l'argent nécessaire à la navigation, un plus grand montant ne peut pas, selon cette loi, être prêté, à moins peut-être que le reste de l'argent ou les marchandises achetées de là n'ait été chargées sur le navire et ne soient transportées à plus forte raison au risque du créancier. Ceci étant fait, si le navire est sauf, aussi le capital stipulé à la faveur de ce plus important montant peut être réclamé, bien que celui-ci ou les marchandises achetées de là aient péri ; si au contraire, le navire périt, il est perdu, bien que ce même reste d'argent ou les marchandises soient saufs.

DLVI. La bomerie et l'argent trajectice diffèrent dans certaines choses et sont en accords dans d'autres.

Ils diffèrent : 1°. en ce que, dans l'argent trajectice, l'argent lui-même ou les marchandises achetées de là, voir D. 22, 2 *(Du prêt maritime à intérêts)*, 1, sont transportés au risque du prêteur mais l'argent est immédiatement consommé dans le lieu où il est prêté, voir D. 22, 2, 1 ; mais, dans la bomerie, l'argent est prêté pour armer delà un navire, l'équiper ou acheter des approvisionnements, et en ce que les marchandises achetées de là ne sont pas au risque de prêteur. 2°. En ce que l'argent trajectice n'est pas au risque du prêteur, avant que l'on convienne que le navire navigue, voir D. 22, 2, 3. La bomerie fait d'un quelconque risque de la mer à partir du contrat de celle-ci celui du créancier. 3°. En ce que, dans l'argent trajectice, lui-là même qui est prêté sera au risque du prêteur, mais le navire ou le gage qui a été obligé pour le capital sera au risque de celui-ci. 4°. En ce que l'argent trajectice pourra être sans un gage, une bomerie sans gage est une contradiction dans l'ajout.

DLVII. Mais elles s'accordent 1°. en ce que, dans les deux contrats, la force de l'obligation dépend de ce que soit sauf ce dont le prêteur a reçu le risque qui, dans une bomerie, est le navire ou la marchandise, dans l'argent trajectice, le capital prêté ou la marchandises achetée de là, voir D. 22, 2, 6, et aussi, en ce que, celui-ci ayant péri, toute l'obligation est supprimée, même celle des gages qui ont été liés en secours, voir D. 22, 2, 6. 2°. En ce que le patron du navire, en changeant le trajet, rend la chose à son risque, voir C. 4, 33 *(Du prêt maritime à intérêts)*, 3 ; *Hollandsche consilien*, part. IV, cons. 110. 3°. En ce qu'autant d'intérêt pourra être promis en faveur de la raison du risque. 4°. En ce que les intérêts plus lourds cessent, le péril ayant cessé.

Extrait du livre X des *Pandectes* de Modestinus : *« L'argent trajectice est celui qui, au-delà de la mer, est transporté ; du reste, si, à l'endroit même [où il a été emprunté], il est consommé, il ne sera pas trajectice. Mais il faut voir si les marchandises, à partir de cet argent, achetées, dans cette situation, se trouveront. Il importe [de savoir] si celles-ci aussi, au risque du créancier, naviguent : alors, en effet, l'argent devient trajectice ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Scribonius Honoratus et donnée en 286 : *« L'accident survenu à l'argent trajectice, qui est accordé en prêt au risque du créancier, avant que le navire arrive au lieu de sa destination, n'incombe pas au débiteur. Au vrai, sans une convention de ce type, le débiteur ne sera pas libéré de l'infortune d'un naufrage ».*

DLVIII. La bomerie et l'assurance diffèrent aussi, bien que, dans les deux, le risque regarde un autre que le débiteur. Car 1°. il n'y a pas de bomerie, à moins que ne prête l'argent celui qui reçoit le risque, mais l'assureur ne donne pas un prêt, mais, une prime ayant été reçue, prend sur lui la garantie du risque. 2°. Une bomerie sans gage du navire ou des marchandises ne peut pas être pensée ; une assurance, une fois payée la prime de l'assurance, ne peut pas avoir un gage joint en faveur de l'assureur. 3°. Le navire étant sauf, mais détérioré, la totalité prêtée de la bomerie doit être payée avec le prix du risque selon le proverbe *la bomerie ne porte aucune avarie*. Au contraire, l'assurance répare aussi le dommage de la réparation.

DLIX. Est-il douteux [de savoir] si cette troisième différence aura aussi lieu pour une bomerie des marchandises ? Il a été jugé à Amsterdam le 18 mai 1705, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 65, et il a été répondu le 9 novembre 1706, voir de même, cons. 67, qu'elle n'avait pas lieu, mais qu'était plutôt valide la règle contraire : *la bomerie sur les biens porte en avarie* ; mais le contraire été décidé par les échevins d'Amsterdam en 1705, par la Cour de Hollande en 1710 et par la Cour Suprême le 27 juin 1711, et à bon droit, comme je le pense, en ayant examiné la nature de l'affaire, voir la thèse DLII ; voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III cap. 16, p. 514.

DLX. Le risque de la mer que le prêteur reçoit dans la bomerie, doit être entendu quant à un quelconque risque, qu'il naisse du ciel et de l'injure du sel, d'un mouvement des ennemis, ou de l'inexpérience ou de la négligence du patron qui n'a cependant pas pas modifié sa course, voir Verwer, *Van bodemerye*, §§ 15, 17-24, p. 177 ; d'où, le navire ayant été capturé par des ennemis, mais racheté, le prêteur ne perd pas la chose, voir *Nederlandsch Advijsboek*, part. I, cons. 11. Quant à la bomerie des marchandises, la même chose a été répondue, voir ici même, cons. 52. Mais le contraire a agréé à un autre jurisconsulte en 1707 qui a admis le prêteur après la soustraction du prix de rachat, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 70.

DLXI. Pour que le prêteur d'une bomerie reçoive son bien, il ne suffit pas que la carène du navire soit sauve, mais il est requis que tout le capital puisse être payé à partir du navire et de ses armements, autrement, le patron du navire s'en acquitte en abandonnant le navire au prêteur qui aura ainsi autant qu'il peut être payé à partir du navire, comme l'enseignent les termes ordinairement ajoutés au contrat : *aussi loin et autant que cette cale porte à terre*, voir Verwer, p. 254.

DLXII. Le navire ayant péri, si quelque chose a pu être payé à partir peut-être de ses armements poussés sur la rivage, tout cela est dû au prêteur, du fait que ceux-ci sont ordinairement expressément obligés en gage - *sur ma ci-devant dite quille et mes équipements*, voir Verwer, p. 254 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, p. 509 ; et ceux qui n'ont pas été expressément obligés suivent la cause du navire, voir en argument D. 21, 2 *(Des évictions et de la stipulation du double)*, 44.

DLXIII. La même chose ne doit pas être dite quant aux marchandises chargées sur le navire et non obligées par une bomerie, car la formule seulement louée *aussi loin et autant que cette cale porte à terre* ne doit pas être étendue plus loin qu'au navire et à ses armements.

DLXIV. Pour ce qui touche le droit de préférence qui s'attache à la bomerie, 1°. certes, la bomerie est clairement équivalente au gage spécial d'un bien meuble qui est livré au créancier, cf. la thèse CDL. 2°. Du fait qu'une bomerie est ordinairement contractée à partir d'une nécessité pour conserver le bien, elle est préférée à un premier gage et à l'instrument [qu'est] le certificat de constructeur, et la seconde bomerie à la première, voir en argument D. 20, 4 *(Ceux qui sont tenus pour plus forts dans un gage ou une hypothèque et de ceux qui, à la place des premiers créanciers, succèdent)*, 5 et 6, à moins que plusieurs n'aient été contractées dans un bref délai de quelques jours dans le même port, cas dans lequel elles usent du même droit, voir *Lettre des gens d'Amsterdam* du 25 juin 1621, dans les *Handvesten*, p. 538, nb 21 ; à savoir, si , une fois terminée la navigation, les prêteurs poursuivent leur bien, du fait que tous subissent maintenant au même moment le même risque du gage, avec cette raison rendue du droit, il est fait satisfaction au doute, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, p. 513.

DLXV. 3°. Les prêts pour conserver le navire obligé par une bomerie contractés par la suite sont préférés à la bomerie, voir D. 20, 4 *(Ceux qui sont tenus pour plus forts dans un gage ou une hypothèque et de ceux qui, à la place des premiers créanciers, succèdent)*, 6 § 1, voir Verwer, §§ 22 et 23 ; 4°. le propriétaire du navire poursuit aussi sans cession le droit de ces prêts, une fois fait le paiement, voir Verwer, §§ 23 et 23 et p. 172.

DLXVI. 5°. Il a été répondu le 8 mars 1706, voir *Advijsen over de kooophandel*, part. I, cons. 66, qu'à la bomerie générale des marchandises était préférée une autre bomerie spéciale de certaines marchandises.

DLXVII. 6°. Si celui auquel les marchandises doivent être livrées après le transport ([en néerlandais] *celui auquel les biens sont consignés*), l'instrument lui ayant été transmis dans lequel le patron reconnaît qu'il les a reçues dans le navire (*le connaissement*), s'appuyant sur cette sécurité, a accepté des lettres de change ou a payé d'avance d'autres dépenses, par exemple celles de l'assurance, il est préféré au prêteur de la bomerie contractée par la suite. Cela a été clairement établi à Amsterdam le 30 janvier 1682, dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 538, nb 22, et à Rotterdam dans la loi de 1768 *Des exécutions et des préférences*, art. 30, que le droit est contraire à la nature de la bomerie, comme le pense Verwer, § 32.

DLXVIII. L'argent prêté par le biais d'une bomerie des marchandises peut être assuré, pourvu qu'il soit mis dans tous les instruments qui sont appelés des connaissements que, si, quant au voyage vers les colonies de l'Inde occidentale ou au retour dans la patrie, l'argent a été payé, en ajoutant la date, le lieu, la personne 1°. qui a payé ; 2°. à qui il a été payé et 3°. pour l'utilité de qui il est prêté. Il, a été ainsi disposé à Amsterdam le 26 janvier 1693, art. 3, voir les *Handvesten van Amsterdam*, p. 660, et le 10 mars 1744, art. 21, voir de même, p. 665.]

§ 3. Car, puisqu'ici, le prêteur est non seulement privé du gain de son argent, mais aussi, doit attendre le danger [450], il est ainsi raisonnable qu'il puisse aussi pour cela, stipuler un gain et d'autant plus que le danger sera plus grand selon les circonstances de temps et de lieu [451] ; et cette bomerie peut être conclue non seulement par le propriétaire du navire, mais aussi par le patron, comme il sera dit par la suite [452].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Goxefried van der Keessel**

DLXIX. La raison pour laquelle il ne sera pas permis aux propriétaires de navires de contracter une bomerie dans les régions étrangères n'apparaît pas, comme il a semblé à Binkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16. Assurément, cela est fréquent pour la bomerie des marchandises, voir Verwer, *Van de bomerye* p. 255, nb 3, et p. 256, nb 4 ; *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 67 ; voyez aussi un exermple chez Bijnkershoek, p. 513.]

*

[308] Chapitre XII
Du mandat [453]

§ 1. Venons-en aux contrats usuels qui sont accomplis sans une REMISE DU BIEN ; ceux-ci sont le *mandat*, l'*achat* et la *vente*, le *bail emphytéotique*, l'*offre de bail* et la *prise de bail*, la *société*, l'*assurance*, la *concession féodale*. Car ce pourquoi l'échange n'entre pas sous ce qui précède ni sous ce nombre sera dit par la suite.

---

[450] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 33, 4.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Pullius Julianus Eucharistus et donnée en 294 : *« L'accident de l'argent trajectice, certes, qui, au risque du prêteur, est remis en prêt, avant que le navire arrive au lieu de sa destination, ne revient pas au débiteur, mais, sans une convention de cette sorte, il ne sera pas libéré de l'infortune du naufrage ».*

[451] (Note de Groenewegen) Voir ladite Novelle CVI ; Dumoulin, *De usuris*, nb 93 et suivants ; Johan Locken, *De jure maritimo et navali*, liv. II, cap. 6, §§ V et VI.

[452] (Note de Groenewegen) Dans le chapitre XX.

[453] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)* ; D. 17, 1 et C. 4, 35 *(De l'action [directe] de mandat et de l'action en sens contraire)*.

Le titre xxvi des *Institutes*, III, comporte 13 paragraphes, celui du Digeste renferme 62 extraits et celui du Code, 23 constitutions [Mommsen en rajoute une 24e reprise en grec à partir des Basiliques].

§ 2. Une REMISE DE MANDAT ou une ACCEPTATION DE MANDAT est *une convention par laquelle l'un confie à une autre quelque chose qui est permis à exécuter pour lui ou pour un autre et que l'autre accepte pour rien* [454].

[**Note de Willem Schorer sur la note 454 de Groenewgen van der Made**

Si quelqu'un donne aujourd'hui un conseil à quelqu'un de prêter à une certaine personne des espèces [monétaires] en assurant de bonne foi qu'il est solvable, il n'est pas tenu d'un mandat et est cru avoir seulement donné un pur conseil, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 17, tit. 1, nb 4 à la fin. Chaque fois qu'un mandataire a contracté expressément non en son nom, mais au nom du mandant, il n'y a pas besoin que qu'à partir du contrat, il cède son action au principal ; cependant, il faut statuer e contraire s'il a fait quelque chose en son propre nom, mieux, les lods devront être doublés chaque fois qu'il a acheté en son propre nom, voir Voet, lib. 17, tit. 1, nb 9. Le mandataire oblige aussi le mandant envers un tiers, dans la mesure où celui-ci l'a donné en mandat, par exemple, Primus donne mandat à Secundus d'acheter de l'huile, celui-ci poursuit le mandat par lui-même ou par un courtier ; en effet, dans ce cas, le tiers a comme obligé envers lui non Secundus qui a acheté, mais Primus, avec le mandat duquel et au nom duquel l'achat a été fait, quoique déjà, Primus n'ait pas donné mandat à Secundus de payer le prix à Tertius, et cela a été ainsi répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 248. Aujourd'hui aussi, les mandataires réclament à bon droit, selon le jugement du juge, leurs salaires, même d'une offre incertaine ou aussi non promis, pourvu qu'ils soient de telles personnes, comme les avocats, les procurateurs etc., qui, pour le service procuré, reçoivent ordinairement un salaire ; ce qui est aussi étendu aux mandataires des affaires extrajudiciaires, voir Voet, lib. 17, tit. 1, nb 2.

Il est aussi assez ardemment débattu entre les jurisconsultes [de savoir] si, pour concilier des noces, on demande à bon droit un entremetteur. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 6, comme aussi Voet, lib. 23, tit. 1, examinent abondamment cette question. Cependant, Lauterbach, sur D. 50, 14 *(Des courtiers)*, nb 5, a déclaré qu'il était méprisable de recevoir quelque chose au nom d'un entremetteur pour des fiançailles. Du reste, les interprètes ne sont pas d'accord [sur le fait de savoir] si l'entremetteur, quant à une fiancée déshonorée ou un fiancé malade, qui souffre peut-être d'une maladie vénérienne, sera tenu ; Binjkershoek pense que l'entremetteur pourra à bon droit être cité en justice par l'autre conjoint avec l'action de mandat, chaque fois qu'il aura été berné avec des noces clairement indignes à son préjudice ; mieux, on ne doute pas qu'un tel entremetteur devra être publiquement contraint.

En outre, il faut relever que, dans les usages, les mandataires ne répètent pas tout le dommage qu'ils ont souffert à l'occasion du mandat, voir Voet, lib. 23, tit. 1, nb 13.

Cependant, quant aux biens propres, si le mandataire a fait des dépenses, dans nos usages et ceux des Français, elles ne sont pas dues par le mandant, si ce n'est depuis le moment du soulèvement du procès ou son commencement, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 35 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 1.]

§ 3. *Quelque chose qui est permis*, à savoir quelque chose à venir [455]. Car, des choses passées, un mandat ne peut pas être donné ; ; permis ainsi selon la loi naturelle et la loi civile ; car, pour ce qui est interdit pas l'une de ces lois, aucun mandat ne peut être validement donné [456].

---

[454] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, tit. *De mandato.*

[455] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1,12 § 1.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Aussi Marcellus dit-il que, si quelqu'un qui va donner au garant a pour lui payé au créancier, le garant a l'action de mandat ».*

[456] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 6 § 3 et 12 § 11.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Le mandat d'une chose honteuse est nul et c'est pour cela qu'avec cette action, l'on n'agira pas en justice ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Si un jeune homme voluptueux te donne mandat, afin qu'en faveur d'une prostituée, tu donnes une garantie et que, toi le sachant, tu t'es chargé du mandat, tu n'auras pas l'action de mandat, parce que c'est comme si, sachant que tu allais perdre l'argent, tu l'avais prêté. Mais, si, sans détour, en allant plus loin, il t'a donné mandat, afin qu'à la prostituée, tu prêtes l'argent, il ne sera pas obligé par l'action de mandat, comme si, contre la bonne foi, le mandat se trouvait ».*

§ 4. *Confie*, à savoir par des mots, une lettre ou un messager [457] ou d'autres indications capables de témoigner de la volonté [458].

§ 5. *Pour lui ou pour un autre* ; car c'est tout autant si l'affaire le concerne ou en joignant un autre, bien qu'aussi le mandataire avec lui ; mais, si l'affaire ne concerne que le mandataire, cela ne pourrait pas être appelé un mandat [459].

§ 6. *Pour rien* ; car, si une rémunération était stipulée, ainsi ce serait un louage de services [460].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DLXX. De même que la nature d'un mandat ne rejette pas un honoraire, voir D. 17, 1 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 6 pr, de même, dans nos usages, celui-ci peut être à bon droit demandé non seulement s'il a été promis, mais aussi s'il ne l'a pas été, pourvu qu'une telle chose ait été faite à la faveur de laquelle, un honoraire est ordinairement payé selon la loi ou la coutume, voir en argument D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 34, non de même si aucune promesse n'est intervenue et que la loi ou l'usage quant à la rémunération d'un certain acte, garde le silence ; d'où, la doctrine un peu plus générale de Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 6, p. 247, semble devoir être limitée.]

[309] § 7. *Accepte* ; que ce soit purement et simplement, sous condition ou à terme [461].

---

[457] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 1 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - C'est pourquoi on peut recevoir un mandat par l'intermédiaire d'un envoyé ou d'une lettre ».*

[458] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 53 ; D. 50, 17, 60. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. VII, tit. 3 jusqu'au tit 12.

Extrait du livre IX des *Questions* de Papinien : *« Celui-ci, avec la parole d'autrui, en faveur d'un autre, a donné garantie en étant présent et sans le refuser, a les deux personnes comme obligées selon la loi du mandat ; si, en faveur de quelqu'un qui ne le veut pas ou de quelqu'un qui l'ignore, suivant le mandat de l'un ou de l'autre, il a donné garantie, il peut citer en justice celui seul qui a donné le mandat et non aussi le débiteur de la promesse ; et ne m'émeut pas le fait qu'avec l'argent du garant, le débiteur soit libéré ; en effet, cela se produit si, avec mon mandat, en faveur d'un autre, tu paies ».*

Extrait du livre X des *Discussions* d'Ulpien : *« Toujours, celui qui n'interdit pas d'intervenir en sa faveur est considéré donner un mandat. Mais, si quelqu'un a confirmé ce qui a été fait, il est lié par une action de mandat ».*

[459] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 2 § 6 ; *Institutes de Justinien*, III, xxvi *((Du mandat)*, § 6.

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 6 - Mais le mandat intervient pour toi, comme quand je te donne mandat de réunir ton argent plus pour l'achat de biens-fonds que pour des intérêts ou à l'inverse, plus pour d'intérêts que pour l'achat de biens-fonds, un mandat de ce type est plus un conseil qu'un mandat et pour cela, il n'est pas obligatoire, parce que personne n'est obligé à partir d'un conseil, même s'il n'est pas avantageux à celui auquel il est donné, parce qu'il est libre à chacun de s'assurer [de savoir] si le conseil lui est avantageux ».*

« § 6. Pour toi, un mandat est intervenu comme si l'on te donnait mandat de réunir ton argent pour des achats de biens-fonds plutôt que le prêter à intérêts, ou en sens inverse, de le prêter à intérêts plutôt que le réunir pour des achats de biens-fonds. Un mandat de ce genre est plus un conseil qu'un mandat et, pour cela, il n'est pas obligatoire, parce que personne, à partir d'un conseil de mandat, n'est obligé, même s'il n'est pas à propos pour celui auquel il est donné, du fait qu'il est libre à chacun d'examiner si le conseil sera à propos. C'est pourquoi, si quelqu'un t'a exhorté, toi qui as de l'argent oisif à domicile, à acheter quelque bien ou a le prêter, bien qu'il ne soit pas à propos pour toi que tu l'aies acheté ou prêté, cependant, envers toi, avec une action de mandat, il n'est pas tenu. Cela est ainsi à un point tel qu'il a été demandé si, de l'action de mandat, sera tenu celui qui t'as donné mandat de prêter, à Titius, l'argent à intérêts ; mais la sentence de Sabinus a tenu ferme [qui dit] qu'est obligatoire dans ce cas le mandat, parce qu'à Titius, tu n'as pas prêté autrement que si t'en avait été donné le mandat ».

[460] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 13.

« § 13. Au total, il faut savoir que le mandat, s'il n'est pas gratuit, dans une autre forme d'affaire, tombe ; car, une rémunération ayant été établie, il commence à être une offre de bail et une prise de bail, comme nous le dirions de façon générale ; dans ces cas, l'office du mandat ou du dépôt ayant été reçu sans rémunération, l'affaire est contractée, dans ces cas, une rémunération étant intervenue, une offre de bail et une prise de bail sont entendues être contractées. Et, pour cette raison, si, à un foulon, pour fouler ou nettoyer des vêtements, ou à un couturier, pour réparer, aucune rémunération n'étant intervenue ni promise, l'action de mandat se présente ».

[461] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 12.

« § 12. Un mandat peut, à une date, être retardé à une date et, sous condition, fait ».

§ 8. À partir de cette convention, le mandataire est tenu d'exécuter le mandat [462] et celui-ci, selon la prescription du mandant, sans que quelque chose en sorte [463], à moins que qu'il ne fit quelque chose qui était connu comme équivalent de ce dont le mandat lui était donné [464]. Agissant autrement, il est tenu de compenser tous les dommages (sous lesquels la perte de gain est aussi comprise) [465]. Il est aussi tenu de remettre au mandant tous les fruits, gains et profits qui lui arrivent en quelque façon à raison de son mandat [466] et de lui céder les droits personnels qu'il peut avoir reçus [467].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

[462] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 11.

« § 11. Il n'est pas libre de ne pas assumer un mandat ; le mandat assumé doit être accompli ou, aussitôt, refusé, afin que, par lui-même ou par le biais d'un autre, le mandant exécute cette même affaire. Car, s'il n'est pas refusé d'une façon telle que la cause en entier, au mandant, soit réservée pour expliquer cette affaire, l'action de mandat n'a pas moins lieu, si ce n'est si une juste cause n'est intervenue de ne pas le refuser ou, à contretemps, de le refuser ».

[463] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(De la substitution pupillaire)*, § 8 ; D. 17, 1, 5.

« § 8. Celui qui exécute un mandat ne doit pas dépasser les limites du mandat, comme par exemple, si quelqu'un, jusqu'à cent pièces d'or, t'a donné mandat pour que tu achètes un bien-fonds ou pour qu'en faveur de Titius, tu promettes, tu ne dois pas acheter plus cher ni, pour donner un plus grand montant d'argent, donner garantie ; autrement, tu n'auras pas contre lui l'action de mandat, à un point tel que, certes, à Sabinus et à Cassius, il avait agréé qu'aussi, si, jusqu'à cet pièces d'or, contre lui, tu voulais agir en justice, de façon inutile, tu agirais ; les auteurs de l'école différente pensent que, jusqu'à cent pièces d'or, à bon droit, tu agiras en justice ; cette opinion est assurément plus bienveillante. Si tu as acheté moins cher, tu auras contre lui l'action, parce que celui qui donne mandat qu'un bien-fonds soit acheté pour lui cent pièces d'or, est en tout cas entendu avoir donné mandat que, moins cher, s'il le peut, il soit acheté ».

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - En conséquence, avec soin, les bornes d'un mandat doivent être gardées ; car celui qui les a dépassées est considéré faire quelque chose d'autre et, s'il n'a pas accompli l'entreprise [qui lui a été demandée], il en est tenu. 2 - C'est pourquoi, si je t'ai donné mandat d'acheter la maison de Seius pour cent et que tu as acheté la maison de Titius pour un prix de loin plus important, voire pour cent ou un moindre prix, tu ne seras pas considéré avoir accompli le mandat. 3 - De même, si je t'ai donné mandat de vendre mon bien-fonds pour cent, que toi, tu l'as vendu pour quatre-vingt-dix et que je réclame le bien-fonds, une exception ne me fera pas obstacle, à moins que tu ne me paies le reste qui manque à mon mandat et que tu ne me gardes libéré pour le tout. 4 - Aussi, si un maître commande à son esclave de vendre un bien pour un certain montant, que ce dernier l'a vendu moins, le maître peut-il semblablement réclamer [le bien] et ne peut-il être repoussé par aucune exception, si la préservation de tout dommage ne lui est pas garantie. 5 - Mais la cause du mandant peut être rendue meilleure, si, alors que je t'ai donné mandat d'acheter Stichus pour dix, tu l'as acheté pour moins ou pour autant, de sorte que quelque chose d'autre s'ajoute à l'esclave : en effet, dans les deux cas, tu ne l'as pas fait au-delà du prix ou dans le prix ».*

[464] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 62 § 1.

Extrait du livre VI des *Digestes* de Scævola : *« 1 - J'ai donné mandat en ces termes : " Lucius Titius, à Gaius Seius, [donne] son salut. Je te demande et te donne mandat de donner ta parole en faveur de Publius Mævius auprès de Sempronius ; ce qui, par Publius, ne t'a pas été payé, je te fais savoir que je le paierai comptant avec cette lettre écrite de ma main". Je demande, quand il n'a pas donné garantie, mais a donné mandat au créancier et qu'il a agi autrement qu'on le lui avait donné en mandat, si, par une action de mandat, il sera tenu. Il répondit qu'il était tenu ».*

[465] (Note de Groenewegen) Coir C. 4, 35, 16.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Uzandus et donnée peut-être en 294 : *« Pour acheter des marchandises, de l'argent ayant été donné, celui qui a assumé le mandat, la foi ayant été rompue, à autant qu'il est de l'intérêt du mandant, est tenu ».*

[466] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 10 § 2.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si, du bien-fonds qu'il a acheté pour moi, le procurateur a obtenu les fruits, il faut aussi que, par l'office du juge, celui-ci les fournisse ».*

[467] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1 8 § 10. Voyez en outre ci-devant le liv. II, chap. I, § 36, note 56.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - par conséquent, si je t'ai donné mandat d'acheter un esclave et que toi, tu l'as acheté, tu seras tenu envers moi de le rendre. Mais, si, avec dol, tu as négligé de l'acheter (en effet, peut-être, l'argent d'autrui une fois reçu, as-tu cessé de faire l'achat), tu en seras tenu. Mais, si l'esclave que tu as acheté s'enfuit, si [c'est] certes avec ton dol, tu en seras tenu ; si ni le dol, ni la faute ne sont intervenus, tu n'en seras pas tenu, si ce n'est pour que tu garantisses que, si, en ton pouvoir, il arrive, tu le restitueras. Mais, si tu le restitues, tu dois le livrer. Et, s'il y a eu garantie quant à l'éviction ou que tu puisses souhaiter que l'on t'en garantisse, je pense qu'il est suffisant qu'avec cette action, tu me concèdes de me faire procurateur sur mon propre bien et que tu ne paies pas plus que tu auras obtenu ».*

DLXXI. Une nouvelle et inopinée nécessité excuse tout à fait le mandataire qui a exécuté le mandat, ne l'a pas entièrement exécuté ou a dépassé ses limites, voir D. 17, 1 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 30 ; il y en a un exermple dans les *Advijsen van de koopghandel*, part. I, cons. 78, p. 405 et suivantes.

DLXXII. De même qu'à partir du contrat du mandataire, aussi sans une cession [de l'action], le mandant peut agir en justice, voir la thèse CDLXXVIII, de même aussi, à partir du même [contrat], avec une action directe, il peut être cité en justice par celui avec lequel, en son nom, le procrateur a contracté, voir Cooren, *Observationes*, obs. 28, nb 47 et 48 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 16, p. 508.]

§ 9. En retour, le mandant est tenu de libérer le mandataire de toutes les dépenses faites raisonnablement et des dommages soufferts à raison du mandat [468], quand le mandataire n'avait pas pu déjà accomplir son mandat par quelque empêchement [469]. Le mandataire peut aussi réclamer avant l'exécution du mandat une avance des dépenses nécessaires [470]. Bien qu'aussi, un autre eût pu accomplir la chose à moindres frais, les frais qui sont faits de bonne foi doivent lui être rendus, eu égard au fait que, par l'exécution, il n'a pas fait de profit [471].

§ 10. Si ce mandat était d'acheter quelque chose pour un certain montant, qu'il achète pour moins, cela vient au profit du mandant [472] ; s'il achète pour plus cher, ainsi, il n'a de réclamation que jusqu'à autant que son mandat allait [473].

---

[468] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 10 § 9 et 12 § 9.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - De même, Labéon dit, et c'est vrai, que cette action autorise aussi les prises en compte. Et, de même qu'est contraint de restituer les fruits celui qui est procurateur, de même, il faut qu'il déduise la dépense qu'il a faite en percevant les fruits, je pense qu'il faut aussi prendre en compte ces frais, si ce n'est s'il y avait une rémunération et que l'on a convenu qu'il ferait les dépenses à partir de son bien pour ces voyages, c'est-à-dire à partir de son salaire ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si, à moi, tu as donné mandat d'acheter pour toi quelque bien et que moi, je l'ai acheté avec mon argent, j'aurai une action de mandat pour récupérer l'argent ; mais, si [c'est] avec ton argent et que, cependant, j'ai dépensé quelque chose de bonne foi pour l'achat du bien, il y aura l'action de mandat en sens contraire ; ou bien, si tu ne veux pas recevoir le bien acheté, et si tu as donné un autre mandat et que j'ai sur cela une dépense. Non seulement j'obtiendrai ce que j'ai dépensé, mais aussi les intérêts. Aussi doit-on permettre les intérêts sur le fondement d'un retard, mais le juge doit les évaluer, si quelqu'un les réclame de son débiteur et les a payés, du fait qu'il obtiendra des intérêts plus élevés ; en effet, il sera très juste que l'on tienne compte de cette chose ; ou bien, si celui qui a lui-même emprunté avec de plus lourds intérêts les a payés. Mais, s'il n'a pas déchargé le débiteur des intérêts, mais que, pour lui-même, les intérêts sont absents ou s'il l'a déchargé de plus bas [intérêts], mais que lui-même reçoit le prêt avec de plus importants [intérêts], pour libérer sa foi, je ne doute pas qu'il doive, avec l'action de mandat, obtenir les intérêts. Et (comme cela a été établi dans une constitution), le juge jugera le tout en équité* (ex æquo et bono) ».

[469] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 56 § 4 ; C. 4, 35, 4.

Extrait du livre III des *Réponses* de Papinien : *« 4 - Il est nécessaire que les dépenses faites de bonne foi par nécessité, quoiqu'à l'affaire, le procurateur n'ait pu mettre fin, avec l'action de mandat, soient restitués ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Aurelius Vuleratus (sans date) : *Même si ont rapporté une opinion contraire ceux qui, pour exercer des causes d'appel, t'ont établi procurateur, si, cependant, rien, avec ta faute, n'a été fait, tu peux réclamer avec l'action en sens contraire de mandat les dépenses que, dans le procès, avec une raison plausible, tu auras faites ».*

[470] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 12 § 17.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 17 - De même, Marcellus écrit que, si, pour qu'après sa mort, un monument lui soit fait, quelqu'un a donné mandat, son héritier pourra agir en justice avec l'action de mandat. Mais celui qui s'est chargé du mandat, s'il l'a fait avec son argent, je pense qu'il agit en justice avec l'action de mandat, si, pour lui, le mandat n'est pas d'une façon telle qu'il fasse le monument avec son argent. En effet, il pouvait aussi agir en justice contre celui qui a donné mandat qu'à lui, il remette l'argent pour le faire, surtout si, déjà, il a préparé certaines choses pour le faire ».*

[471] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 27 § 4.

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 4 - Les dépenses faites pour l'exécution d'un mandat, si elles ont été faites de bonne foi, doivent absolument être remboursées et cela ne concerne pas le fait que celui qui a donné mandat aurait pu dépenser moins, si lui-même avait fait l'affaire ».*

[472] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 5 § 5 ; *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 8.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DLXXIII. Celui qui, dans un achat, a dépassé les limites du mandat, quant au dépassement, n'a pas d'action, pas même celle d'administration d'affaires (*negotiorum gestorum*), voir la thèse DV, ni, si vous suivez la stricte raison du droit, ne peut retenir pour lui le bien ; ce qui, cependant, doit être tempéré peut-être à partir de l'équité avec Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 17, tit. 1, nb 11, si la chose vaut autant qu'elle a été achetée et si elle n'a pas pu être tenue à un moindre prix.]

[310] § 11. L'un des deux mourant, en général, le mandat cesse [474], à moins que l'intention n'eût été remarquablement différente [475] ou que, la chose étant déjà prise en main par le mandataire décédé, l'héritier ne la continuât [476].

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Mais la cause du mandant peut être rendue meilleure, si, alors que je t'ai donné mandat d'acheter Stichus pour dix, tu l'as acheté pour moins ou pour autant, de sorte que quelque chose d'autre s'ajoute à l'esclave : en effet, dans les deux cas, tu ne l'as pas fait au-delà du prix ou dans le prix ».*

« § 8. Celui qui exécute un mandat ne doit pas dépasser les limites du mandat, comme par exemple, si quelqu'un, jusqu'à cent pièces d'or, t'a donné mandat pour que tu achètes un bien-fonds ou pour qu'en faveur de Titius, tu promettes, tu ne dois pas acheter plus cher ni, pour donner un plus grand montant d'argent, donner garantie ; autrement, tu n'auras pas contre lui l'action de mandat, à un point tel que, certes, à Sabinus et à Cassius, il avait agréé qu'aussi, si, jusqu'à cent pièces d'or, contre lui, tu voulais agir en justice, de façon inutile, tu agirais ; les auteurs de l'école différente pensent que, jusqu'à cent pièces d'or, à bon droit, tu agiras en justice ; cette opinion est assurément plus bienveillante. Si tu as acheté moins cher, tu auras contre lui l'action, parce que celui qui donne mandat qu'un bien-fonds soit acheté pour lui cent pièces d'or, est en tout cas entendu avoir donné mandat que, moins cher, s'il le peut, il soit acheté ».

[473] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 6 §§ 3-4 et ledit § 8 des *Institutes*, III, xxvi *(Du mandat)*. Mais voyez en outre Vinnen, Schneidewin et Mysinger sur ledit § 8 ; Bronckhorst, *Miscellaneæ*, cent. 1, assert. 66 ; Costalius sur D. 3, 5 *(De l'administration des affaires)*, 25.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Le mandat d'une chose honteuse est nul et c'est pour cela qu'avec cette action, l'on n'agira pas en justice. 4 - Si je t'ai donné mandat de ce qui n'était pas de mon intérêt, comme, en faveur de Titius, d'intervenir ou, à Titius, de faire un prêt, il y aura pour moi contre toi l'action de mandat, comme Celsus l'écrit dans le livre VII de ses Digestes, et moi, envers toi, je suis obligé ».*

Le § 8 des *Institutes,* III, xxvi, est donné dans la notre précédente.

[474] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 10.

« § 10. De même, si, le mandat étant encore entier, la mort de l'un ou l'autre intervient, c'est-à-dire de celui qui a donné mandat ou de celui qui a reçu mandat, le mandat est dissout. Mais, à raison de l'utilité, il a été reçu que, si, étant mort celui qui qui t'a donné mandat, toi, ignorant qu'il était port, tu avais exécuté le mandat, tu peux agir en justice avec l'action de mandat ; autrement, une juste et plausible ignorance t'apporterait un dommage. À cela, est semblable ce qui est décidé, si les débiteurs, l'intendant de Titius ayant été affranchi, par ignorance, à l'affranchi, ont payé ; du fait qu'autrement, avec la stricte raison du droit, ils ne peuvent pas être libérés, parce qu'ils auront payé à un autre que celui auquel ils devaient payer ».

[475] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 17, 2, 63 § 9 ; D. 14, 3, 17 § 2 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. VII, tit. 21.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si, à un esclave commun, l'un des maîtres a laissé un legs sans la liberté, celui-ci appartient au seul [autre] associé ; cependant, on demande si, avec une action en faveur de l'associé* (pro socio)*, il doit être mis en commun avec l'héritier de l'associé. Julianus dit que Sextus Pomponius rapporte Sabinus qui répondait qu'il n'était pas mis en commun et Julianus dit que l'on peut défendre cette opinion ; en effet, non à raison de la communauté, cela a été acquis, mais à raison de sa part et il ne faut pas que soit mis en commun ce que quelqu'un, non à raison de la société, mais à raison de sa part, a acquis ».*

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Si, pour un père qui a des commis détaillants existe un héritier impubère, qu'ensuite l'on a avec eux contracté, il faut dire que, contre le pupille, l'action est accordée à raison de l'utilité d'un usage indistinct, de même que quand, après la mort du tuteur avec l'autorité duquel le détaillant a été préposé, on contracte avec celui-ci ».*

[476] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 14. Voyez en outre Gabriel, liv. II, tit. *De procuratoribus*, concl. 2-3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, tom. V, concl. 65, lettre M ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. VII, tit. 23 et 24.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Il n'est pas douteux que l'héritier du garant, s'il a payé, a l'action de mandat. Mais, s'il a vendu une succession et que l'acheteur a payé, on demande s'il aura l'action de mandat. Julianus, dans son livre III, écrit que, pour cette raison, l'héritier a l'action de mandat, parce qu'il est tenu par l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, de sorte qu'il procure ses actions et que, pour cette raison, se présente l'action sur le fondement de l'achat, parce qu'il peut la procurer. 1 - Si, pour un garant, il y a deux héritiers et que l'un d'eux, de son cohéritier, a acheté la succession, qu'ensuite, tout ce que le défunt avait garanti, au stipulant, il l'a payé, il aura son cohéritier obligé soit sur le*

§ 12. Le mandant peut aussi pendant sa vie révoquer le mandat, pendant que la chose n'est pas encore en son entier [477]. Semblablement aussi, le mandataire peut aussi refuser le mandat dans le cas où il peut être convenablement exécuté par une autre personne [478], mais autrement, non, à moins qu'il n'eût eu un empêchement remarquable pour ne pas le refuser avant ou que, maintenant, il ne fût contraint à une telle chose par sa maladie [479], des difficultés inattendues naissant dans l'affaire [480] ou de semblables causes raisonnables [481].

§ 13. Sous le fait de donner mandat, se trouve la lettre de change, très utilisée parmi les marchands ; alors, puisque cela, par l'usage et par les lois, a reçu certaines propriétés particulières, il doit en être parlé de façon particulière.

*

[311] Chapitre XIII
De la lettre de change [482]

[**Note de Willem Schorer sur le titre**

Johan Phoonsen, *Wussel-stijl tot Amsterdam (Le style des change à Amsterdam)*, et Jean Dupuis, *L'art des lettres de change*, ont illustré *ex professo* la matière les lettres de change ; celui-ci était jurisconsulte, celui-là, un marchand, Voet aussi, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, Reitz dans ses *Consultationes ad Heinneccium Grondbeginselen van het wisselrecht (Principes fondamentaux du droit de change)*, et sur l'origine, le progrès et l'accroissement du change, voyez de Turri, *Disputationes*, disput. 1, quæst. 3. Et, il y a deux siècles, Wagenaar, *Amsterdam in zyn opkomst, aanwas*, part. IV, liv. III, p. 428, [dit] que les Italiens avaient découvert les changes oui l'avaient récemment

---

fondement de la stipulation (ex stipulatu)*, soit sur le fondement de l'achat* (ex empto) *; pour cette raison, celui-ci aura l'action de mandat ».*

[477] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)* , § 9.

« § 9. À bon droit aussi, le mandat contracté, si, pendant que l'affaire est encore en son entier, avait été révoqué, il disparaît ».

[478] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 22 § 11.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 11 - Mais, de même qu'il est libre de ne pas se charger d'un mandat, de même, il faut que le mandat entrepris soit consommé, à moins que l'on ne l'ait fait savoir (mais on peut le faire savoir d'une façon telle que tout le droit soit, pour le mandant, conservé, que, par soi ou par le biais d'un autre, cette même affaire soit expliquée convenablement) ou si le piège retombe sur celui qui s'est chargé du mandat. Et, certes, si celui auquel on a donné mandat d'acheter quelque chose ne l'a pas acheté, qu'il n'a pas fait savoir qu'il ne l'achèterait pas et que, par sa faute, et non celle d'autrui, il ne l'a pas fait, on convient que, par une action de mandat, il est tenu ; on tiendra cela de façon plus large, si, comme Mela aussi l'a écrit, à ce moment, par le biais d'une fraude, il l'a fait savoir, alors que déjà, à bon droit, il ne peut l'acheter ».*

[479] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 23.

Extrait du livre II des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« Assurément, si, [à cause] d'une maladie contraire, d'inimitiés capitales, … » [*D. 17, 1, 25 : *… il allègue des excuses, il doit être entendu].*

[480] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 17, 1, 22 § 11 dans le passage *« ou si le piège retombe »* ;D. 17, 1, 24

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« (…) ou si le piège retombe sur celui qui s'est chargé du mandat ».*

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« … à cause des actions vaines du débiteur, … ».*

[481] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 25 ; *Institutes de Justinien*, III, xxvi, § 11. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. VII, tit. 22. Bien qu'il soit dédommagé quand le mandat est entendu être tacitement révoqué.

Extrait du livre II des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« … ou à raison d'une autre juste cause, il allègue des excuses, il doit être entendu ».*

« § 11. Il n'est pas libre de ne pas assumer un mandat ; le mandat assumé doit être accompli ou, aussitôt, refusé, afin que, par lui-même ou par le biais d'un autre, le mandant exécute cette même affaire. Car, s'il n'est pas refusé d'une façon telle que la cause en entier, au mandant, soit réservée pour expliquer cette affaire, l'action de mandat n'a pas moins lieu, si ce n'est si une juste cause n'est intervenue de ne pas le refuser ou, à contretemps, de le refuser ».

[482] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, cap. 55 ; le Recueil des *keuren* d'Amsterdam, chap. 50 *Des lettres de change.*

ramené en usage. Il est débattu [de savoir] à quelle espèce de contrat appartiendra le change. Il y en a qui affirme qu'il revêt la nature d'un prêt, d'autres le rapporte au contrat innomé, à savoir "je donne pour que tu donnes", d'autres, disent qu'il est un échange d'argent pour de l'argent ; il y en a qui sont d'avis qu'il appartient à un achat et une vente ; Dupuis suit cette opinion, chap. 3, nb 3 à 23, dee même Carpzov, *Responsorum juris electoralium Libri sex*, lib. II, tit. 8, resp. 92, nb 9, *Decisiones illsutres Saxoniæ*, part. III, dec. 280, nb 13. Cependant, cela a semblé autrement à l'auteur qui le rapporte au mandat, voir le chap. précédent, § 13 et, dans ce chapitre, § 2, et Voet, lib. 22, tit. 2, nb 5 et 6, est considéré le penser ainsi. Mais de Réal, *La science du gouvernement*, t. VI, p.140, a jugé que ce contrat avait été forgé en partie à partir de l'achat-vente, en partie à par'tir du mandat.

Le change est ainsi défini : *"le contrat qui est fait avec un consentement, selon lequel il est convenu de payer une certaine somme d'argent, dans un temps fixé à l'avance, absolument et réellement, dans une monnaie à la faveur de la valeur de l'espèce [monétaire] déjà payée ouu à payer"*, voir Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 1, nb 16. Ce consentement est déclaré oralement, par écrit, aussi avec un messager, et très fréquement et ordinairement, avec le minsitère de courtiers ; envers ces personnes, comme envers les artisans dans leur métier, pourvues d'une autorité publique, la foi doit être tenue, voir en argument D. 25, 4 *(De l'examen du ventre et de la garde de l'enfant)*, 1.

Dans un change parfait ou porprement ainsi dit, quatre personnes sont requises, à savoir deux quand le change est accompli, communément un *donneur* et un *tireur*, et deux, quand le paiement doit être fait, communément le *porteur de la lettre* et un *tiré*, voir Phoonsen, chap. 1, nb 29 ; Dupuis, chap. 4, nb 3 ; Voet lib. 22, tit. 2, nb 5. Parfois, trois personnes suffisent, à savoir quand le change doit être payé à celui qui a donné la valeur, voir Dupuis, chap. 4, nb 12. Il est clair que, pour le change, l'auteur requiert seuklementy trois personnes à partir de la définition qu'il donne du change ici dans le § 1. Mieux, un change est donné quand deux personnes seulement sont requises, celui qui l'afait et celui qui doit payer, comme l'illustre de même Dupuis avec un exemple, nb 19, comme dans les changes qui sont appelés secs et ils doivent être payés là où le contrat a été fait, ce qui convient à peine à la nature du change, dont Phoonsen [parle] plus longuement, chap. 39 dans sa totalité ; mieux, Abraham de Munck, dans sa dissertation inaugurale de 1751, *De jure cambii*, p. 37, dont nous pleurons encore la disparition des mortels avec sa mort prématurée à un âge immature, a enseigné qu'un tel pacte escamotait clairement la substance du change et transférait le contrat sur un autre. Il est d'un droit expédient que ces changes ont été cependant reçus dans l'usage. Reitz a savamment, selon son habitude,recherchéla nature de ceux-ci dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, p. 38, note 20.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DLXXIV. Dans un change que l'on appelle local depuis les deux endroits qui interviennent en lui, mercantile ou trajectice, quatre personnes interviennent ordinairement ou sont imaginées intervenir : la première, qui donne une valeur ou l'argent, qui est appelée *celui qui la concède* ; l'autre qui donne la lettre de change pour la valeur qui a été reçue ou promise, qui est appelée le *tireur* ; la troisième pour laquelle la lettre de change est écrite et à laquelle le paiement est confié, qui est appelée le *tiré* ; la quatrième, à laquelle le paiement doit être fait, qui est appelée *celui qui la présente* ou le *porteur*. Plusieurs personnes peuvent s'ajouter, comme *ceux qui endossent*, c'est-à-dire les mandataires du porteur établis par lui, auxquels le paiement est fait ; les *garants* du tiré ou les *acceptants* étrangers qui, bien que la lettre ne soit pas donnée pour eux, promettent le paiement de celle-ci.

DLXXV. Mais il faut distinguer ici soigneusement entre une affaire de change et la lettre même de change qui sont écrites en conséquence de celle-ci ; [la première] est faite d'abord avec un consentement entre le remettant et le tireur ; la seconde consiste en un écrit donnant le mandat de payer l'argent au porteur au moment et au lieu convenus, mandat qui commence à être obligatoire par l'acceptation du tiré et produit déjà cette obligation des lettres ainsi dite dans un sens plus large, dont [il a été parlé] ci-dessus dans la thèse DXXI.

DLXXVI. On doute beaucoup de ce que sera la nature de cette affaire de change et à quel contrat voisin elle s'ajoute. La sentence du conseiller Dupuis de la Serra (chez Savary, *Le parfait négociant*, [éd. de 1736], t. I, *L'art des lettres de change*, p. 1 et suivantes), chap. III, § 13, nb 13 et suivants, p. 5-6, qui enseigne qu'une affaire de change, c'est-à-dite ce qui existe qui est fait entre

l'émetteur de la lettre et le tiré, est une certaine espèce d'achat et de vente dans laquelle le remettant ou celui qui donne la valeur est à l'instar d'un acheteur qui paie ou promet le prix, mais le tireur qui prend sur lui d'écrire la lettre de change est à l'instar d'un vendeur.

DLXXVII. La cause de cette affaire peut être double ; en effet, ou bien le tireur est libéré comme de ce qui doit être remis, lui donne la lettre de change avec la force de laquelle il réclame autant de l'autre, cas dans lequel il y a une certaine dation en paiement qui s'acquitte de la place d'un achat, voir C. 8, 44 *(Des évictions)*, 4, ou bien le remettant qui manque d'argent dans une autre place stipule que lui soit donnée par le tireur une lettre de change à payer ici ; dans ce cas, il y a un certain achat-vente. Cela est plus tard appelé un change pur, d'abord un change mixte, voir Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 35, p. 264 et suivante.

DLXXVIII. La marchandise dans cet achat n'est pas proprement un droit ou une action de réclamation contre le tiré ; car celui qui vend l'action est libéré, bien que l'action devienne vaine par l'indigence du débiteur, voir D. 18, 4 *(De la succession ou de la vente de l'action)*, 4 et 5. Mais la marchandise est l'argent lui-même vendu sous cette condition qu'il soit payé au moment et dans la place convenus dans la lettre de change. Ne fait pas ici obstacle D. 18, 1 *(Du contrat d'achat et des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur et les biens qui ne peuvent pas être vendus)*, 1. Car aussi, un argent étranger peut être acheté, le prix des espèces du marchand est changeant et enfin, l'argent lui-même, dont l'estimation est certaine, est plus ou moins cher à raison de la place, voir D. 13, 4 *(De ce qui doit être donné dans une certaine place)*, 3.

DLXXIX. À partir de cette nature de l'achat, de nombreux corollaires sont dérivés dans une affaire de change.

1°. Certes, l'un ne peut pas se retirer de ce contrat consensuel, même si la lettre de change n'a pas encore été écrite, contre le gré de l'autre, ni, à plus forte raison, le remettant regretter, voir Du Puy, chap. 5, §§ 8 et 9. Mais un grave soupçon et la crainte d'une perte étant nés, à l'exemple de l'acheteur qui craint à terme l'éviction du contrat, il peut demander un garantie fidéjussoire, voir D. 18, 6 *(Du risque et de l'avantage du bien vendu)*, 19 § 1, ou demander la valeur du prix ou de la valeur déjà payée, voir D. 12, 4 *(De la condiction, la cause ayant été donnée et ne s'étant pas ensuivie)*, 16 ; C. 8, 44 *(Des évictions)*, 24, Dupuis, § 10.

DLXXX. Également, le tireur, la valeur ayant été déjà payée, ne peut pas se retirer du contrat ni révoquer le mandat de payer donné au tiré. Cependant, la valeur n'ayant pas été encore payée, il retient à bon droit la lettre de change aussi longtemps que, la fois n'ayant pas été tenue, le prix lui soit payé ou que, certes, la foi ayant été tenue, mais, bientôt, un grave soupçon de perte étant né, il ait été donné garantie quant au prix de façon appropriée, voir en argument les *Institutes*, II, i, § 41, et D. 5, 1 *(Des jugements et quand quelqu'un devra agir ou citer en justice)*, 41. Mais, la lettre ayant été déjà remise et transmise par celui qui la concède, si, certes, celui-ci reste son propriétaire, il révoquera à bon droit le mandat ; mais il ne peut pas le révoquer, la propriété en ayant été transférée par un endossement fait à un tiers, la valeur ayant été payée, du fait qu'en peine de sa témérité, en donnant sa foi, il doit lui-même plutôt être attaché à la perte que l'acheteur de bonne foi en être affecté, lui qui a suivi la reconnaissance de celui-ci sur la valeur déjà payée ou rapportée dans les comptes, [reconnaissance] faite dans la lettre de change sans aucun faute de sa part, cf. Du Puy, dans ledit chap. 5, § 23 et maxime 4.

DLXXXI. 2°. Celui qui le rend, en tant qu'acheteur, comme aussi les mandataires de celui-ci, le porteur ou l'endosseur, la lettre de change dont une date certaine a été fixée pour le paiement, doivent la transmettre en son temps à la place où elle doit être payée pour être présentées au tiré à l'acceptation et au paiement. En effet, du fait que cette vente est ordinairement faite sous cette condition que le bien soit livré à une date certaine, celui qui la remet, qui a fait défaut à son devoir, sera semblable à un acheteur qui, ayant commis un dans l'acceptation, a rendu la chose à son risque, cf. D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, 39 pr. Si, toutefois, la lettre transmise au juste moment est arrivée plus tardivement par un cas fortuit qui arrive pour le cours public, il a été spécialement statué à Amsterdam le 31 janvier 1764, voir chez Reitz, *Grond-beginselen van't wissel-recht*, à travers Heinecke, [dans l'édition de] Middelburg de 1774, p. 634 et suivante, cela ne devait pas être imputé au remettant ; *Tweede vervolg der Handvesten van Amsterdam (Deuxième suite des privilèges d'Amsterdam)*, p. 81.

DLXXXII. Si la lettre de de change est écrite d'une façon telle que le paiement soit différé jusqu'à ce qu'elle aient été vues ou, dans certains jours après qu'elles ont été vues, la raison exposée cesse seulement et un retard est permis au remettant, cependant, non excessif. En effet,

il faut voir ce qui a été fait, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 34, pour un étranger, pour ce qu'il va recevoir sur la route, avec un rappel par le tireur de donner la lettre, le temps de voyage est jugé comme la concession d'un avantage, voir en argument D. 45, 1 *(Des obligation [qui se concluent] par un échange de paroles)*, 137 § 2. Mais, au marchand qui achète une lettre de cette sorte à raison du commerce, un trop grand retard et le cas du débiteur qui, par la suite, fait une cession en justice, devront être imputés, voir Dupuis, chap. 6, nb 20 et suivants. Beaucoup sont ici en désaccord, voyez Reitz sur Heinecke, cap. 4, § 24, note 31, p. 179 et suivante ; *Advijs over den koophandel*, part. II, cons. 2.

DLXXXIII. 3°. Celui qui la concède, en tant qu'acheteur, est tenu au paiement promis du prix ou de la valeur. Ce paiement est ordinairement fait à Amsterdam le premier ou le deuxième jour après la tradition de la lettre de change, la préparation de l'exécution devant être demandée, voir le statut du 31 janvier 1656 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 543, nb 3 ; Phoonsen, chap. 8, § 5 ; Roseboom, chap. 50, art. 30 ; voyez les autres lois chez Reitz sur Heinecke, cap. 6, § 3, note 3. Le paiement n'ayant pas été fait, le tireur peur revendiquer la lettre dont il a retenu la propriété à raison du non-paiement du prix (voir *Institutes*, II, i, § 41) et, si le remettant la cède en justice, parmi tous les créanciers, il vient en premier lieu, voir la thèse CDXLVIII, Heinecke et Reitz, cap. 6, § 46 ; *Adbvijs over den koophandel*, part. II, cons. 50, p. 195 et suivante, et cons. 52, p. 208 et suivante. Mais ce qu'il en est du droit, si la lettre de change a déjà été transmise par celui qui la concède a déjà été dit dans la thèse DLXXX.

DLXXXIV. 4°. Le tireur qui a donné la lettre de change pour un paiement dans une certaine place et à un certain moment, à l'instar du vendeur qui a promis la tradition à une certaine date, doit aussi obéir à la loi du contrat, voir C. 4, 49 *(Des actions d'achat et de vente)*, 4, est tenu de donner garantie que le paiement soit fait dans la place et au moment convenus.

DLXXXV. 5°. Cependant, avant ce moment, on ne peut pas presser au paiement de ce qui est de l'intérêt de l'acheteur, quoique, le tiré ne l'ayant pas reçu, le porteur ait affirmé quant à cette affaire ; mais, à celui-ci, cependant, ou à l'émetteur de la lettre, comme il est ordinaire que l'on fasse dans les jugements de bonne foi, voir D. 5, 1 *(Des jugements et quand quelqu'un devra agir ou citer en justice)*, 41, doit donner garantie quant au paiement de ce qui est d'intérêt, si le paiement n'a pas été fait en son temps, voir Dupuis, chap. 7, nb 7, et chap. 10, nb 19 ; Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 13, § 7 ; Heinecke et Reitz, chap. 6, p. 306 et suivante ; Grotius ci-dessous, chap. XLV, § 9.

DLXXXVI. 6°. Le paiement de la lettre de change n'ayant pas été fait à la date convenue, le tireur est tenu à ce qui est d'intérêt envers l'emetteur ou le porteur qui a succédé à sa place, voir D. 19, 1 *(Des actions d'achat et de vente)*, 1 ; Dupuis, chap. 16, nb 3 et 19 ; Phoonsen, chap. 20, § 2, p. 158 ; Heinecke et Reitz, cap. 6, § 4, p. 304 et suivante.

DLXXXVII. En outre , d'une lettre de change, naissent ou peuvent naître d'autres obligations :

1°. L'émetteur de la lettre, lorsqu'il a donné en mandat sa réclamation au porteur auquel il a transmis la lettre, si certes, seulement en sa faveur, le mandat a été contracté et que le mandataire procure un simple ministère en la réclamant, est tenu de lui rendre les dépenses et le prix du service, voir Dupuis, chap. 8, nb 5, et chap. 15, nb 1. Mais, si la réclamation a été donnée en mandat pour l'utilité des deux et qu'il a été fait en sorte que l'argent de celui qui le rend soit payé au porteur en tant que créancier, déjà, le paiement n'ayant pas été fait par le tiré, il doit payer en outre au porteur un rechange, c'est-à-dire la valeur avec ce qui est d'intérêt, voir Dupuis, chap. 8, nb 6, joint au chap. 15, nb 2 et suivants ; Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 20, § 2.

DLXXXVIII. 2°. Le porteur, en tant que mandataire de l'emetteur de la lettre, est obligé envers lui à garantir lui garantir la faute très légère sur les offres au tiré et sur la réclamation de la lettre de change ou la confection d'un protêt, et il est tenu de celle qui a été commise sur ce qui est d'intérêt, voir Heinecke, cap. 6, § 8 ; Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 15, § 3. En outre, s'il n'est pas le créancier de celui qui la concède, mais qu'il doit réclamer le paiement en faveur de celui-ci, il est obligé de rendre le paiement qu'il a reçu. L'émetteur, en tant que propriétaire, ne peut pas encore réclamer la lettre de change, si le porteur la cède en justice ; ceci ayant été fait, il est préféré à tous les autres créanciers, voir *Verzameling van casus-positiën, voorstellingen en declaratiën betrekkelyk tot voorvallende omstandigheden in den koophandel (Collection de positions de cas, présentations et déclarations concernant les circonstances sui arrivent dans le commerce)*, 1. stuk, Amsterdam 1793, et là, cas. 13, p. 122 et suivantes.

DLXXXIX. 3°. Le tireur qui a confié au tiré par la lettre de change, non à son débiteur, le paiement de l'argent est obligé à le lui restituer, le paiement ayant été fait.

DXC. 4°. Le tiré, l'acceptation de la lettre de change ayant été faite, s'il n'a pas exécuté le mandat ainsi reçu, est tenu envers le tireur à ce qui est d'intérêt, voir Reitz sur Heinecke, cap. 4, § 38, note 53 ; l'acceptation n'ayant pas été faite, il n'est régulièrement pas tenu, bien qu'il soit son débiteur, du fait que personne n'est contraint d'entreprendre un mandat, voir ici même, cap. 6, § 6.

DXCI. 5°. Le tiré, après l'acceptation de la lettre de change, est obligé envers celui qui la concède en tant qu'acheteur de ce droit que le tireur, à partir du mandat reçu, avait contre lui ; il est aussi obligé envers le porteur et l'endosseur, comme mandataires de l'émetteur de la lettre, voir Heinecke, cap. 3, § 17 joint au § 15, et cap. 6, § 5. S'y ajoute le fait que l'acceptation aura aussi la force d'un constitut, voir Dupuis, chap. 16, nb 2, ou d'une lettre d'obligation, voir la thèse DLXXXV à la fin.

DXCII. 6°. Tous ceux qui endossent les premiers sont obligés envers les seconds à partir du mandat dans lequel chacun s'est presque substitué le suivant pour réclamer l'argent au tiré au risque de celui-ci et de l'endosseur le premier, cf. D. 17,1 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 22 § 2 et 45 § 7, d'une façon telle que le dernier puisse convenir celui des premiers qu'il veut ; il est cependant presque d'usage que le précédent accepte en premier lieu, voir Reitz sur Heinecke, cap. 4, § 39, note 58 ; Dupuis, chap. 16, nb 1, 7, 8, 19 etc. ; Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 9, § 7 ; Savary, *Le parfait négociant*, liv. III chap. 6, p. 160 et suivantes ; *Advijs over den koophandel*, part. II, cons. 17. Une nouvelle obligation peut aussi s'y ajouter en tant qu'à partir de la vente avec laquelle l'endosseur est tenu envers le substitué, si l'endossement a été fait, la valeur une fois payée ; voir la thèse DLXXXVI.

DXCIII. 7°. Le tireur aussi, l'argent n'ayant pas été payé par le tiré, est obligé envers ceux qui endossent, car le droit obtenu par celui-ci par le mandat sur le porteur pour l'émetteur de la lettre à partir de l'achat, dont [il a été parlé] dans la thèse DLXXXVI, est transféré par le biais de ce mandat à ceux qui endossent, obligation dont traite Grotius ci-dessous chap. XLV, § 10.

DXCIV. En dehors de ces obligations, d'autres peuvent aussi naître à l'occasion de la lettre de change. Ainsi, quand le tiré n'a pas accepté la lettre, un tiers peut l'accepter en l'honneur du tireur, de celui qui rend la lettre ou de l'endosseur, comme nous le dirons ci-dessous sur le § 3. De plus, bien que le tiré l'ait acceptée, le tiers peut aussi s'obliger avec sa signature ; si cela a été fait dans la lettre, on l'appelle un *aval*, voir Reitz sur Heinecke, cap. 3, § 26, note 55 ; Savary, *Le parfait négociant*, liv. III, chap. 8, p. 218, dans le § commençant par *L'aval etc.*, à partir duquel le signataire est tenu sur le tout, le bénéfice de rang et de partage ayant cessé, Savary, dans le § suivant commençant par *Il est arrivé etc.*, p. 218-219 ; Reitz et Heinecke, cap. 6, § 10, dans la note, p. 325 à la fin, et i : peut être cité en justice selon le droit du change. Dans les deux choses, le simple garant qui est intervenu en faveur du tiré avec un autre chirographe, diffère, voir Heinecke, cap. 3, § 27, et cap. 6, §§ 10 et 11.

DXCV. À l'exception de ce que le porteur et ceux qui lui ont été substitués qui endossent ont comme obligés en totalité envers lui non seulement celui qui accepte, mais aussi le tireur, celui qui rend la lettre et les seconds qui endossent, aussi tous les premiers, chacun, plusieurs peuvent aussi, à un autre titre, à partir de la cause du change, devenir codébiteurs de la dette en totalité, comme si plusieurs, se l'étant vu demander, acceptaient la lettre de change ou qu'un autre obligeait le tiré avec un aval ; voir Heinecke et Reitz, cap. 3, § 28, et dans la note, p. 134 ; Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 22, § 2. Semblablement, à partir du contexte de la lettre de change, plusieurs peuvent être codébiteurs du crédit en totalité, comme si, celui qui rend la lettre l'ayant peut-être demandé qui, lui-même, avait promis qu'il donnerait une semblable lettre de change à une autre personne, le tireur avait écrit dans cette même lettre de change qu'il avait reçu sa valeur de celui qui la concède et de cette autre personne, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 9 ; *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st., cons. 33.]

§ 1. Une LETTRE DE CHANGE est alors *un mandat écrit par lequel quelqu'un donne mandat à une personne de payer de l'argent à raison de son mandant à un tiers.*

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici que le mandataire refusant d'accepter la lettre de change, il est permis à n'importe quel étranger qui est fait administrateur des affaires, de les accepter ; il a aussi cette action, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 6 ; Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 12, nb 10 et 22 ; Reitz dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, nb 28, p.60 ; et cela a ainsi été disposé à Amsterdam, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 50, art. 10, ainsi cependant, pour que celui qui tien le change ne puise pas être contraint d'avoir un tiers qui accepte capable, à moins qu'il n'ait donné garantie ou donné caution, voir Phoonsen, chap. 12, nb 13. Celui qui s'est substitué à la place de celui qui refuse est également et strictement obligé comme s'il était celui auquel le paiement avait été enjoint, voir Phoonsen, chap. 12, nb 18.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXCVI. L'affaire de change, que Grotius a seulement voulu définir dans cet endroit, dans la mesure où elle est faite entre le tireur et le tiré, est un mandat de payer à quelqu'un l'argent donné par le biais de la rédaction d'une lettre dans la forme due, dans laquelle il est ordinairement en général exprimé que celle-ci est une lettre de change, ce que certains requièrent comme nécessaire, voir Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 4, § 9 ; d'autres ne le réclament pas strictement, si seulement des choses substantielles sont trouvées, le nom du tireur, du tiré et du porteur, et que la mention est faite de la valeur reçue. Phoonsen, chap. 5, § 3 et suivants, Heinecke et Reitz, chap. 4, § 2 et suivants, rapportent les autres choses qui sont ordinairement observées dans celles-ci ; on y ajoute aussi si la lettre sera la première, la seconde, la troisième, etc., à savoir ce qu'on se voit ordonner de payer, les autres du même contexte n'ayant pas été payées, voir ledit passage ; *Verzameling van casus-positiën etc.*, cas. 2. Une condition peut être ajoutée dans celle-ci au paiement, par exemple si un navire est arrivé sauf, comme cela est fait dans ce qui est appelé *les changes de bomerie*, voir Phoonsen, chap. 37.

DXCVII. Pour que la lettre de change donne la procédure du change, le lieu où elle est écrite et le lieu du paiement doivent être différents. En outre, à Amsterdam, il est requis que l'un ou l'autre lieu soit en dehors de la Hollande dans la loi du 26 janvier 1679, dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 546. À Rotterdam, cela n'est pas nécessaire, loi du 24 août 1720, art. 20, chez Reitz sur Heinecke, p. 633, ni aussi à Middelburg, de même, p. 83.

DXCVIII. Heinecke et Reitz, chap. 4, §§ 13 et 14, [rapportent] que, dans une lettre de change il doit être reconnu que la valeur a été reçue ; cependant, il ns ne rapportent pas comment elle aura été acceptée ; mieux, le tireur lui-même peut se l'apporter en la recevant ([en néerlandais] *la valeur sur moi-même*), voir Savary, *Le parfait négociant*, liv. III, chap. 3, dans le paragraphe commençant par *La troisième espèce de lettres etc.*, p. 148.

DIC. Il a été demandé si, à raison de l'argent non payé par le tiré, un protêt ayant été fait, le tireur cité par le porteur ou l'endosseur, ou par l'émetteur de la lettre, s'il dit que la valeur ne lui a pas été procurée, pourra se défendre avec l'exception d'argent non payé. Les réponses, les interprètes et les lois cambiaires elles-mêmes varient, voir Johann-Ludwig Uhl Frankfurter, *Wissel-responsa*, part. I, cas. 32, p. 157 et suivante, part. II, cas. 94, p. 158 et 162, nb 9 joint à la part. I, cas. 56, p. 438 et suivante ; Heinecke et Reitz, chap. 3, § 10 et note 22, et chap. 4, § 13, et dans la *Dissertation* jointe en dessous, cap. 1, § 4, p. 474, et § 20, p. 506.

DC. Dans cette question, à partir de la nature de l'affaire de change et de la raison du droit hollandais, il semble que l'on doive ainsi penser :

1°. Si la nue-propriété de la lettre de change arrive à l'endosseur qui paie la valeur à celui qui la concède ou au porteur, l'exception d'argent non payé ou de valeur non reçue ne peut pas être opposée par le tireur à celui qui doit lui-même s'attacher à la perte en pénalité d'une foi donnée sans réflexion, voir la thèse DLXXX à la fin, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 5, nb 23 et maxime 4 ; Johann-Ludwig Uhl Franckfurter, *Wissel-responsa*, part. II, resp. 104.

DCI. 2°. Si l'endossement a été fait sans mention du paiement de la valeur par l'endosseur, celui-ci, en tant que procurateur sur le bien d'autrui de celui qui la concède, avec le même droit, et celui qui la concède lui-même, peuvent être repoussés par le tireur, non certes, avec l'exception d'argent non payé, mais avec l'exception de contrat non rempli ou de dol, qui doit être prouvée par celui qui l'allègue.

DCII. 3°. Cependant, cette exception de contrat non accompli sera encore plus utile au porteur ou au tireur que l'exception d'argent non payé (voyez la thèse DXXIII au milieu) pour exclure le paiement fiduciaire ou la condamnation dans le procès du change.

DCIII. 4°. Dans les changes secs, c'est-à-dite dans ceux dans lesquels il est promis de payer sous le nom fictif d'un change un prêt des intérêts après un certain temps au même endroit, voir Dupuis, chap. 1, nb 5, Reitz sur Heinecke, chap. 2, § 20, p. 78 et suivantes, et p. 638, lettre D, s'il a été dit que l'on a payé la valeur en argent comptant, n'apparaît pas la raison pour la quelle l'exception d'argent non payé privilégiée, du moins dans le procès principal, cesserait, cf. Phoonsen, chap. 39, nb 1, 3, 6 et 7 ; Dupuis, chap. 1, nb 5 ; Reitz sur Heinecke, chap. 6, § 30, p. 372 dans la note. S'il a été simplement dit que l'on a reçu la valeur, l'exception de contrat non accompli semble devoir être accordée. Je penserais qu'il en va de même du droit pour les lettres de promesses dans lesquelles, la mention du change ayant été laissée de côté, le paiement de l'argent est promis et la valeur est reconnue avoir été acceptée.

Dans les deux affaires, cependant, on peut être tenté [de savoir] si, non à raison du droit qui ordonne que la cause de la dette soit exprimée dans le chirographe, voir la thèse DXXVI, il est plus séant que cette mention générale de la valeur acceptée ne soit pas tenue pour appropriée et qu'un paiement fiduciaire doive être décidé, à l'exception de la seule lettre de change ainsi véritablement dite, quand le lieu du paiement et différent de l'endroit d'où elle a été donnée et desquelles l'utilité du commerce recommande grandement la faveur.

DCIV. La lettre de change est écrite d'une façon telle que le paiement doit être fait au porteur ou à son mandataire (*à Titius ou à son ordre)*. Si la mention du mandataire a été omise, Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 9, § 6 et les *Advijsen over en koophandel*, part. II, cons. 56, p. 220 et suivante, ont jugé que le simple endossement sans une cession spéciale en justice faite par un mandat écrit de réclamation ne transférait pas le droit de réclamation, d'autres auteurs pensant le contraire, voir Le Long, *Vervolg van de Wissel-stijl (Suite du style du change)* etc., § 20, Heinecke et Reitz, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 2, § 8 et note 13, Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 4, nb 4 et 9, p. 9 et 10, et chap. 13, nb 3 et 4, p. 42.

DCV. Le temps de la réalisation du paiement peut être exprimé dans une lettre de change de trois manières : pour que la date certaine soit fixée à l'avance par le tireur, voir Dupuis, chap. 4, exemple 8 et nb 28, pour qu'il soit laissé à l'offre du porteur, le paiement étant enjoint immédiatement ou à un certain moment après la vue de la lettre, voir Dupuis, chap. 4, nb 25 et suivants, ou enfin, pour que la détermination de la coutume soit reçue *à une ou deux usances* etc.. ce temps est très divers dans les différentes places, voir Dupuis, chap. 4, nb 29 et suivants ; Heinecke et Reitz, chap. 2, § 13, p. 58 et suivantes. À Amsterdam, il est en général d'un seul mois ou un autre à la faveur de la distance de l'endroit d'où la lettre a été envoyée, voir Phoonsen, chap. 14, § 10 et suivant. Également, la coutume détermine le temps pour les changes des périodes de fête qui, dans certaines foires, par exemple à Pâques, doivent être payées, voir Heinecke, chap. 2, § 12 et suivants ; Phoonsen, chap. 23 et 34, desquels diffèrent les changes des places publiques, c'est-à-dire ceux dont nous traitons proprement, qui sont appelés locaux ou mercantiles, ordinairement transmis et payés à d'autres moments.]

§ 2. Cette convention est conclue, comme un autre mandat, par une acceptation de la charge [483].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCVI. la lettre de change ayant été donnée, le tireur écrit ordinairement une lettre que l'on appelle d'avertissement au tiré, afin que le tiré sache qu'il paie quelque chose et doive rapporter ce qui a été payé dans les comptes de celui-ci et d'où il puisse répéter l'argent que, peut-être, il ne doit pas au tireur ; celle-ci ayant été reçue, il refuse à bon droit l'acceptation de la lettre de change. Si, cependant, ilsait assez pour quelle raison elle a été donnée, il est ordinairement dit da,s cette même lettre de change *sans autre avis*, voir Heinecke et Reitz, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 4, § 16, p. 165 et suivantes ; Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 4, nb 5 et 6. Si la lettre de change est remise au nom du mandataire (*en commission*), c'est-à-dire pour l'utilité et au risque d'autrui (*pour compte*), que celui-ci soit le tiré lui-même ou quelque tiers, dans la lettre d'avertissement, si certes, l'affaire du tiers est traitée, pour la donner à ce tiers, plusieurs choses doivent être insérées, voir Phoonsen, *Wisezelstijl*, chap. 26.]

[483] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 11.
Ce passage a été donné ci-dessus, dans la note 476.

§ 3. Cette acceptation est libre pour chacun, non seulement pour celui qui est nommément indiqué dans la lettre, mais aussi, lorsque celui-ci est en défaut, c'est un autre qui honorera la lettre ; celui-ci, alors, peut recevoir la charge du droit de la personne nommée dans la lettre ou prendre la lettre sur lui et, à partir de celle-ci, poursuivre en justice le porteur [484].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici que, le mandataire refusant d'accepter la lettre de change, il est libre à n'importe quel étranger qui sera l'administrateur des affaires de l'accepter et il a aussi cette action, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 6 ; Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 12, §§ 10 et 22 ; Reitz dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, nb 28, p. 60, et cela a été ainsi disposé à Amsterdam, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 50, art. 10, ainsi cependant, de sorte que celui qui tient le change ne puisse pas être contraint d'avoir me tiers qui accepte capable, à moins qu'il ne donne garantie ou ne fasse une caution, voir Phoonsen, chap. 12, § 13. Celui qui s'est ainsi substitué à la place de celui qui refuse est également strictement obligé comme s'il était celui auquel le paiement avait été enjoint, voir Phoonsen, chap. 12, § 18.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCVII. Le tiré n'ayant pas accepté la lettre de change, n'importe qui d'autre, en l'honneur de la lettre, peut l'accepter et la payer, même un protêt n'ayant pas été fait ; mais, dans ce cas cependant, celui qui paie a besoin de la cession de l'action qui doit lui être faite par le porteur, non selon la procédure du change, mais il peut poursuivre l'indemnité avec une action ordinaire, voir Roseboom, *Keur van Amsterdam*, chap. 50, art. 10. Au contraire, le protêt ayant été fait, le tiers qui accepte et qui paie selon la procédure du change conserve l'indemnité même sans cession, voir Roseboom, *Keur van Amsterdam*, chap. 50, art. 11 ; cf. Reitz sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 6, § 9, note 15.

DCVIII. Celle est celle qui est appelée ordinairement une acceptation sous protêt que non seulement un tiers peut faire, mais aussi celui qui tient la lettre, qu'il soit le porteur ou l'endosseur, à savoir lui-même en se la payant , voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 9, nb 6 ; mieux, le tiré lui-même s'il ne veut pas accepter librement, voir Dupuis, chap. 9, nb 5. Mieux, celui-ci peut aussi alternativement, c'est-à-dire ou accepter librement ou sous protêt, comme si, en faveur d'autrui duquel il n'a pas les biens, la lettre lui a été donnée et qu'il espère qu'il l'obtiendra encore de lui avant l'échéance la valeur du paiement, ou si, certes, il a les biens de celui-ci, mais qu'il n'a pas encore reçu le mandat de payer pour donner la lettre, voir Dupuis, chap. 9, nb 13.

DCIX. L'acceptation sous protêt peut être faite en l'honneur du tireur, de celui qui la concède ou de l'un des endosseurs, voir Dupuis, chap. 9, nb 5, 6 et 7, p. 33, et maxime 1.

DCX. Mais, plusieurs étant en concours pour l'accepter ainsi, est préféré 1°. celui qui a reçu le mandat d'accepter de celui en faveur et au risque duquel la lettre de change a été donnée, voir Dupuis, chap. 9, nb 15 ; Heinecke et Reitz, chap. 3, § 31, p. 141, et § 19, note 38, p. 112, nb 1 ; 2°. celui auquel le tireur l'a donné en mandat, voir Dupuis, chap. 9, nb 16, et maxime 4 ; 3°. celui auquel le paiement doit être fait qui tient la lettre, qu'il soit le porteur ou l'endosseur, comme l'enseigne Reitz, chap. 3, § 19, p. 112, nb 2. Mais, à meilleur droit, Phoonsen, chap. 12, § 9, pense que le tireur doit lui être préféré, s'il a voulu accepter alternativement, c'est-à-dire librement ou sous protêt, voir Dupuis, chap. 9, nb 17 ; 4°. si le tiré ne veut pas accepter, si ce n'est sous protêt en l'honneur du tireur, le porteur qui acceptera également lui est préféré, voir Dupuis, chap. 9, nb 18 ; 5°. celui qui veut accepter sous protêt en l'honneur du tireur est préféré à celui qui veut le faire en l'honneur de l'émetteur de la lettre ou de quelque endosseur, voir Dupuis, chap. 9, nb 19 ; 6°. celui qui veut accepter sous protêt en l'honneur du premier

[484] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 3, 5, 39 ; Recueil des *Keuren* d'Amsterdam, chap. 50 *(Des lettres de change)* ; coutume d'Amsterdam, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 5 ; Rote de Gênes, decis. 197.

endosseur est placé devant celui qui veut le faire en faveur du second, voir Dupuis, chap. 9, nb 20.

DCXI. Celui qui accepte sous protêt, comme à partir d'un constitut, est obligé de payer et cela peut convenir au processus du change, voir Roseboom, *Keur van Amsterdam*, chap. 50, art. 10 ; Heinecke et Reitz, chap. 6, § 9 ; Phoonsen, chap. 12, § 18, mais, le paiement ayant été fait, il a de la même façon un recours contre celui dont il a reçu l'honneur et tous ceux qui lui avaient été obligés, voir Dupuis, chap. 9, nb 10, non contre ceux auxquels lui-même était ici réciporquelemnt tenu, voir Dupuis, chap. 9, nb 11 ; ainsi, celui qui a accepté sous protêt en l'honneur du tireur ne peut pas agir contre les endosseurs, voyez le témoignage [donné] à Amsterdam le 27 février 1662 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 544, nb 6 ; Reitz sur Heinecke, chap. 6, § 9, note 16 ; Phoonsen, chap. 18, §§ 11 et 23.

DXCII. Celui qui tient la lettre de change, qu'il soit le porteur ou l'endosseur, n'est pas contraint d'acquiescer à l'acceptation sous protêt faite par un tiers, si ce n'est sous une garantie appropriée, voir Phoonsen, chap. 12, § 13 ; celui-ci y ayant acquiescé, si l'acceptation sous protêt est faite en l'honneur du tireur, il n'est pas contraint de procurer une garantie à l'émetteur de la lettre. Si [c'est] en l'honneur de quelque endosseur, le tireur doit lui donner garantie ou à l'émetteur de la lettre, voir Phoonsen, chap. 12, § 15.

DCXIII. De même que l'acceptation, de même le paiement aussi peut être fait sous protêt, le tiré ne payant pas, [lui] qui avait accepté, pourvu que le protêt soit fait quant au non-paiment, voir Phoonsen, chap. 18, § 1 ; Reitz sur Heinecke, chap. 6, § 9, dans la note, p. 323.

DCXIV. Le tiré lui-même aussi, l'acceptation n'ayant pas été faite, peut payer sous protêt en faveur de l'endosseur ou du tireur, voir Phoonsen, chap. 18, § 2 et aussi en faveur de celui-ci, bien qu'il ait librement accepté, voir Phoonsen, dans ledit chap. 18, § 3.]

§ 4. Cependant, les marchands sont tenus de prendre les lettres de change envoyées par un représentant de leurs affaires qui avait le pouvoir d'obliger son principal et de prendre l'argent sur un change au profit de son principal [485].

[**Note de Willem Schorer**

Dans le § précédent, l'auteur a posé la règle, maintenant,dans ce paragraphe, il indique l'exception et ainsi aussi [le font] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 6, et Reitz dans ledit traité, § 12, note 18, p. 53.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

[485] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 3, 5 § 1, D. 14, 3, 12 et 13 ; les coutumes d'Anvers, chap. 55 *(Des leytres de change)*, art. 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Car Servius dit, dans son livre premier A Brutus, que, si ce qui a été fait avec un gérant d'immeuble ou avec celui que quelqu'un a préposé à un immeuble ou pour acheter du blé, il est tenu pour le tout ».*

Extrait du livre XI des *Digestes* de Julianus : *« … et c'est pourquoi une action utile institoire contre moi se présente à toi, mais contre toi, [il y a] soit [l'action] sur le pécule de l'intendant* (*i.e.* l'esclave responsable des autres)*, si je veux agir sur le fondement d'une prise de bail* (ex conducto) *ou quant au pécule de l'esclave en sous-ordre, parce que je lui ai confié la marchandise à vendre ; le prix, auquel tu as acheté, pourra être considéré comme appliqué à ton bien, parce que tu es devenu débiteur de ton esclave ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Quelqu'un avait un esclave préposé au commerce d'huile à Arles, le même [ayant été préposé] pour recevoir des prêts d'argent ; il a reçu un prêt d'argent ; le créancier, pensant qu'il l'avait reçu pour des marchandises, a agi en justice avec l'action exposée* (*i. e.* l'action tributoire) *; il n'a pas pu prouver qu'il l'avait reçu pour sa marchandise. Bien que l'action soit éteinte et qu'il n'ait pu agir de façon plus large, cependant Julianus dit qu'une action utile lui revient, comme s'il avait été préposé aussi pour recevoir des prêts d'argent. 1 - Il faudra se rappeler que le maître n'est seulement tenu d'une action institoire que s'il n'a pas fait novation de cette obligation en stipulant avec l'intention de faire novation de la part de l'*institor *ou un autre. 2 - Si deux ou plusieurs personnes exploitent une auberge et qu'elles ont préposé un esclave qu'ils possédaient avec des parts différentes comme* institor*, Julianus demande s'ils sont tenus en fonction des parts de propriété, à la faveur de parts égales, à proportion de leur rémunération ou pour le tout. Il dit qu'il est plus vrai qu'à l'exemple des opérateurs maritimes* (exercitores) *et de l'action quant au pécule, chacun peut être cité en justice pour le tout et que, quoi qu'ait payé celui qui a été cité, il fera sa réclamation avec l'action de société* (actio societatis) *ou en partage de bien commun* (actio communi dividundo)*, et nous avons approuvé le jugement [donné] ci-dessus ».*

DCXV. Le marchand est tout à fait tenu d'accepter la lettre de change tirée par le détaillant, voir les statuts d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 1, pourvu qu'il soit clair à partir de celle-ci que celui-ci l'a donnée au titre du détaillant, voir Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 10, § 5. Dans ce cas, le tiré n'ayant pas payé, le détaillant ne semble pas pouvoir être cité en justice selon le droit hollandais ; cf. Heinecke, chap. 4, § 25, et là, Reitz dans sa note.]

§ 5. Celui qui a présenté une lettre de change est tenu de l'accepter ou de la rejeter.

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale que n'importe qui est contraint d'accepter ou de refuser le change. La raison en est que ce qui est du ressort de la volonté dès le commencement est fait à partir de ce qui a été fait après, voir C. 4, 10 *(Des obligations et des actions)*, 5 ; Reitz sur ledit traité, § 12, note 18, p. 53.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXVI. Les lois, voir le statut d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 1, et Roseboom, *Keur van Amsterdam*, chap. 50, art. 1, enseignent que le tiré peut librement rejeter une lettre de change à lui présentée selon la nature d'un mandat auquel il n'a pas encore consenti ; cela est vrai, bien que le débiteur ait promis au tireur auparavant qu'il l'accepterait ; cependant, dans ce cas, il est tenu à partir de sa promesse, mais selon la procédure ordinaire, à ce qui est d'intérêt, voir Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 10, § 6 ; *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 46.

DCXVII. Le tiré peut aussi ajouter à l'acceptation un délai, une mesure ou une condition, ou déterminer le montant qu'il va payer. Le porteur peut rejeter ces conditions, le protêt de la lettre de change ayant été fait, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 8, nb 23 ; Phoonsen, chap. 10, §§ 28 et 29, ou l'approuver à son risque, voir le nb 29 ; Reitz sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 4, § 27, note 37.

DCXVIII. L'acceptation de la lettre de change peut être faite de vive voix, avec n'importe quel écrit ou avec la souscription de cette même lettre, voir Phoonsen, chap. 10, §§ 8,9 et 10. Mais, pour empêcher qu'un protêt soit fait par le porteur, la souscription même de la lettre est requise en ajoutant le nom et le prénom de celui qui l'accepte, comme aussi le moment dans lequel elle a été faite ; mieux, si elle est faite au nom d'un autre, en ajoutant la qualité que l'on appelle celle du souscripteur, voyez le statut d'Amsterdam du 31 juillet 1660, art. 3, dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 543 ; de Middelburg du 9 septembre 1660, art. 3, chez Reitz sur Heinecke en appendice, p. 620, et le second du 24 mars 1736, art. 4, ici même, p. 623 ; comme aussi à Rotterdam le 24 août 1720, art. 2, ici même, p. 628 ; cependant ; dans la lettre qui garantit une certaine période pour le paiement, il n'y a pas besoin de la détermination du temps, voir Reitz sur Heinecke, chap. 4, § 26, note 34, p. 190.

DCXIX. Phoonsen, chap. 10, § 27, et Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 10, nb 2, 3 et règle 1, [disent] qu'il n'est pas permis de révoquer l'acceptation une fois faite, à moins qu'un dol ne soit intervenu, ici même, nb 4 et règle 2. Si elle a été souscrite dans la lettre de change, que celle-ci se trouve cependant dans les mains de l'acceptant, pas même dans ce cas, il ne sera permis de la détruire, voir Phoonsen, chap.10, § 27 ; Reitz sur Heinecke, chap.4, § 38, note 54 ; Dupuis, chap. 10, nb 6 et 7.]

§ 6. Celui qui accepte la lettre de change est tenu de faire le paiement [486] à la date indiquée dans la lettre de change ou, s'il se fait citer en justice au regard de l'acceptation, il doit faire au début du procès un paiement provisionnel sur bonne garantie [487].

[486] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvi *(Du mandat)*, § 11.

« § 11. Il n'est pas libre de ne pas assumer un mandat ; le mandat assumé doit être accompli ou, aussitôt, refusé, afin que, par lui-même ou par le biais d'un autre, le mandant exécute cette même affaire. Car, s'il n'est pas refusé d'une façon telle que la cause en entier, au mandant, soit réservée pour expliquer cette affaire, l'action de mandat n'a pas moins lieu, si ce n'est si une juste cause n'est intervenue de ne pas le refuser ou, à contretemps, de le refuser ».

[487] (Note de Groenewegen) Voir coutumes d'Anvers, chap. 56 *(Du natissement)*, art. 5.

[**Note de Willem Schorer sur la note 487 de Groenewegen van der Made**
Voir Roseboom sur les coutumes d'Amsterdam, chap. 50, art. 13.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCXX. Pour le paiement de la lettre de change, du moins celle dans laquelle une échéance certaine a été ajoutée, quelque délai de brefs jours est accordé, *des jours de répit*, à la faveur des différentes places, et certes, chez nous, six jours continus, voir la loi de Rotterdam, art. 8 ; Reitz sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 2, § 14, note 35. Le même retard a lieu dans la lettre, après qu'elle a été vue, à Rotterdam, dans ladite loi, art. 11, à Middelburg dans la loi du 24 mars 1736, art. 3 et 6 chez Reitz dans l'appendice, p. 623.

DCXXI. La valeur de l'argent que l'on commande de payer ayant été modifiée dans la lettre de change, s'il a été dit que la monnaie courante ou usitée devait être payée, il faut examiner la valeur qui est celle de l'époque du paiement, voir Reitz sur Heinecke, chap. 6, § 27, note 38. Mais, si l'on a commandé qu'une sorte certaine de pièces soit payée, [c'est] la valeur qui existait au moment du contrat, voyez l'édit des Hollandais du 27 avril 1719 établi de façon très prudente pour faire attention aux pertes, à partir de la crainte d'une modification arbitraire de la monnaie étrangère.

DCXXII. L'acceptant demande en vain que lui soit restituée la lettre de change avant de la payer, voir les lois d'Amsterdam du 24 janvier 1651 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 542, et du 26 juin 1679, art. 7, ici même, nb 10, p. 546 ; Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 50, art. 25 et suivants.

DCXXIII. Sur la question [de savoir] si, dans la paiement d'une lettre de change, il y aura lieu à une compensation, en premier lieu, il est assez certain que celui qui la tient, qu'il soit celui qui la concède lui-même, le porteur ou l'endosseur, doit souffrir la compensation de ce que lui-même doit de façon certaine et clairement à l'acceptant, voir Heinecke et Reitz, *Grondbegincselen van het wisselrecht*, chap. 6, § 27, note 39, et § 30, note 40. Mais, si lui-même n'est pas le débiteur de l'acceptant, mais l'un ou l'autre de ses répondants, que le répondant soit celui qui la concède ou le premier endosseur, il semble être plus vrai qu'il y a lieu à la compensation, voir Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 16, § 27 ; la loi de Leipzig chez Le Long, *Vervolg*, dans l'appendice, p. 80 ; avec cette raison, le fait que le second endosseur obtienne son droit qu'il a contre l'acceptant non par tant par la compensation faite de son répondant qu'avec l'endossement juste qui s'y ajoute, découle de l'acceptation même du tiré à savoir celui qui, de façon principale et générale, s'est quasi obligé à partir d'un constitut envers tous ceux auxquels la lettre de change aura été transférée, voir Phoonsen, chap. 10, nb 7. Enfin, si le tiré et de même, le créancier de l'émetteur de la lettre n'ont pas simplement accepté, mais en ajoutant cette condition que lui-même se paierait, il semble déjà à peine douteux que non seulement l'émetteur de la lettre lui-même, s'il tient la lettre, mais le porteur aussi ou son endosseur qui présente la lettre doit souffrir la compensation de son crédit, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 8, nb 2 et suivants.

DCXXIV. À partir d'une lettre change, une procédure d'exécution est accordée contre l'acceptant non moins que contre le tireur, avec laquelle la personne est confiée à la prison civile, un arrêt est imposé aux biens, voyez la loi d'Amsterdam du 2 décembre 1664 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 545 ; [van Merle], *Manier van procederen*, chap. 7, art. 19, de même p. 615, et chap. 9, art. 39 et suivants ; cependant, de cette loi, une exception a été reçue par la suite et une autre façon de procéder a été statuée convenant à la figure de la cause, si la lettre de change est dans les difficultés avec un défaut visible ou si, immédiatement, une claire exception est opposée, voir la loi du 30 janvier 1777 dans la *Tweede vervolg der Handvesten (Deuxième suite des privilèges)*, p. 85.]

[312] § 7. Bien qu'aussi, le porteur de la lettre de change, à défaut de paiement de l'acceptant eût fait un procès contre le tireur, ainsi, il conserve néanmoins son droit sur l'acceptant [488], pourvu que, l'un ayant payé, l'autre soit libéré.

[488] (Note de Groenewegen) Voir Recueil des *Keuren* d'Amsterdam, cap. 50, § *ende indien niet* ; coutumes d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 4 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 12 ; Rote de Gênes, decis. 8, nb 17-18.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXV. Du fait qu'à partir de la nature d'une affaire de change, le porteur a chacun comme obligé envers lui, le tireur, en tant que celui qui succède au droit de l'émeteur de la lettre, sur le fondement de l'achat (*ex empto*) et lui-même, celui qui accepte comme à partir d'un constitut, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 16, nb 1 et suivants et la règle 1 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 12, il peut choisir celui qu'il voulait citer en justice, comme cela a été disposé dans de nombreuses lois, voir Reitz sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 4, § 39, note 57, p. 227, comme à Middelburg en 1736, art. 9, chez le même, p. 625. Mais cependant, dans le statut d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 4, et dans la loi d'Amsterdam du 2 décembre 1664, voir dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 545, cela est limité d'une façon telle que, d'abord, le paiement n'ayant pas été fait par l'acceptant, il doit le demander au tireur et ainsi seulement, si celui-ci aussi ne paie pas, quant à cette affaire, par le biais de la confection d'un protêt, il pourra faire valoir en justice son droit contre l'acceptant. Cependant, cela a été ainsi tempéré par la suite le 26 janvier 1679, art. 3, à moins que le tireur n'ait cessé d'être solvable et qu'il ne puise le prouver de façon appropriée. Mais l'intention des deux statuts ne peut pas être qu'en interpelant pas le tireur, le porteur perde son recours contre l'acceptant, voir en argument pour le contraire ledit statut d'Anvers, chap. 55, art. 9. Mais celle-ci semble plutôt être qu'il perd le privilège de la procédure du change, mais en aucune manière l'action ordinaire.]

§ 8. On ne peut aussi faire aucun paiement avant la date indiquée dans la lettre de change. Autrement, s'il en naissait un dommage, comme par une expiration des affaires du porteur, une telle chose viendrait à la charge du payeur [489].

[**Note de Willem Schorer sur la note 489 de Groenewegen van der Made**

La raison est toute prête, parce que, par le biais de la lettre de change, celui qui donne mandat de faire le paiement à une période certaine, avant le délai de cette période, peut révoquer le mandat ; ce qu'il ne pourrait pas faire, le paiement ayant été déjà fait, le statut d'Amsterdam est en accord avec cela, voir Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 50, art. 12. Toutefois, cela ne doit pas être si strictement reçu, a-t-été jugé à Leipzig en décembre 1647, voir Reitz dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 2, § 5, note 2. Mieux, la lettre de change est à bon droit révoquée avant et après l'acceptation, la chose étant encore entière, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 8.

Du reste, il faut relever que cette lettre de change n'est pas également incluse dans les étroites limites des intérêts comme le contrat de prêt maritime (communément une *homerie*), voir Voet, lib. 22, tit. 2, nb 5 ; Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 3, nb 10.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXVI. Le mandat de payer l'argent à une échéance certaine exprimé dans la lettre de change doit être catégoriquement accomppli et, auparavant, le paiement ne doit pas être fait ou imposé au porteur ou à l'endosseur contre leur gré, du fait qu'il pourra être de beaucoup

---

[489] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 5 ; coutumes d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 6 ; Recueil des *Keuren* d'Amsterdam, chap. 50, § *item niemand.*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - En conséquence, avec soin, les bornes d'un mandat doivent être gardées ; car celui qui les a dépassées est considéré faire quelque chose d'autre et, s'il n'a pas accompli l'entreprise [qui lui a été demandée], il en est tenu. 2 - C'est pourquoi, si je t'ai donné mandat d'acheter la maison de Seius pour cent et que tu as acheté la maison de Titius pour un prix de loin plus important, voire pour cent ou un moindre prix, tu ne seras pas considéré avoir accompli le mandat. 3 - De même, si je t'ai donné mandat de vendre mon bien-fonds pour cent, que toi, tu l'as vendu pour quatre-vingt-dix et que je réclame le bien-fonds, une exception ne me fera pas obstacle, à moins que tu ne me paies le reste qui manque à mon mandat et que tu ne me gardes libéré pour le tout. 4 - Aussi, si un maître commande à son esclave de vendre un bien pour un certain montant, que ce dernier l'a vendu moins, le maître peut-il semblablement réclamer [le bien] et ne peut-il être repoussé par aucune exception, si la préservation de tout dommage ne lui est pas garantie. 5 - Mais la cause du mandant peut être rendue meilleure, si, alors que je t'ai donné mandat d'acheter Stichus pour dix, tu l'as acheté pour moins ou pour autant, de sorte que quelque chose d'autre s'ajoute à l'esclave : en effet, dans les deux cas, tu ne l'as pas fait au-delà du prix ou dans le prix ».*

d'intérêt pour ceux-ci ou, ceux-ci y consentant, pour le tireur lui-même qu'elle ne soit pas payée avant, voir Reitz sur Heinecke, chap. 2, § 5, note 8 ; Dupuis, chap. 12.]

§ 9. L'acceptant, étant en défaut de payer à sa date, est tenu à tous les frais, dommages et pertes de gain qui en naissent [490].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DXXVII. Sous les dépenses procurées par l'acceptant qui n'a pas payé au tiers après le temps fixé pour l'échéance, sont compris aussi les frais faits pour le protêt le quatrième, cinquième ou sixième jour de répit, voir la loi d'Amsterdam du 28 janvier 1679, art. 9 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 546, et celle de Rotterdam du 24 juin 1720, art. 10, chez Reitz dans l'appendice, p. 630.]

§ 10. Le porteur de la lettre peut peut refuser une lettre de change déjà acceptée, mais non satisfaite ou la faire refuser par le tireur, à moins que l'acceptant n'eût quelque droit sur l'argent [491].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur dit ici *le porteur de la lettre*, mais il en a ainsi été disposé à meilleur droit dans les coutumes d'Anvers, chap. 55, dans l'article 7 allégué : *celui qui a fixé la somme dans la lettre de change, comme étant maître du change*, parce celui qui est appelé le *porteur de la lettre* n'est pas le *maître du change* ; ainsi aussi a-t-il été répondu, voir *Consilia jurisconsulotrum Hollandorum*, part. II, cons. 140, p. 417.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXVIII. Bien que beaucoup jugent que cet endroit de Grotius doive être corrigé et n'attribuent pas un sens déraisonnable à celui-ci une fois corrigé, voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 77, et dans le *Nabericht op de 30 rechtsgeleerde Vragen (Avis sur les 30 questions juridiques)*, p. 153 et suivantes, il me semble ce pendant qu'il n'y a pas besoin de cette correction. Car Grotius, dans ce chapitre et dans le chapitre XLV, § 3, n'entend pas par *le porteur* cette quatrième personne que nous avons appelée dans la thèse DLXXIV le porteur ou celui qui représente l'endosseur, mais l'émetteur de la lettre lui-même, qui, dans le statut d'Anvers, chap. 55, art. 7, est exposé comme *celui qui a fixé la valeur de la somme dans la lettre de change, comme étant maître du change*. Il parle en outre de l'acceptant, parce qu'ici, il est indiqué dans le statut en ces termes *celui auquel arrive la lettre de change*, (non *tient*, comme le montrent faussement les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 77, *à payer*, c'est-à-dire celui dont le rôle est *de payer la lettre de change*. À plus forte raison, la sentence du statut et de Grotius est la suivante : celui qui paie la valeur à la faveur d'une lettre de change en tant que leur propriétaire, peut révoquer ce qui a été donné dans la lettre de change ou s'occuper de ce qu'elle soit révoquée par le tireur, la chose étant entière, c'est-à-dire avant que le paiement ait été fait par l'acceptant, à moins que celui qui doit payer, ne soit le pur mandataire du tireur (en effet, celui-ci est désigné dans le statut par *l'émetteur de la lettre de change*, joint à l'art. 4), mais il aura un droit sur l'argent qui doit être payé. Il arrive plus d'une fois que le tiré ait un tel droit sur l'argent, que lui-même se soit vu ordonner dans la lettre de change même de se payer, voir Phoonsen, *Wissel-stijl*, chap. 36, § 18 et suivants, que, par le biais de l'endossement de son débiteur, lui-même va se payer ou enfin, avec un droit de compensation, il ait accepté dès le commencement sous cette condition que lui-même se paierait, voir la thèse DCXXIII, Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 8, nb 2-10.]

---

[490] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)*, art. 4 ; en argument D. 19, 1, 3 § 3.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 3 - Si, par le vendeur de vin, il y a eu un retard empêchant qu'il le livre, il faut qu'il soit condamné, pour l'une ou l'autre des périodes où le vin était plus cher, celle durant laquelle il est vendu ou celle dans laquelle le procès conduit à la condamnation, de même, à l'endroit où il était plus cher, dans celui il est vendu ou là où l'on agit en justice ».*

[491] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, chap. 55 *(Des lettres de change)* , art. 7.

§ 11. Et que ceci soit dit pour autant que la matière de la lettre de change concerne le tireur et celui qui reçoit le mandat ; car, pour autant que la lettre de change regarde le tireur et le porteur de la lettre, il en sera traité convenablement lorsqu'il sera parlé du paiement et de la remise [492].

[**Note de Willem Schorer**

Du contrat de change, naît une double obligation : l'une contre celui qui a donné la lettre de change ou a donné en mandat le paiement, afin qu'il paie ce qu'en un temps et un endroit certains, il a promis et ordonné que l'on va payer ; l'autre contre celui qui a accepté la lettre de change et s'est ainsi obligé au paiement, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit.2, nb 5. Nous en dirons plusieurs choses ci-dessous sur le chapitre XLV.]

*

[313] Chapitre XIV
De l'achat et de la vente [493]

§ 1. Une VENTE ou un ACHAT est *une convention par laquelle l'un s'oblige à une propriété ou une garantie d'une certaine chose et l'autre au paiement d'une certaine valeur d'achat en argent* [494].

§ 2. Puisque ce contrat est commune au-dessus de toutes les autres, il devra ici en être parlé de façon plus large que des autres.

§ 3. Nous dirons alors en premier lieu comment ce contrat naît, ensuite [ce qu'il en est] de ses conséquences.

§ 4. Une *convention* [495], c'est-à-dire, comme il est dit ci-dessus, une *union de la volonté de deux personnes ou plus* [496] ; puisque, maintenant, la volonté ne peut pas exister sans un entendement qui précède [497], ainsi, un achat ne peut pas exister là où l'on s'est trompé sur la chose elle-même, comme si je prenais une terre pour une autre, ou sur la substance, comme si je pensais qu'était de l'or ce qui n'était que doré [498].

---

[492] (Note de Groenewegen) Voir ci-après dans le chapitre XLV.

[493] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, D. 18, 1 *(Du contrat d'achat, des pactes faits entre acheteur et vendeur et ces biens qui peuvent être vendus)*, et C. 4, 38 *(Du contrat d'achat)* avec le titre suivant [C. 4, 39 *(De la vente d'une succession ou de l'action)*] ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 278 ; Mossius, *De emptione et venditione* ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. IV.

Le titre des *Institutes*, outre un prologue assez long, comprend cinq paragraphes, celui du Digeste comprend 81 extraits et les deux titres du Code, respectivement, 15 et 9 constitutions.

[494] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *De contrahenda emptione*, nb 2.

[495] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 1 § 2.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Mais l'achat-vente est du ressort du droit des gens et c'est pourquoi ils se font par le consentement et peuvent se contracter entre absents, par l'intermédiaire d'un messager et de lettres ».*

[496] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 1 § 3.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - L'appellation de convention est à ce point générale que Pedius dit élégamment qu'il n'y a ni contrat, ni obligation, qui n'aient en eux une convention, qu'ils soient conclus à partir de la remise d'un bien* (re) *ou par des paroles* (verbis) *; car une stipulation qui se fait par des paroles* (verbis) *est nulle, s'il n'y a pas de consentement ».*

[497] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 116 § 2 ; D. 2, 1, 15.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Ceux qui se trompent ne sont pas considérés consentir ».*

Extrait du livre II *De tous les tribunaux* d'Ulpien : *« Si un préteur a été approché pour un autre par erreur, ce qui a été fait n'aura aucune valeur, car celui qui dit qu'ils avaient donné leur consentement au gouverneur ne doit pas être soutenu, du fait que (comme l'écrit Julien) ceux qui se trompent ne consentent pas. En effet, qu'est-il de si contraire à un assentiment qu'une erreur qui révèle un manque de connaissance ? »*

[498] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 9 [§ 2].

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - De là, on demande si, sur le bien matériel lui-même, on ne se trompe pas, mais que, sur la substance, se trouve l'erreur, comme par exemple, si l'on vend du vinaigre pour du vin, du bronze*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 497 et 498 de Groenewegen van der Made**

Pourt que ce contrat d'achat et de vente tire son effet, quatre choses sont requises, à savoir une juste *mesure*, un juste *poids*, un juste *nombre* et un juste *prix*, voir Damhouder, *Praxis rerum civilium*, cap. 48, nb 5, p. 59.]

§ 5. À partir de ce qui est dit ci-dessus en général, il peut être suffisamment entendu qu'aussi, des personnes ivres ne sont pas capables de s'obliger elles-mêmes [499], à savoir ceux qui sont devenus incapables d'entendement par ivresse ; alors, puisqu'une telle chose est difficile à prouver, chez nous, les contrats faits dans des cabarets sont tenus pour sans effet, lorsque l'un des contractants, dans les **[314]** vingt-quatre heures après la conclusion, s'y oppose ; autrement, ceux-ci sont fermes [500].

§ 6. *À une garantie* ; il est bien vrai qu'originellement, un achat, comme venant à la place d'un échange, est seulement utile pour que quelqu'un fasse transférer la propriété , comme encore une telle chose doit être l'intention des contractants, mais, par cela, il arrive parfois que quelqu'un pense être sien ce qui, par la suite, est trouvé ne pas être sien ; dans un tel cas, l'acheteur ne serait pas parfois bien servi avec une annulation du contrat, il est trouvé bon que le contrat reste en force et que le vendeur fasse obtenir la propriété à l'acheteur [501], sinon, qu'il compense à l'acheteur, en plus de la valeur d'achat, autant que l'acheteur lui-même avait d'intérêt à la propriété de la chose [502], ce que l'on appelle "garantir", et celui qui est tenu d'un telle chose, un "garant".

[**Note de Willem Schorer sur les notes 501 et 502 de Groenewegen van der Made**

En tout cas, le vendeur est tenu de l'éviction, bien que, sur celle-ci, rien n'ait été fait entre l'acheteur et le vendeur. La raison en est que l'éviction découle de la nature du contrat lui-même, et ainsi a-t-il été jugé à Utrecht le 30 juillet 1538, comme [le disent] plus longuement Middel. ad Vromans, *De foro competenti*, lib. I, cap. 3, § 14, note 32, Huber sur D. 21, 2 *(Des évictions et de la stipulation du double)*, nb 11, Brunemann sur C. 8, 44 *(Des évictions)*, 3. Cela est non seulement vrai si toute la chose, mais aussi sa part est évincée, voir Decker, *Disertationes et decisiones posthumæ*, p. 214, nb 24, pourvu que la partie ne soit pas petite, voir Huber sur ce titre du Digeste.

Du reste, il faut relever que, le bien ayant été évincé, le choix se présente à l'acheteur [de voir] s'il voulait répéter la valeur du bien comme il était au moment de l'achat ou s'il préfère agir pour son intérêt, l'auteur dans le chapitre XV, § 4, dans les notes 600 et 601. En outre, si l'acheteur a voulu faire valoir en justice son droit contre son répondant, il est requis qu'il lui déclare qu'un procès lui a été fait, autrement, il tombe de son droit, parce que l'acheteur jouit de ce remède du droit sous cette condition, si cela a été déclaré ; cela est en tout cas vrai, bien que

---

pour de l'or, du plomb pour de l'argent ou quelque chose d'autre en argent, s'il y a achat et vente. Marcellus écrit, dans le livre VI de ses Digestes, qu'il y a achat et vente, parce que, sur le bien matériel, il y a consentement même si, sur la matière, on s'est trompé. Moi, sur le vin, je suis certes d'accord, parce que la matière est presque la même, si le vin est seulement devenu acide ; du reste, si le vin n'est pas devenu acide, mais était du vinaigre dès le début, comme condiment acide, une chose est considérée venir pour une autre. Mais, sur les autres choses, je pense que la vente est nulle, chaque fois que l'on se trompe sur la matière ».

[499] (Note de Groenewegen) Voir Pyrrhus Maurus, *De fidejussionibus*, part. princ. II, sect. 8, cap. 9, nb 6 avec les suivants ; Sebastianus Medicus, traité *Mors omnia solvit*, part. I, nb 115 ; Sylvester, *Summa*, au mot *Ebrietas*, nb 6 ; Tusch, *Practicæ conclusiones,* vol. III, concl. 1, lettre E.

[500] (Note de Groenewegen) Ceci a seulement lieu dans les villes où cela est trouvé bon et mis comme ferme par des *keuren* particulières. Voyez en outre les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. II, avis 220.

[501] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 11 § 2.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Et en premier lieu, il faut que le vendeur fournisse la chose elle-même, c'est-à-dire la livre ; cette chose, si certes, le propriétaire en est le vendeur, rend l'acheteur propriétaire ; s'il ne l'était pas, elle oblige seulement au titre de l'éviction le vendeur, pourvu que le prix ait été compté ou, à ce titre, satisfait. Mais l'acheteur est contraint de faire des pièces [comptées] celles du vendeur ».*

[502] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2 *(Des évictions et de la stipulation du double)* et C. 8, 44 *(Des évictions)* ; Caballinus, traité *De evictionibus*. Voyez en outre le chapitre [XV] suivant, § 4, note 601.

Le titre en question du Digeste renferme 76 extraits et celui du Code, 31 constitutions.

le vendeur se soit obligé, de quelque manière que le bien soit évincé, voir Nicolas de Bourgogne, *De evictionibus*, cap. 54, nb 1 et 2. Cependant, la déclaration ayant été laissée de côté, l'action sur le fondement de l'achat (*ex empto*) se présente à l'acheteur, chaque fois qu'il est clair qu'aucune défense ne s'est présentée au vendeur, voir de même Nicolas de Bourgogne, cap. 55, nb 2 ; Surdus, decis. 22, nb 9, et ci-dessous chap. XV, § 4, sur la note 595, bien que, dans ce cas, il ne puisse pas obtenir les frais du procès, comme Nicolas de Bourgogne [le dit] ici, nb 9.

Le vendeur est tenu de l'éviction, bien que l'acheteur du bien ait été vaincu par une imprudence ou une erreur du juge. La raison en est qu'une sentence, même injuste, est tenue pour la vérité, pourvu que l'acheteur n'ait pas été en faute, voir l'auteur ci-dessous chap. XV, § 4, dans la note 599, et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 21, 2 *(Des évictions et de la stipulation du double)*,51, n'a pas fourni la cause de la condamnation injuste.

Mieux, si quelqu'un, le sachant, a acheté le bien-fonds d'autrui et qu'il ne s'est pas soucié que lui soit donné garantie quant à l'éviction, l'éviction ne doit pas moins être garantie pare le vendeur pour ce qui touche la restitution du prix, non cependant, pour ce qui est de son intérêt, comme certains le pensent. Toutefois, cela a agréé autrement à la Cour de Malines, non au Conseil de Brabant, comme le signale Groenewegen dans ses *De legibus abrogatis* sur C. 8, 44 *(Des évictions)*, et il suit ci-dessous dans le chapitre XV, § 4, note 601, cette sentence ; Carpzov, *Decisiones forenses*, part. II, const. 34, defin. 25, rapporte que cela a aussi été ainsi jugé, car, dans ce cas, il est considéré acheter le bien-fonds telle qu'il est (communément *frappé du pied*), comme [le dit] ici l'auteur, § 12, dans la note 519, voir Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 18, nb 7, à un point tel qu'il ne peut pas même répéter le prix, et cela a été aussi ainsi répondu, voir *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 84, p. 315.

Du reste, il faut observer que l'éviction est due à partir d'une cause onéreuse aussi dans les autres contrats, mais non dans les causes lucratives, comme dans une donation ; car le donateur n'est pas tenu de l'éviction, s'il n'a en rien agi avec un dol ou n'a pas promis expressément l'éviction, voir Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 3, cons. 78, nb 1. L'auteur a parlé ci-dessus dans ce livre, chapitre II, § 5, note 104, et ici, comme Groenewegen a aussi parlé de l'éviction dans la donation [faite] en récompense dans ledit chapitre, § 23, dans la note 146.]

§ 7. Le vendeur n'est pas tenu de donner garantie, à moins qu'une telle chose ne soit stipulée dans le contrat [503] ou qu'avant la totalité du paiement de l'argent d'achat, un tiers ou une inquiétude lui demande un droit sur l'achat [504].

[**Note de Willem Schorer sur la note 503 de Groenewegen van der Made**

Cela a été aussi ainsi répondu, voir *redspinsa jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 226, p. 499, et alors, le vendeur s'acquitte d'une pure promesse en contrepartie, voir Brunemann sur D. 18, 6 *(Du risque et de l'avantage du bien vendu)*, 18.]

---

[503] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 4 [pr].

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Il est demandé si celui qui a vendu un esclave doit donner un garant à raison de son éviction, [garant] que l'on appelle communément un second garant* (secundus auctor). *Et il a été rapporté qu'il ne le doit pas, à moins que, nommément, cela n'ait été fait ».*

[504] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 18 (17) à la fin ; *Codex Fabrianus*, liv. VIII, tit. 31, defin. 10, ; Papon, *Arrests*, liv. XI, tit. 4, arrêt 8 ; Rebuffe, *Constitutions* royales, tom. III, *De dilatione*, art. 5, nb 55-56 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 13, art. 38, nb 2 et dans les aditions sur C. 8, 44 [*Des évictions*], 24 et là, les docteurs ; Cooren, avis 13 à la fin ; Pyrrhus Maurus, *De solutione*, cap. 45 ; Dumoulin sur la coutume de Paris, tit. 2, art. 78, glos. 3, nb 11 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 4, defin. 9. Voyez en outre, Menochio, *De arbitrariorum judiciorum quæstionibus*, liv. II, cas. 224.

Extrait du livre XXXI *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Il faut savoir que, quand l'acheteur a commencé à commettre un retard, à l'instant, non sa faute, mais seulement son dol doit être garanti par le vendeur. Si, par le biais de l'acheteur et du vendeur, il y avait un retard. Labéon, certes, écrit qu'à l'acheteur plutôt qu'au vendeur, le retard commis porte préjudice, mais il faut envisager qu'un second retard ne lui soit pas préjudiciable. Qu'en est-il, en effet, si j'ai adressé une sommation au vendeur, qu'il n'a pas remis ce que j'ai acheté et qu'ensuite, celui-ci l'ayant offert, moi, je ne l'ai pas reçu ? Assurément, dans ce cas, à moi, il devra porter préjudice. Mais, si, par l'acheteur, le retard est commis, qu'ensuite, alors que tout est en l'état, le vendeur a commis le retard, alors qu'il peut s'en acquitter, il est juste que le second retard, au vendeur, porte préjudice ».*

[**Sur la note 504 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, chaque fois qu'une éviction menace au début du contrat, l'acheteur peut demander que le vendeur donne garantie en donnant des garants avant de payer le prix ou une partie de celui-ci ou de pouvoir être contraint de payer, comme, quant à nos usages, van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 18, nb 3, Wassenaar, *Practica judicialis*, cap. 6, nb 21, Cooren, *Observationes*, cons. 3, nb 3 et 4, et cons. 13, l'enseignent et *ex professo*, Gomez, *Resolutiones juris*, tit. 2, cap. 2, nb 39. Aussi, avant qu'une inquiétude soit portée envers l'acheteur sur une partie du bien vendu, ce remède de l'éviction se présente à lui, voir Surdus, *Decisiones,* decis. 253, nb 10, p. 482. Cependant, cette garantie étant intervenue, l'acheteur ne peut pas différer le paiement et ainsi a-t-il été jugé à Utrecht le 20 septembre 1647, voir van der Meulen, *Annotatien over de Ordonnantie van den Hove van Utrecht,* part. II, § 10, p. 92, et a-t-il été répondu à Utrecht, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 90.

Van Leeuwen, sur les coutumes du Rijnland, art. 38, indique ce qui aura été disposé dans les statuts de différentes places. Il est cependant débattu [de savoir] si pour cela, il est absolument requis que le procès ait déjà été soulevé sérieusement ou si une interpellation extrajudiciaire suffira. Il y a des interprètes qui sont en désaccord avec l'auteur et souhaitent que le procès ait été déjà soulevé, voir Carpzov, *Decisiones forenses*, part. II, const. 34, defin. 32. Pour affermir cette sentence, ils ajoutent la loi de C. 8, 44 *(Des évictions)*, 25 ; mais cette loi ne fait pas obstacle, car il s'agit ici de la question soulevée sur un bien vendu ou d'esclaves vendus qui réclament la liberté. Déjà, lorsque des esclaves réclament la liberté, vous direz à bon droit que le procès a déjà été à peine soulevé. Ils objectent D. 18, 6 *(Du risque et de l'avantage du bien vendu)*, 18 § 1, où il est dit : *avant le paiement du prix, la question de la propriété ayant été soulevée.* Mais cela peut être à bon droit entendu quant à l'interpellation qui précède le procès qui est tout à fait requise pour obtenir les dépenses, voir Willem de Groot, *Inleidingt tot de practik*, p. 26, nb 6, et ainsi, moi étant rapporteur, la Cour de Flandre l'a-t-elle jugé le 25 janvier 1762 à voix égales. Cependant, afin que toute présomption d'entente soit évitée, le vendeur défère à l'acheteur un serment purgatoire, voir Menochio, *De arbitrariorum judiciorum quæstionibus*, lib. II, cent. 3, cas. 224, nb 5 ; Brunemann sur C. 8, 44 *(Des évictions)*, 21 et 24.

Du reste, il est demandé, et il est d'une plus difficile recherche, si et quand pour une éviction, il y a une prescription. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 21, tit. 2, nb 19, signale que cette action dure pendant trente ans en entier, non depuis le moment de la vente, mais depuis celui de la réalisation de l'éviction. La raison en est que les actions nées ne sont pas encore à bon droit prescrites, voir Brunemann sur C. 8, 44 *(Des évictions)*, 21 ; Nicolas de Bourgogne, *De evictionibus*, cap. 86, nb 2. La raison de cette raison est la suivant : parce que la prescription ne court pas pour celui qui ne peut pas agir. En outre, cette exception n'a pas été introduite en faveur de celui qui prescrit, mais en aversion envers celui qui la néglige, comme [il a été dit] ci-dessus, liv. II, chap. VII, § 3, sur la note 206, et elle ne se présente pas purement et simplement, mais sous une condition : si le bien a été évincé ; en conséquence, avant la date de l'éviction, cette action ne peut pas avoir lieu, voir Lauterbach sur D. 21, 1 *(Des évictions et de la stipulation du double)*, nb 39, et ainsi aussi [le disent] Nicolas de Bourgogne, *De evictionibus*, cap. 86, nb 2, et Perez sur C. 8, 44 *(Des évictions)*, nb 20. Cependant, non obstant cela, Lauterbach, dans ledit endroit, Nicolas de Bourgogne, nb ultime, Brumemann sur C. 8, 44, 19, et ainsi aussi Tulden sur C. 8, 44, nb 10, enseignent que cette garantie de l'éviction cesse chaque fois que l'acheteur lui-même peut se protéger avec une prescription de longue durée ; par conséquence, le risque plus au-delà ne regarde pas le vendeur ; il n'est pas étranger à la nature de la prescription introduite à cette fin qu'enfin, parfois, il y ait une fin aux procès, tantôt à raison des actions civiles, comme [il est dit] ci-dessus, liv. II, chap. VII, § 3, sur la note 206, tantôt à raison des actions criminelles, comme [il sera dit] ci-dessous, chap. XLVI, § 8, sur la note 1428.]

§ 8. Cependant, dans certains endroits de Hollande, l'usage est que le vendeur d'un bien immeuble doive toujours aussi mettre une garantie sans stipulation [505].

[**Note de Willem Schorer sur la note 505 de Groenewegen van der Made**

[505] (Note de Groenewegen) Voir Cooren, *Consilia*, cons. 3.

Voyez les coutumes du Rijnland, art. 38, de même les nouvelles [coutumes] de Leyde, art. 117. Si quelqu'un, avec la force du statut, est obligé de donner des garants et qu'il ne peut pas les trouver, alors, la tradition est faite à partir du décret solennel du juge, des proclamations préalables ayant été faites dans les foires, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 18, nb 5.]

§ 9. *D'une certaine chose* ; une pleine propriété, un bien féodal ou un bien emphytéotique, corporel ou incorporel, présent ou futur [506], propriété du vendeur ou d'un autre **[315]** [507], mais non de l'acheteur [508], non aussi la chose qui a péri [509].

---

[506] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 8.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ni un achat, ni une vente, sans un bien qui sera vendu, ne peuvent s'entendre ; cependant, les fruits et les productions futures sont achetés à bon droit, de sorte que, tandis qu'une portée a été produite, alors maintenant, lorsque l'affaire a été contractée, on entend que la vente a été faite ; mais, si le vendeur faisait en sorte qu'elle ne naisse pas ou ne se fasse pas, on peut agir en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto). *1 - Parfois cependant, on entend une vente sans bien, comme lorsque l'on achète un risque, ce qui est fait, quand on achète une capture de poissons, d'oiseaux ou de choses abattues avec des flèches ; en effet, une vente est contractée, aussi, si rien n'est tombé, parce qu'il y a achat d'un espoir ; quant à ce qui a été capturé avec des flèches, dans ce cas, si l'on en a été évincé, aucune obligation sur le fondement de l'achat n'est contractée à ce titre, parce que cela est entendu avoir été fait ».*

[507] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 28.

Extrait du livre XLI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il n'y a pas de doute que le bien d'autrui peut être vendu ; il y a, en effet, achat et vente, mais le bien peut être enlevé à l'acheteur ».*

[508] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 16 ; D. 50, 17, 45 [pr].

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« L'achat de son propre bien n'est pas valide, que, le sachant ou l'ignorant, je l'ai acheté ; mais, si, l'ignorant, je l'ai acheté, ce que j'ai payé, je pourrai le réclamer, parce qu'il n'y avait nulle obligation. 1 - Cependant, à l'acheteur, ne fait pas obstacle, si, sur ce bien, l'usufruit seulement appartient à l'acheteur ».*

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Ni le gage, ni le dépôt, ni le précaire, ni l'achat, ni le louage de son propre bien ne peuvent se présenter ».*

[509] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 1 et 57.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« L'origine de la vente et de l'achat est venue des échanges. Jadis, en effet, il n'y avait pas de monnaie et la langue ne distinguait pas la chose vendue et le prix, mais chacun, selon la nécessité des circonstances et de ses besoins, échangeait ce qui lui était inutile contre ce qu'il lui fallait, parce qu'il arrive généralement que ce qui abonde pour l'un manque à l'autre. Mais, parce qu'il n'arrivait pas toujours, ni facilement, que, lorsque tu avais ce que je désirais, j'eusse à mon tour ce que tu voulais recevoir, on a choisi une matière dont la valeur publique et permanente éviterait les difficultés des échanges grâce à une quantité égale ; et cette matière frappée du sceau de l'État procure la jouissance et la propriété moins par sa substance que par sa quantité et, désormais, dans la vente, l'une et l'autre chose ne s'appellent plus marchandise, mais l'une des deux s'appelle le prix. 1 - Mais on doute [de savoir] si, sans monnaie, une vente peut aujourd'hui être réputée, comme si moi, je donnais une toge pour recevoir une tunique. Sabinus et Cassius pensent qu'il y a achat et vente ; Nerva et Proculus [pensent] qu'il y a un échange et non un achat. Sabinus use du témoignage d'Homère qui rapporte que la pratique des Grecs était d'acheter, avec du bronze et du fer, pour les hommes, du vin dans ces vers :*

"De leur côté, pour en avoir, les Argiens chevelus
donnèrent qui du bronze, qui du fer bien reluisant
qui des peaux de taureaux, qui des bêtes encore vivantes
qui des esclaves" (Il., VII, 472-475).

Mais ces vers semblent indiquer un échange, non un achat. De même ceux-ci :

"Mais le Cronide, Zeus, alors troubla la raison de Glaucos,
qui échangea des armes avec Diomède, le fils de Tydée" (Il., VI, 234-235).

Mais, en faveur de cette opinion, on dira plus ce qu'autrement, le poète dit de même :

"il acheta de ses propres deniers" (Od., I, 430).

Mais est plus vraie l'opinion de Nerva et de Proculus ; car, de même que vendre est une chose, acheter, une autre, l'un est acheteur, l'autre vendeur, de même le prix est une chose, la marchandise, une autre, parce que, dans un échange, on ne peut distinguer lequel des deux sera l'acheteur et lequel des deux, le vendeur. 2 - Mais l'achat-vente est du ressort du droit des gens et c'est pourquoi ils se font par le consentement et peuvent se contracter entre absents, par l'intermédiaire d'un messager et de lettres ».

Extrait du livre V *Sur Plautius* de Paul : *« J'ai acheté une maison, alors que moi et le vendeur, nous ignorions que celle-ci avait brûlé. Nerva et Sabinus disent que rien n'est vendu, bien que le terrain demeure et que l'on peut réclamer avec une condiction l'argent payé. Mais, si une partie de la maison reste, Neratius dit que, pour cette question, il importe beaucoup [de savoir] quelle partie de la maison détruite par l'incendie demeure, afin que, si certes, la plus grande partie de la maison a été détruite, l'acheteur ne soit pas contraint de réaliser l'achat, mais aussi qu'il réclame peut-être ce qui a été payé par lui ; mais, si*

§ 10. Les choses appropriées au service de Dieu, du pays ou d'un ville ne peuvent pas être vendues par des particuliers, mais un tel achat est entièrement nul excepté que l'acheteur a un droit contre le vendeur, dans le cas où il n'en a pas eu connaissance [510]. On ne peut pas vendre des maisons pour les démolir [511], ni du poison [autrement] que pour un mélange [512] ; les choses litigieuses, chez nous, peuvent être vendues [513].

[**Note de Willem Schorer sur la note 510 de Groenewegen van der Made**

Les solennités que le droit civil requiert pour l'aliénation des biens ne sont nulle part observées ; mais également, pour les biens immeubles des mineurs de cette cité où existent ces biens pieux, il y a besoin d'un décret du juge ;toutefois, celui-ci ayant été négligé, ni dans nos usages ni dans ceux des Français, l'acheteur ne perd le prix payé, ainsi, de sorte qu'une telle aliénation n'est pas même annulée avec le secours de la remise en l'état initial, à moins qu'une lésion impirtante et notoire se se trouve en dessous, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 1, 2 *(Des saintes églises, de leurs biens et de leurs privilèges)*, 14.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXIX. De même que, dans les différentes cités hollandaises, il a été établi que les bâtiments ne soient pas détruits, voir la *Keur* de Leyde, art. 46, de Haarlem du 7 janvier 1785 dans la *Vervolg der Keur*, part. I, p.150 et suivantes, tantôt pour quela beauté et l'élégance de la villesoient conservées, tantôt piur que l'impôt sur les biens, qui est appelé *verponding* [*i. e.* l'impôt qui frappe les terres et les maisons] n'en prenne pas de perte, de même aussi, dans le droit récent, cela a été disposé quant aux édifices situés à la campagne, à moins que ne soit obtenu le

---

au contraire, une moitié ou une moindre partie que la moitié a été détruite, alors, l'acheteur doit être contraint d'accomplir la vente, l'évaluation étant tenue à l'arbitrage d'un homme de bien, de sorte que, ce qui, du prix à cause de l'incendie, a été trouvé le diminuer, du paiement de celui-ci, il soit libéré. 1 - Mais, si au contraire le vendeur savait, certes, que la maison avait été détruite, mais que l'acheteur l'ignorait, aucune vente ne tient, si toute la maison, avant la vente, a été détruite ; mais, si n'importe quelle partie de la construction demeure, la vente tient et le vendeur rendra à l'acheteur ce qui est de son intérêt. 2 - De façon semblable aussi, du point de vue opposé, il faut débattre [de savoir] quand l'acheteur, certes, le savait, mais que le vendeur l'ignorait ; en effet, ici, il faut que la vente tienne et que tout le prix, par l'acheteur, au vendeur, s'il n'a pas été payé, soit payé ou, s'il a été payé, qu'il ne soit pas réclamé. 3 - Si les deux savaient, l'acheteur et le vendeur, que la maison avait été détruite en totalité ou en partie, rien n'a été fait avec un dol entre les deux parties, en compensant l'action qui provient de la bonne foi, sans accorder que [la vente] tient avec le dol qui, de l'une et de l'autre partie, vient ».

[510] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiii *((De l'achat et de la vente)*, § 5.

« § 5. Quelqu'un achète en vain, le sachant, les endroits sacrés ou religieux, de même les endroits publics, comme un forum, une basilique ; ces biens, si, cependant, pour des personnes privées ou profanes, trompé par le vendeur, il les achetés, il aura une action sur le fondement de l'achat (ex empto) *qu'il ne lui sera pas permis d'avoir pour obtenir ce qui est de son intérêt qu'il n'ait pas été trompé. La règle est la même, s'il a acheté un homme libre à la faveur d'un esclave ».*

[511] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1 *(Du contrat d'achat)*, 52 et Groenewegen là, dans ses *De legibus abrogatis.*

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Le Sénat a jugé que nul ne détruirait une maison ou une maison de campagne, ce avec quoi il lui serait plus acquis, que nul, pour commercer, n'achèterait ou ne vendrait quelque chose de ceux-ci ; une peine, contre celui qui, à l'encontre du sénatus-consulte, a agi, a été établie, afin que le double du prix auquel il a acheté, dans le trésor, il soit contraint de l'apporter, mais, contre celui qui a vendu, afin que la vente soit annulée. Clairement, si, à moi, tu as payé le prix, alors que toi, au trésor, tu dois le double, tu le réclameras de moi ; pour ma part, la vente faite est nulle. Non seulement, à ce sénatus-consulte, il y aura lieu, si quelqu'un a vendu sa maison de campagne ou sa maison, mais aussi s'[il a vendu] celle d'autrui ».*

[512] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 35 § 2.

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 2 - Certains pensent qu'on ne peut pas contracter une vente de poison, parce que nulle société ou nul mandat n'a quelque force au regard d'une chose honteuse ; cette opinion peut être considérée comme vraie à l'égard des poisons qui, ajoutés à une autre matière, ne peuvent en aucune façon nous être utiles, mais pour ceux qui, mêlés à d'autres matières, quittent leur nature nocive, de façon à ce qu'à partir d'eux, on fasse des antidotes et certains autres médicaments utiles à la santé, on peut le dire autrement ».*

[513] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, chap. 51 *(Du commerce)*, art. 10 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 36 *(Des choses litigieuses)*. Ceci diffère des lois romaines, voir lesdits titres de D. 44, 6 *(Des choses litigieuses)* et C. 8, 36 *(Des choses litigieuses)*.

Ce titre du Digeste renferme 3 extraits et celui du Code, 4 constitutions.

consentement de ceux qui s'acquittent maintenant d'un certain office de délégués des États, voir la loi hollandise du 23 juin 1797.

DCXXX. le bien litigueux peut maintenant être aliéné, mais en sauvegradant lle droit du tiers qui fait le procès et qui, la victoire ayant été remportée, peut appeler le bien quant auquel il a fait le procès sans une nouvelle procédure au possesseur actuel par le biais d'uneexécution, voyez la note sur Pieter Vromans, *De foro competente*, lib. III, cap. 2, § 2, note 7, p. 209.]

§ 11. On peut aussi vendre la succession d'un homme décédé [514] et, lorsqu'autre chose n'est pas stipulé, le vendeur n'est pas tenu de garantir pièce pour pièce [515], mais il doit

[514] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 4, 1.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si la succession de celui qui est vivant ou qui n'est personne est vendue, il n'y a rien de fait, parce que n'est pas dans la nature des choses ce qui est vendu ».*

[515] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 4, 2.

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Le vendeur d'une succession ne doit pas, quant à l'éviction, donner une garantie, du fait qu'entre celui qui achète et celui qui vend, on a fait en sorte que l'acheteur n'ait ni plus, ni moins de droit qu'il y aura chez l'héritier futur ; clairement, quant à son fait, le vendeur ne doit pas être contraint de donner garantie. 1 - Il faudra voir, pour une succession vendue, si l'on regarde la quantité qu'il y avait au moment de la mort, celle qu'il y avait quand la succession est acceptée ou celle qu'il y avait quand la succession est vendue. Il est plus vrai [de dire] que l'on doit observer ce qui a été fait ; mais, en général, on considère que l'on fait en sorte que ce qui, de la succession, arrive au moment où la vente est faite est considéré être vendu. 2 - On peut être demandé ceci : si aussi, à un impubère, a été substitué celui qui a vendu la succession, ce qui, de la succession de l'impubère, arrive à celui qui a vendu la succession, y aura-t-il lieu à une action sur le fondement de l'achat* (ex empto). *Il est mieux [de dire] qu'elle ne vient pas, parce que la succession est autre ; en effet, bien qu'il y ait un seul testament, il y a cependant une succession et une autre succession. Clairement, si cela a été fait, il faudra dire qu'aussi, la succession de l'impubère entre dans la vente, surtout si, la succession de l'impubère ayant été déjà dévolue [au vendeur], la succession est vendue. 3 - On demande comment elle sera considérée être arrivée au vendeur de la succession. Moi, je pense qu'avant que le vendeur ait certes obtenu des objets des biens successoraux, il est considéré y arriver seulement dans la mesure où il peut confier la poursuite de ces biens et en attribuer les actions, en effet, là où il a obtenu des objets ou a réclamé les dettes, cela est plus pleinement considéré lui être revenu. Mais, s'il a obtenu le prix des biens vendus avant la vente de la succession, il est clair que le prix des biens lui est revenu. Il faut tenir cela avec l'effet qu'il est considéré y être revenu, non avec la première raison ; pour cela, ce qu'au titre des légataires, quelqu'un a procuré n'est pas considéré lui être revenu ; mais, si quelque chose est du ressort d'une dette ou d'une charge successorale d'autrui, on refusera à juste titre que cela lui soit revenu. Mais, avant la vente, la raison de l'équité réclame que les prix des biens donnés soient procurés. 4 - Non seulement ce qui, au vendeur, de la succession, revient, mais aussi ce qui, à son héritier, à partir de la succession, revient, à l'acheteur, doit être rendu ; non seulement ce qui, déjà, revient, mais aussi, ce qui, parfois, reviendra, doit être rendu. 5 - Mais, si quelque chose, avec leur dol, a été fait pour empêcher que cela leur revienne, à l'acheteur, il faut le procurer ; mais il est considéré avoir fait avec un dol en sorte de l'en empêcher, qu'il ait vendu quelque chose, aussi en recevant celui qu'il a libéré ou qu'il ait fait avec un dol en sorte que, quant à la succession, il ne l'acquière pas ou n'en obtienne pas la possession qu'il pourrait obtenir. Mais, si, sans dol, il n'a pas permis quelque chose ou, d'une grosse négligence, en tout cas, il en sera tenu ; mais les choses perdues et amoindries sans un dol du vendeur ne seront pas procurées. 6 - On a demandé si le vendeur d'une succession, à raison de la dette [faite] par son fils qui se trouve sous sa puissance ou [de celle] de son esclave, à celui dont il a vendu la succession, devra la payer à l'acheteur. On a considéré que tout ce que l'on trouvait seulement quant au pécule du fils, ou de l'esclave, ou versé dans son propre patrimoine, il devait le payer. 7 - Il est ordinairement demandé si, quand le vendeur de la succession a éprouvé, à l'occasion d'un profit, quelque chose, à l'acheteur, il devra le rendre. Cette question se trouve débattue chez Julianus dans le livre VI de ses Digestes et il dit que, ce qui n'est pas dû, l'héritier le réclamera et le retient, et que la dette qu'il n'a pas payée, il ne la comptera pas ; car on observe que l'héritier, à l'acheteur, ne procure pas ce qu'il a payé et qui n'est pas dû, et que, de lui, il n'obtiendra pas ce qu'il a procuré qui n'est pas dû. Mais, si, condamné, il a payé, il suffit à l'héritier qu'il ait été condamné sans son dol, même si, surtout, le créancier n'était pas celui envers qui l'héritier a été condamné ; c'est là une opinion qui me plaît. 8 - Mais il faudra dire que non seulement les actions héréditaires, mais aussi ces obligations que l'héritier lui-même a établies doivent être fournies à l'acheteur ; c'est pourquoi, s'il a reçu un garant du débiteur de la succession, cette même action qu'a l'héritier, à l'acheteur, il devra la procurer ; mais, s'il a fait novation ou a introduit une action en justice, il devra fournir cette même action qu'il a obtenue. 9 - De même que tout profit prend en considération l'acheteur de la succession, de même aussi, le dommage doit le concerner. 10 - Enfin, si l'héritier a vendu un bien successoral et, à travers cela, a été condamné, il n'a pas contre l'acheteur d'action, parce qu'il n'est pas condamné pour le fait qu'il est héritier, mais parce qu'il a vendu. Mais, s'il a remis le prix du bien vendu à l'acheteur de la succession, voyons s'il y a lieu à une action sur le fondement de la vente* (ex vendito) *; je penserais qu'elle existe. 11 - Que le vendeur lui-même ait remis quelque chose à la faveur de la succession, son procurateur ou quelqu'un d'autre pour lui, tandis qu'il a administré son affaire, il y aura lieu à une action sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, pourvu que quelque chose manque au vendeur de la succession ; du reste, si rien ne manque au vendeur, il sera convenable de dire qu'à lui, ne se présente pas d'action. 12 - Chez Julianus, il a été écrit que, si le vendeur de la succession a excepté un esclave sans pécule et qu'à son titre, contre lui, on a agi en justice quant au pécule et à ce qui est allé dans son patrimoine, il obtient seulement ce qu'il a procuré au titre de ce pécule que,*

transférer à l'acheteur tout droit qu'il y avait dans la succession au moment du décès avec les profits qui naissent de son bien jusqu'au jour de la vente [516] ; et, bien que l'acheteur ait mis ses pieds dans les chaussures du vendeur, ainsi, le vendeur peut cependant être cité en justice par les créanciers du défunt, étant sauf son recours contre l'acheteur [517].

[**Note de Willem Schorer sur la note 514 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne que la succession de l'home qui a déjà accompli son destin est à bon droit vendue, du fait que le contraire est vrai pour la succession réalisée d'une personne vivante. En effet, toute pensée quant à la succession d'une personne vivante est désapprouvée et englobe une ignominie inexcusable, voir Brunemann sur D. 18, 4 *(De la vente d'une succession ou d'une action)*, 1, du fait que, pour cette même raison aussi, le pacte quant à l'acquisition de la succession future d'une personne vivante est sans aucune valeur et ne tire aucun effet, voir l'auteur ci-dessus, liv. III, chap. I, § 41, dans la note 66 ; Voet, *Commentarius ad Pandecats*, lib. 2, tit. 14, nb 16 ; *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 208, p. 574, aux mots *belangende de tweede* - "concernant le

---

comme acheteur, il devra suivre ou ce qui a été versé dans le bien du défunt ; en effet, dans ces cas, il paie la dette (aes alienum) *de l'acheteur ; sur le fondement des autres causes, en son propre nom, il sera condamné. 13 - Qu'en est-il donc, si le vendeur de la succession a excepté un esclave avec un pécule et que, cité en justice quant au pécule, il l'a payé ? Marcellus, dans le livre VI de ses Digestes, écrit qu'il ne le réclamera pas, si seulement on a fait en sorte que, ce qui subsistait du pécule, il l'ait ; en revanche, si l'on a agi en sens contraire, il dit qu'à bon droit, il peut le réclamer ; mais, si rien, expressément entre eux, n'est convenu, mais que seulement une mention du pécule a été faite, il est clair que l'action sur le fondement de la vente* (ex vendito) *cesse [d'avoir lieu]. 14 - Si le vendeur de la succession a pour lui excepté des bâtiments, au titre desquels il a été fait la promesse [de garantir] le dommage non encore survenu* (cautio damni infecti)*, de l'acheteur, il n'obtiendra rien ; mais, si l'on a fait en sorte que l'acheteur paie cette dette* (aes alienum)*, elle appartiendra à cette charge de la stipulation ; si n'apparaît pas ce qui a été fait, il sera vraisemblable que l'on a fait en sorte que, certes au titre de ce dommage non encore réalisé* (damnum infectum) *qui, avant la vente, a été causé, la charge en appartient à l'acheteur, et celui d'une autre époque, à l'héritier. 15 - Si Titius a vendu la succession de Mævius à Seius et qu'institué par Seius, l'héritier a vendu cette succession à Attius, sur le fondement de la première vente de la succession, contre Attius, pourra-t-on agir en justice ? Julianus dit : ce que le vendeur de la succession a pu réclamer de n'importe quel héritier extérieur, par l'acheteur de la succession, sera obtenu ; et de façon certaine, si, pour Seius, il y avait un autre héritier, tout ce que le vendeur, au titre de la succession de Mævius, a procuré peut être, avec une action sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, obtenu de lui ; car, si j'ai stipulé le double [du prix] d'un esclave de Seius, que, pour lui, il y a un héritier et que j'ai vendu cette succession à Titius, en évinçant l'esclave, de Titius, je conserverai le bien. 16 - Si le vendeur de la succession a payé quelque chose au titre de l'impôt public, il sera convenable [de dire] que l'acheteur le reconnaît et le doit ; car ce sont là les charges de la succession. Si, peut-être, au titre des taxes, il débourse quelque chose, de même, il faudra le dire. 17 - Si, l'enterrement une fois fait, l'héritier a vendu la succession, obtiendra-t-il les frais des funérailles de l'acheteur ? Labéon dit que l'acheteur doit payer la dépense des funérailles, parce que, dit-il, cette dépense revient à la succession ; Javolenus pense vraie l'opinion de ce dernier et moi, je le pense [aussi]. 18 - Alors que quelqu'un est, pour son débiteur, un héritier, le créancier cesse de se trouver dans une confusion ; mais, sil a vendu la succession, on considère très juste que l'acheteur de la succession prenne la place de l'héritier et c'est pourquoi il est tenu envers le vendeur de la succession, que, quand il est mort, le testateur doive [quelque chose] (bien qu'après sa mort, il cesse le devoir, une fois la succession acceptée par le vendeur), que quelque chose soit dû à terme ou sous condition, ou que, par la suite, la condition se produise, [il en est] ainsi, cependant, si l'action de cette dette, contre l'héritier, pouvait se trouver, afin que, peut-être aussi, sur le fondement de ces causes, sur le fondement desquelles, contre l'hériter, il n'y a pas d'action, contre l'acheteur, on n'agisse pas en justice. 19 - Si l'héritier institué a perdu les servitudes en acceptant la succession, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, il pourra faire valoir son droit contre l'acheteur, afin que les servitudes lui soient rendues. 20 - Mais, si le vendeur n'a encore rien procuré, mais, à quelque titre que ce soit, a été obligé à raison de la succession, il ne peut pas moins agir en justice contre l'acheteur ».*

[516] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 4, 2 § 1.

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Il faudra voir, pour une succession vendue, si l'on regarde la quantité qu'il y avait au moment de la mort, celle qu'il y avait quand la succession est acceptée ou celle qu'il y avait quand la succession est vendue. Il est plus vrai [de dire] que l'on doit observer ce qui a été fait ; mais, en général, on considère que l'on fait en sorte que ce qui, de la succession, arrive au moment où la vente est faite est considéré être vendu ».*

[517] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 39 *(De la vente d'une succession ou d'une action)*, 2. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* là.

Constitution d'Antonin adressée à Titius Florianus (sans date) : *« La raison du droit demande qu'aux créancier de la succession et aux légataires ou aux fidéicommissaires voulant de citer en justice, tu répondes avec celui auquel tu as vendu la succession que tu as fait valoir ton droit en justice selon son ordre. Car, pour qu'il te doit donné garantie, tard, tu souhaiteras, parce qu'au moment où est vendue la succession, cela n'a pas été compris. En effet, bien que, sous cette condition, il l'ait achetée pour faire aux créanciers de la succession, satisfaction, il ne peut être contraint contre son gré, de recevoir les actions successorales »..*

second point", à un point tel que la succession ab intestat lui est ôtée entant qu'indigne, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 35, defin. 17, nb 10. Et, si la raison pour laquelle le pacte sur la succession d'une personne vivante est sans effet procède, il s'ensuit qu'il a été faussement répondu dans notre droit que le pacte quant au fait de ne pas succéder serait interdit, voir *Responsa jurisconultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 131, p. 226. En effet, la cause ayant cessé, l'effet cesse ; Cos, *Rechtsgeleerde verhandelinge*, p. 181, signale que cette renonciation est licite dans les usages. Mieux, quant aux usages de la Gueldre, un pacte et une transaction sont à bon droit faits sur une succession future, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, resp. 17, nb 1 et 2, p. 175. Cela procède aussi en Hollande où il est à bon droit disposé dans les pactes prénuptiaux des successions futures et aussi de la mesure de la succession sur les biens conjugaux, voir l'auteur, liv. III, chap. I, § 41, note 67 ; Johan Cos, *Rechtsgeleerde verhandelinge*, p. 161 ; Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 43, nb 8, aussi sur les fiefs, voir Fredrik van Sande sur les *Coutumes féodales*, cap. 3, nb 1, p. 22 ; comme aussi à l'époux, les parents consanguins ayant été convoqués à cette fin par les deux parties, une garantie d'usufruit est à bon droit remise, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 53, nb 28 et 29, comme nous l'avons du liv. II, chap. XXXIX, § 3. Cela a été expressément disposé à Groningue, cependant, étant sauf pour les consanguins le droit de contredire dans l'année et six semaines, voir van der Marck, *Institutiones juris civilis*, p. 209, § 12 ; *Reponsa Ultrajectina*, part. I, cons. 123, nb 22, et ainsi a-t-il été jugé par la Cour d'Utrecht, sentence qui a été confirmée dans le jugement de révision, voir Rodenburg, *De jure conjugum*, p. 36 et 143. Cependant, un tel pacte, dans le droit romain et dans les usages, n'est pas interdit, le testateur y consentant, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 207, p. 570, aux mots *wyders kan* - "d'ailleurs, il peut" ; Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 45, defin. 14, nb 6 ; Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 2, cons. 41, nb 3. À partir de là, il s'ensuit que le contraire a été de nouveau sottement répondu aussi à l'égard des pactes prénuptiaux, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 25, 26 et 27. Du moins, quant aux usages de la Gueldre, ce pacte est valide entre les fiancés à un point tel qu'il doit être connu de celui qui veut débattre ici de façon plutôt scolastique, mieux, qu'il doit être souffert qu'il n'ait pas dit des choses quotidiennes et ignore le droit dans lequel il est versé, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 39, nb 1 et 2, p. 332, et part. III, cons. 75, nb 20. Le Maistre, *Plaidoyers*, plaid. 38, p. 735 à la fin, signale que cette jurisprudence a aussi été reçue en France. Elle tombe cependant à raison des immeubles situés là où cette stipulation a été interdite, voir Cos, *Rechtsgeleerde verhandelinge*, p. 163.

En outre, le pacte réciproque sur une succession future est valide, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 45, defin. 14, nb 5. Nous avons cependant vu qu'il englobait une pensée ignominieuse et désapprouvée quant à la succession d'une personne encore vivante, à raison de laquelle un tel pacte avait été interdit.]

§ 12. On peut aussi vendre des droit personnels, dans lequel cas le vendeur doit pour cela, garantir que la dette est véritable, mais non que le débiteur est suffisamment capable de la satisfaire [518]. Cependant, on peut aussi bien vendre un droit ou une chose douteux aussi bon ou mauvais qu'il est, sans en donner garantie [519], ce que **[316]** l'on appelle

[518] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 4, 4 ; D. 21, 2, 74 § 3 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 244.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si une dette a été vendue, Celsus, dans le livre IX de ses Digestes, écrit que [le vendeur] ne doit pas garantir que le débiteur est riche, mais garantir qu'il est le débiteur, à moins que l'on n'ait convenu autre chose ».*

Extrait du livre II des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« 3 - Celui qui a vendu une dette telle qu'elle existait, seulement pour qu'elle soit et non pour qu'il puisse aussi réclamer quelque chose, il est contraint de garantir son dol ».*

[519] (Note de Groenewegen) Voir le dit texte de D. 18, 4, 4 à la fin ; D. 18, 4, 10 et 11 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 13, art. 38, nb 19 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 44 *(Des évictions)*. Voyez en outre ci-après le chapitre XV, § 4, note 601.

Le premier texte est présenté dans la note qui précède.

Extrait du livre II *Repris de Plautius* de Javolenus : *« Si, dans la vente d'une succession, on a fait en sorte que, si quelque chose appartient au droit du vendeur, véritablement, rien, par la suite, ne sera exécuté, bien qu'au vendeur, la succession n'ait pas*

"heurter du pied", ce qui est aussi utilisé chez nous au commencement d'un procès, étant sauf pour le débiteur, son droit de retrait dans la matière d'un droit personnel, dont il sera parlé ci-après [520].

§ 13. Bien que de l'argent pour de l'argent ne fasse pas un achat, ainsi, cependant, on peut bien acheter pour de l'argent un droit personnel pour recevoir annuellement un certain argent [521], ce qui est très utilisé chez nous et est appelé un achat de rente ; l'acheteur est aussi appelé un "rentier", le vendeur, un "constituant" [ou "rédacteur de la rente"], parce que communément, ce contrat est fait par écrit.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXI. Bien que l'argent ne puisse pas être régulièrement acheté, il y a cependant une exception pour les espèces [monétaires] marchandes dont le prix est tantôt plus grand, tantôt moins à la faveur de l'usage dans le commerce, comme aussi en ont témoigné les coutumes des gens d'Amsterdam du 27 juin 1749, dans la *Vervolg der Handvesten van Amsterdam*, p. 32.

DCXXXII. Dans le droit canonique, l'achat d'un revenu annuel avait été permis si le revenu était imposé au bien, non de même, si était attaché à une personne du sol, voir Boehmer, *Jurisprudentia ecclesiarum protestantium*, lib. V, tit. 19, § 47 et suivants. Mais van Zype, *Notitia juris Belgici*, lib. IV, § *de reditibus*, a approuvé les deux usages et les revenus personnels et réels de ces régions ; ceux-ci non autrement, à moins qu'ils ne consistent en argent et ne dépassent la mesure des intérêts légaux ; [il n'en est] pas de même, s'ils doivent être procurés sur les fruits, les troupeaux et les espèces de l'approvisionnement, voir la loi de Philippe II du 5 mars 1571, art. 1 et suivants.]

§ 14. Ce contrat a ceci de commun que, chez nous, toutes les rentes sont rachetables selon le plaisir du vendeur, de telle façon que la rachetabilité ne peut pas être stipulée [522], si ce n'est à partir de choses de vieille propriété, c'est-à-dire lorsque quelqu'un qui vend une maison ou une terre conserve sur cela un cens [523].

[**Note de Willem Schorer sur la note 522 de Groenewegen van der Made**

Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. II, chap. 13, nb 1, peut être ajouté à l'autorité alléguée par Groenewegen dans sa note.]

[**Sur la note 523 de Groenewegen van der Made**

Dans l'établissement du revenu annuel, il est à bon droit convenu qu'il n'est pas permis au débiteur, durant un certain temps, de faire le rachat du revenu et, sur ce fondement, s'appuie le pacte que le débiteur ne rende pas le capital, comme [le dit] l'auteur dans la note 527, à moins qu'auparavant, la période ayant été fixée à l'avance dans le pacte, la déclaration n'en soit faite au créancier, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 1, nb 20.]

---

appartenu, cependant, rien n'en sera procuré, parce qu'il est clair qu'il a été fait en sorte que, de même que la rémunération de l'affaire appartiendra à l'acheteur, de même le risque ».

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Car, avec ce moyen, on permet qu'il y ait une vente, "si, par quelque moyen, il y a une succession, pour toi, elle est achetée", comme s'[il y avait] un espoir de succession ; en effet, une chose incertaine est vendue, comme [une capture] dans des filets ».*

[520] (Note de Groenewegen) Voir le chapitre XVI, § 14.

[521] (Note de Groenewegen) Voyez Zypæus, *Notita juris Belgici*, *De reditibus* au début ; Leonard Lenaert Leys, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 22, dubit. 4, 12 et 13 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 7 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. III, cap. 7.

[522] (Note de Groenewegen) Voir Dumoulin, *De usuris*, nb 128, 351, 444 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De reditibus*, dans le passage *et quoniam* ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 298 ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *Renten*, §§ 1, 2, 3.

[523] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus dans ledit passage *et quoniam* et dans le passage *sub moderamine* ; coutumes d'Anvers, chap. 57 *(Des contrats, engagements, hypothèques et obligations de biens immeubles et rentes)*, art. 9, 10, 15, 16, 23 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 303, nb 33 avec les suivants ; Rebuffe, *Constitutions royales*, *De const. reditu*, art. 1, glos. 17, nb 1 ; Anselmo, *Codex Belgicus*, au mot *Chynsen*, § 12.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXIII. Le créancier ou l'acheteur ne peut pas régulièrement demander que le revenu annuel soit acquitté, voir Matthæus, *Parœmia juris Belgici*, par. 4. Parmi les exceptions cependant, qui sont d rapportées ici même, n'est pas considéré être à bon droit rapportée [celle qui suppose] si le débiteur est en retard de paiement, le jugeant ainsi, comme il est dit, la Cour de Hollande le 20 janvier 1662 dans l'affaire d'Arend Albertszoon Neef faite en recours d'appel contre Simon Janszoon Maertenszoon qui habite à Oostzaanen. De façon certaine, le pacte n'est dans lequel le vendeur serait obligé au paiement de revenus annuels à une certaine échance pas valide, voir les *Keuren* de Leyde, art. 118 ; *Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 206.]

§ 15. Autrement, bien qu'il ne fût pas stipulé que pour combien d'argent les rentes sont achetées, ainsi celle-ci pourrait être rachetable pour seize fois autant que la rente d'une année rapporte [524] ; et ce droit de rachat, comme **[317]** dépendant de la libre volonté du constituant est imprescriptible [525]. Bien qu'il soit aussi dit que, dans un certain temps, le rachat pourrait être fait et non par la suite, une telle chose serait sans effet [526], mais il peut bien être stipulé que l'on doive en faire, avant la réalisation du rachat, un avertissement quelque mois auparavant [527].

[**Note de Willem Schorer sur la note 524 de Groenewegen van der Made**

Nous avons vu, liv. I, chap. IX, § 10, sur la note 193 que les intérêts avaient été reserrés.]

[**Sur la note 525 de Groenewegen vab der Made**

Parce que la chose est du ressort de la pure possibilité. Voyez ci-dessous liv. III, chap. XLVI, § 5, sur la note 1425.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXIV. Ce qu'à partir de la loi de Philippe II du 5 mars 1571, Grotius enseigne ici, [à savoir] que les revenus annuels dont il n'est pas clair à quel prix ils ont été achetés, peuvent être rachetés pour 16 pièces pour chacun, cela, ni dans la loi hollandaise du 11 août 1655 dans laquelle les intérêts ont été réduits à 3 %, c'est-à-dire une pièce pour 25, ni dans la loi du 27 septembre 1658 (dans laquelle il a été permis à la République de racheter aux débiteurs les revenus annuels 25 pour chaque pièces) a été modifié et, à plus forte raison, avec la réduction des intérêts, les revenus annuel plus anciens peuvent encore être rachetés 16 pour chaque pièce. Par la suite, ayant été établis, ceux qui ont été achetés sont alors présumés à la mesure reçue des intérêts légaux et, par conséquent, doivent être rachetés à 25 pièces pour chaque.]

---

[524] (Note de Groenewegen) Voir l'Octroi du roi Philippe I[er] accordé à La Haye le 11 septembre 1500, ; les coutumes d'Anvers, cap. 57, art. 25, 28 ; la coutume de Malines, tit. 12, art. 3 ; la coutume d'Utrecht, tit. 26, art. 2. Dans une ancienne *keur* de la ville de Delft du 21 novembre 1460, art. 60, , il est dit que l'on pourra racheter toutes les rentes qui existent sur certaines maisons ou héritages dans la ville de Delft en tout temps, lorsque le propriétaire de la maison ou de l'héritage désirera le meilleur prix avec 22 et non plus haut ; voyez la ci-devant dite coutume de Malines, tit. 12, art. 2.

[525] (Note de Groenewegen) Voir Dumoulin, *De usuris*, quæst. 19, nb 201 ; Papon, *Arrests*, liv. XII, tit. 3, arrêt. 13, voyez les arrêts 11 et 12 ; Zoannettus sur C. 4, 54 *(Des pactes faits entre un acheteur et un vendeur)*, 2, nb 35 avec les suivants.

[526] (Note de Groenewegen) Voir Papon, *Arrests*, liv. XII, tit. 7, arrêt 1 ; coutumes d'Anvers, chap. 57 *(Des contrats, engagements, hypothèques et obligations de biens immeubles et rentes)*, art. 26 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. III, cap. 8, nb 7.

[527] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 12, art. 2, nb 1 et dans l'addition sur l'art. 9, nb 14.

§ 16. Le rachat est fait lorsque le constituant ou son héritier apporte toutes les différentes rentes, le capital et la valeur d'achat qu'il a reçus, avec lesquels il est alors libéré de la rente vendue [528].

§ 17. Mais le rentier ne peut stipuler du constituant aucune contrainte de rachat [529]. Car cela sentirait un prêt et non un achat. Cependant, aux orphelins, il est permis que, par leurs tuteurs, il puisse être stipulé que les constituants devraient faire le rachat, en en étant avertis, lorsque les orphelins sont majeurs par un mariage ou une majorité [530] ; un semblable droit est parfois accordé à ceux qui achètent une rente du pays commun.

§ 18. Aussi bien pour le paiement annuel de la rente que du rachat, naît souvent une dispute, ainsi, quand, dans l'instrument, une certaine espèce d'argent, une ou plus, est nommée, si alors, le paiement et le rachat doivent être faits dans une espèce de celles-ci ou leur valeur telle que celle-ci était au moment de la constitution de la rente, alors, s'il est suffisant de payer **[318]** avec la même espèce, ai elle est maintenant en cours, ou aussi avec un autre argent en cours. Et, considérant que la valeur de l'argent frappé qui existe dans ces pays pour le commerce, depuis longtemps, a été très variable, ainsi, il est en général entendu que, ni sur sa valeur interne ni sur la valeur du moment, elle n'est mise dans le contrat, mais sur l'argent dans son espèce [531], bien que, déjà, par l'instrument, il fût indiqué que, par exemple, on donnerait pour le réal soixante *stuivers*, pour le *rose-noble*, quarante-huit [*stuivers*] [532] et ainsi de suite ; puisqu'il est permis qu'une telle chose soit stipulée pour que argent ne soit pas transmis au rentier après l'augmentation quotidienne en dehors de l'évaluation qui est fixée par les lois de cette période, tout cela est aussi observé, à moins que, dans l'instrument, il ne fût stipulé que le paiement devrait être fait en une espèce certaine d'argent et aucune autre, puisque le le paiement était aussi fait dans la même espèce

---

[528] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, chap. 57 *(Des contrats, engagements, hypothèques et obligations de biens immeubles et rentes)*, art. 24, 33 et 34.

[529] (Note de Groenewegen) Voir Papon, *Arrests*, liv. XII, tit. 7, arrêt 1 ; Dumoulin, *De usuris*, nb 24 ; Cooren, *Observationes*, obs. 35, lettres E, F, P ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 206.

[530] (Note de Groenewegen) Voir la résolution des États de Hollande du 11 juin 1608 ; Cooren, dans ladite obs. 35, lettre Q ; Papon, *Arrests*, liv. XII, tit. 7, arrêt 30 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, dans ladite cons. 206.

[531] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 3 novembre 1541, chap. 20 et Décrétales III, xxxix, 26 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 37 ; coutume d'Utrecht, tit. 26, art. 2 ; Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 40 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, art. I, avis 216 ; Anne Robert, *Rerum judicatio*, liv. IV, dernier chap, et liv. IV, chap. 18 ; Louet, *Arrests*, lettre R, arrêt 11 et 13 ; Bouvot, *Arrests*, part. II, au mot *rentes*, quæst. 2, et tom. II, au mot *monnoye*, quæst. 36 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, 99 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De reditibus*, au mot *successit* ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 147, nb 20-21, decis. 215, nb 3 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 73, nb 9 ; Antoine Gabriel sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, 3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. V, concl. 349, nb 38-39 ; les docteurs sur D. 46, 3, 99. Voyez ci-dessus le chapitre X, note **18.** Mais, dans le cas où, la dette étant restée après en défaut à payer à la date de la comparution, la valeur de l'argent baissait par la suite, ainsi, il doit néanmoins faire la paiement selon la valeur ainsi que celle-ci était au jour de la comparution, voyez Cooren, *Observationes*, obs. 16 et 23 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, Iiv. II, cap. 9 aux mots *tertia est sententia* ; Gabriel dans ledit tit. *De solutionibus*, concl. 3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, dans ladite concl. 349, nb 15-16 ; Buys, *De annualibus reditibus*, liv. II, cap. 6, nb 23-24.

Décrétale de Grégoire IX : *Lorsqu'aux plus importants chanoines de l'église, tu as payé un certain montant pour une pension de ton église pendant un certain nombre d'années et que ceux-ci réclament que ce montant leur soit payé en totalité de la meilleure monnaie, nous te donnons dans nos lettres en mandat que tu fasses que ces chanoines se contentent du paiement du premier argent ou, s'il n'est pas en usage, avec l'estimation de l'ancienne pension ».*

[532] (Note de Groenewegen) Voir les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 125, 290, 291, 292. Voyez Gabriel, dans ledit tit. *De solutionibus*, concl. 3 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, dans ladite concl. 349, nb 15-16 ; Buys, *De annualibus reditibus*, cap. 6, nb 22 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 215, nb 10-11 ; Papon, *Arrests*, liv. X, tit. 5, arrêt 22.

et que, dans le contrat, cela était vu et mis là-dessus et, ou d'autres termes de la même force ; car alors, la volonté des contractants devrait être suivie [533].

[**Note de Willem Schorer sur la note 531 de Groenewegen van der Made**

Nous en avons déjà indiqué ci-dessus, liv. III, chap. X, § 7, sur les notes 431, 432 et 433, et [nous le redirons] ci-dessous, chap. XXXIX, § 13, sur les notes 1321 et 1322.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXV. La sentence de Grotius semble être la suivante dans cet endroit, [à savoir] que les revenus annuels établis pour un argent certain, comme dix thalers, ne doivent pas être nécessairement être acquittés dans des espèces du même genre et ne doivent pas être évalués au moment du paiement au prix auquel ils étaient au moment du contrat, mais qu'ils peuvent être acquittés avec le même genre de pièces évaluées au prix qu'elles ont à partir des lois au moment du paiement ou avec d'autres pièces de la même valeur, du fait que l'on a communément cru que, dans un contrat de cette sorte, la valeur interne des pièces n'avait pas été envisagée ni aussi le prix que la pièce avait dans le commerce au moment de la conclusion du contrat (qui dépassait souvent alors la valeur légale du moment), mais l'argent en tant que montant dans lequel , par conséquent, la valeur légale qui existe au moment du paiement doit être examinée. Il dit que cela est vrai, bien qu'il ait été dit dans le contrat lui-même, par exemple que le thaler devait être évalué à 30 *stuivers*, du fait que cela a été ajouté avec l'intention que le capital prêté ne soit pas évalué au prix marchand, mais au prix légal que les pièces avaient au moment du contrat. Il ajoute une exception, si, en établissant le revenu annuel, on a convenu que le paiement soit fait avec la même sorte d'argent, en l'évaluant au même prix qui a été envisagé dans le contrat ; en effet, maintenant, ce qui a été fait doit être observé, ce que regarde la réponse de Grotius dans les *Hollandsche consultatien*, part. VI, 2e st, cons. 55, et les décisions de la Cour du 15 mars 1602 dans les *Hollandsche consultatien*, part. IV, cons. 49 à la fin, et du 20 octobre 1608, dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 171.

DCXXXVI. Autrefois, cependant, il avait été statué dans la loi d'Amsterdam du 23 décembre 1489, dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 540, cf. *Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 219, p. 360, que les revenus annuels devaient être acquittés avec les mêmes pièces avec lesquelles ils avaient été établis et cela a été décidé par la Cour le 15 mai 1503, voir les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 339, et aussi consacré par le législateur avec la loi du 5 mars 1571, art. 7, à savoir, autant que cela touche le capital, non les loyers annuels, comme il a semblé par la suite aussi à la Cour le 4 décembre 1584, chez Nieuwstadt, *Decisiones Curiæ Hollandiæ*, decis. 37, et dans plusieurs sentences. Mais, ensuite, cette même Cour a plus souvent jugé que ce même capital principal pouvait être payé avec un argent évalué à l'actuelle valeur légale, plusieurs jurisconsultes attestant cela en 1611, 1614 dans les *Hollandsche consultatien*, part. I, con. 219, part. II, cons. 292, de même cons. 125, 290 et 291, opinions que Grotius semble ici avoir prises en considération. Il y a aussi une semblable décision du 14 octobre 1624 chez Loenius, decis. 23. Et c'était aussi là la volonté des États Généraux dans les lois du 13 février 1619 et du 21 juillet 1622, art. 43, et l'esprit du statut des pupilles de Leyde de 1665, art. 45, et de Gouda, art.77. la décision de la Cour Suprême du 21 octobre 1623, voir chez Cooren, *Observationes*, obs. 16 et 23, qui regarde un cas excepté dans lequel un retard avait été commis dans le paiement, n'y fait pas obstacle.]

[319] § 19. Semblablement, on ne peut pas stipuler d'un prêt d'argent autant que l'on veut en gain, mais seulement pour un gain raisonnable ; ainsi, on ne peut pas aussi acheter

[533] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De reditibus* dans le passage *cæterum* ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 391, et vol. III, decis. 43, nb 3 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 73, nb 2 ; Aimone Cravetta, *Consilia*, avis 47 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, dans ladite concl. 349, nb 40 ; Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 53 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 216 à la fin, et part. II, avis 125, dans la partie 2 de la part. III, avis 144 ; Kinschot, avis 52. Voyez Dumoulin, *De usuris*, nb 813 avec les suivants. Tout cela a été jugé différentes fois par la Cour de Hollande.

pour argent comptant des rentes plus cher que la raison autorise, à savoir à six ou sept pour cent ; autrement, une telle chose est tenue pour une usure [534].

§ 20. De cela [535], (comme aussi du droit de pouvoir racheter lorsque ce n'est pas stipulé) sont libres les rentes viagères, c'est-à-dire les rentes qui durent seulement autant que dure la vie du rentier ou d'une ou plusieurs personnes telles que le rentier a indiquées dans l'instrument [536].

§ 21. Une constitution de rente, aussi bien qu'un transfert de bien immeuble, doit être faite chez nous devant le tribunal de l'endroit où le bien sujet [à la rente] est situé [537] ou autrement, là où le constituant se tient [538] ; dans ce cas, **[320]** une telle chose devrait être faite devant un lieutenant et des vassaux [539].

§ 22. Une terre étant vendue, sont aussi entendus être vendus les fruits qui se trouvent sur la terre [540] et, une maison étant vendue, tout ce qui tient fixé naturellement ou avec un clou [541]. Dans la vente des garennes, sont aussi comprises les bêtes, dans la vente de l'eau, les poissons [542].

---

[534] Voyez ici le chapitre X, note **20.** Un constituant peut faire un rabais à cause des embarras et des taxes de toutes les rentes annuelles, à savoir des rentes rachetables à seize pour cent et des rentes viagères à trente-deux pour cent, à moins que le rentier n'eût stipulé un libre argent, voir le placard des États de Hollande du 15 mars 1596. Mais voyez en outre les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 219.

[535] (Note de Groenewegen) Voir Dumoulin, *De usuris*, quæst. 72, nb 474 et les suivants ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. III, cap. 9, nb 71.

[536] (Note de Groenewegen) Car aussi, la rachabilité des autres rentes ne provient pas de la nature propre du contrat, mais des lois pontificales, voir Extravagantes communes III, v, 1 et 2. Et, le fait que ces mêmes lois ne parlent pas des rentes viagères est regardée, concernant cela, comme la nature et la propriété de la vente qui ne cesse pas seulement et peut être rompue au plaisir du vendeur, voir C. 4, 44, 3, 6 et 7. Cependant, le roi Philippe I[er], à La Haye, a accordé de pourvoir racheter à dix pour cent des rentes viagères qui se trouvent sur deux vies et, se trouvant sur une vie, à huit pour cent, ce qui s'accorde aussi avec les coutumes d'Anvers, tit. 57, art. 58.

Les deux extravagantes sont des textes très longs et nous nous contenterons d'en donner seulement le résumé. Le premier texte émane de Martin V, adressé aux vénérables frères évêques de Trêves, Lübeck et Almen ; son résumé est le suivant : *« Le contrat d'achat et de vente d'un cens annuel avec une condition de revente est déclaré ne pas être usuraire »*. Le second texte émane de Calixte III, aux gens de Magdebourg, Nuremberg, Halberstadt et aux doyens des églises : *« Il déclare qu'un certain contrat d'achat et de vente, semblable à un précédent est en accord avec le droit et étranger à l'usure. Enfin, il ordonne que la présente bulle soit manifestée à tous »*.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Titia et Marciana et donnée en 293 : *« Du contrat de vente et d'achat, selon un droit parfait, contre le gré de l'un ou de l'autre, avec aucun délai, la bonne foi souffre que l'on se retire, ni à partir de notre rescrit. De ce droit, il a été établi que notre fisc, souvent, use »*.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée au vétéran Novisio Gaianus et donnée en 293 : *« N'est pas plausible la cause à raison de laquelle tu as souhaité que soit annulée la vente faite. Bien qu'en effet, tu offres le double du prix à l'acheteur, cependant, contre son gré, il ne doit pas être pressé à l'annulation de la vente »*.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée au soldat Mucatraulus et donnée en 293 : *« Il importe que vos ventes confirmées restent toujours parfaites légalement. Car, si, le prix ayant été offert, il est facilement permis d'annuler une vente, il arrivera que, si vous, vous avez acheté quelque chose avec vos travaux à notre fisc et à une personne privée, avec cette même loi, que vous demandez que l'on vous accorde, vous avez convenu »*.

[537] (Note de Groenewegen) Voir le placard des quarante sous, art. 8.

[538] (Note de Groenewegen) Voir le même placard, art. 9.

[539] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant art. 7 ; le placard du 9 mai 1592.

[540] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13 § 10.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - Si, les fruits étant déjà mûrs, un champ a été vendu, il a été observé qu'il cède aussi les fruits à l'acheteur, à moins qu'autre chose ne soit convenu »*.

[541] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13 § 31.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 31 - Une maison ayant été vendue ou léguée, nous disons ordinairement ce qui appartient à la maison, que l'on tient pour être comme une partie de la maison ou à raison de la maison, comme par exemple des margelles [de puits] »*.

[542] (Note de Groenewegen) Voir Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. IV, tit. 16, nb 5 ; Guy de la Pape, *Decisiones*, decis. 91 ; Dumoulin sur la coutume de Paris, art. 1, glos. 8, nb 17, 18 et 19.

[**Note de Willem Schorer sur la note 540 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur signale ici quant aux fruits est vrai, pourvu qu'ils n'eussent pas encore été séparés du sol.]

§ 23. *Une certaine valeur d'achat*, étant bien entendu que cette certitude doit être reçue non seulement à partir des dires clairs des contractants, mais aussi par le dire d'un tiers, dans le cas où une telle chose lui est dite ; mais, s'il ne voulait pas dire le propos, ainsi, l'achat serait nul par un défaut de certitude de la valeur [543], comme aussi, l'achat serait nul dans le cas où la valeur d'achat était entièrement fixée à la décision de l'acheteur ou du vendeur [544].

§ 24. *En argent*, disons-nous ; car autrement, ce serait un échange [545], lequel contrat n'est pas gouverné selon les propriétés de l'achat [546]. Aucun terme n'étant fixé, l'acheteur est immédiatement tenu de l'argent [547].

---

[543] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, § 1 ; C. 4, 38, 15.

« § 1. Il faut que le prix soit établi ; car aucun achat, dans un prix, ne peut exister. Mais le prix doit être certain. Autrement, si, entre quelques-uns, il était convenu d'une façon telle qu'au prix que Titius a estimé le bien, il soit acheté à autant, parmi les anciens, cela était suffisamment et très douteux [de savoir] s'il y avait un achat ou non. Mais notre décision (cf. C. 4, 38, 15) *a établi cela d'une façon telle que, chaque fois qu'une vente a été ainsi réalisée "au prix que celui-ci a estimé", sous cette condition, le contrat serait, de sorte que, si, certes, celui-là même qui a été désigné détermine le prix, par tout moyen, selon son estimation, le prix est acquitté et le bien est livré, afin que la vente soit conduite à son effet, l'acheteur, certes agissant en justice avec l'action sur le fondement de l'achat, le vendeur, avec l'action sur le fondement de la vente. Mais, si au contraire, celui qui a été désigné n'a pas voulu ou n'a pas pu déterminer le prix, alors, pour rien, se trouve la vente comme aucune prix n'ayant été fixé. Ce droit, du fait que, dans les ventes, il nous a agréé, il n'est pas absurde, dans les offres de bail et les prises de bail, de l'étirer ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Pour les choses mises en vente, si quelqu'un a disposé d'une chose d'une façon telle que le bien a été vendu au prix qu'en a estimé Titius, un grand doute est né chez beaucoup de pratiquants de l'ancienne prudence. 1 - Le décidant, nous consacrons que, comme une convention de ce type à propos d'une vente est faite "au prix que celui-ci a estimé", la vente demeure sous cette condition que, si, certes, celui-là même qui a été nommé a déterminé le prix, les prix seront acquittés de toute façon à la faveur de son estimation et que la vente acquerra son effet, que, par écrit ou sans un écrit, le contrat soit réalisé : à savoir, si un pacte de ce type, lorsqu'il a été consigné par écrit, est parfait et achevé par tous suivant la détermination de notre loi. 2 - Mais si au contraire, celui-là même ne veut pas ou ne peut pas déterminer le prix, alors, la vente sera tenue pour nulle, comme si elle avait été établie sans prix ; aucune conjecture, voire plus aucune divination, ne devant être conservée dans l'avenir pour savoir si, en recevant une personne certaine ou le jugement d'un homme de bien, ceux qui contractent sont venus à ces pactes, parce que, croyant que cela est tout à fait impossible, nous le repoussons par une consécration de ce type. Nous pensons que cela, dans un louage de ce type, a lieu ».*

[544] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 7.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Cette vente d'un esclave "s'il a réglé ses comptes selon le jugement du maître" est conditionnelle ; mais les ventes conditionnelles sont achevées, alors que la condition a été remplie. Mais cette condition de la vente existe-t-elle, si le maître lui-même la pensait à son jugement ou si [elle est soumise] au jugement d'un homme de bien ? Car, si nous recevons le jugement du maître, la vente est nulle, de même que si quelqu'un a vendu ainsi, s'il le voulait, ou si, au stipulant, il promettait "si je le veux, je donnerai dix" ; en effet, on ne doit pas rapporter au jugement du défendeur [la question de savoir] s'il a été lié. C'est pourquoi il a plu aux anciens qu'au jugement d'un homme de bien, l'on considère le rapporter plus qu'au jugement du maître. En conséquence, s'il pouvait recevoir les comptes et ne les a pas reçus ou les a reçus, mais imagine qu'il ne les a pas reçus, la condition de la vente n'est pas remplie et, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, le vendeur peut être cité en justice. 1 - Une vente de cette sorte "pour autant que tu l'as acheté", "autant du prix que j'ai dans mon coffre", est valide ; en effet, le prix n'est pas incertain avec une vente si claire ; en effet, on ignore plus à combien il a été acheté que, dans la réalité, il est incertain. 2 - Si quelqu'un a ainsi acheté "le bien-fonds a été pour moi acheté cent et beaucoup plus que je l'aurai vendu", la vente est valide et est immédiatement accomplie ; en effet, elle a un prix certain de cent, mais le prix en sera augmenté, si l'acheteur a vendu plus cher le bien-fonds ».*

[545] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 1 § 1 et *Institutes de Justinien*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, § 2.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Mais on doute [de savoir] si, sans monnaie, une vente peut aujourd'hui être réputée, comme si moi, je donnais une toge pour recevoir une tunique. Sabinus et Cassius pensent qu'il y a achat et vente ; Nerva et Proculus [pensent] qu'il y a un échange et non un achat. Sabinus use du témoignage d'Homère qui rapporte que la pratique des Grecs était d'acheter, avec du bronze et du fer, pour les hommes, du vin dans ces vers :*

"De leur côté, pour en avoir, les Argiens chevelus
donnèrent qui du bronze, qui du fer bien reluisant
qui des peaux de taureaux, qui des bêtes encore vivantes
qui des esclaves" (Il., VII, 472-475).

Mais ces vers semblent indiquer un échange, non un achat. De même ceux-ci :

[**Note de Willem Schorer sur la note 547 de Groenewegen van der Made**

Nous avons déjà vu ci-dessus, liv. II, chap. XLVI, § 6, sur la note 1080 à la fin, que cela procédait dans tout contrat.]

§ 25. Cependant, le paiement peut être stipulé non seulement argent comptant, mais aussi à tempérament, ce qui est appelé chez nous *Kusting-penninghen - i. e.* "garantie de paiement" - et les instruments faits pour cela *Kusting-brieven - i. e.* "lettres de sûreté".

"Mais le Cronide, Zeus, alors troubla la raison de Glaucos,
qui échangea des armes avec Diomède, le fils de Tydée" (Il., VI, 234-235).

Mais, en faveur de cette opinion, on dira plus ce qu'autrement, le poète dit de même :

"il acheta de ses propres deniers" (Od., I, 430).

Mais est plus vraie l'opinion de Nerva et de Proculus ; car, de même que vendre est une chose, acheter, une autre, l'un est acheteur, l'autre vendeur, de même le prix est une chose, la marchandise, une autre, parce que, dans un échange, on ne peut distinguer lequel des deux sera l'acheteur et lequel des deux, le vendeur ».

« § 2. De même, le prix doit consister en un argent compté. Car, dans les autres affaires, il était beaucoup demandé s'il pourrait y avoir un prix, comme un esclave, un bien-fonds ou une toge, ou s'il pourrait y avoir le prix d'une autre chose. Sabinus et Cassius pensent aussi qu'en un autre bien, le prix peut consister ; d'où, il y a ce qui était communément dit que, par un échange, un achat de biens et une vente étaient contractés et que cette sorte d'achat et de vente était très ancienne ; en argument, ils usaient du poète grec Homère qui, quelque part dit que l'armée des Achéens avait acheté pour elle du vin en ayant échangé certains biens en ces termes :

"De leur côté, pour en avoir, les Argiens chevelus
donnèrent qui du bronze, qui du fer bien reluisant
qui des peaux de taureaux, qui des bêtes encore vivantes
qui des esclaves" (Il., VII, 472-475).

Les auteurs de l'école différente pensaient contre et ils disaient qu'une chose était l'échange de biens, une autre l'achat et la vente. Autrement, l'affaire ne peut pas être avantageuse avec un échange de biens, le bien qui est considéré être vendu et celui qui, au titre du prix, est considéré avoir été donné ; car la raison ne souffre pas que les deux soient considérés être vendus et, au titre du prix, avoir été donnés. Mais l'opinion de Proculus qui dit que l'échange est une catégorie propre de contrat séparée de la vente, à ce titre, a prévalu, du fait qu'elle-même est, par d'autres vers d'Homère (notamment "*Qui*, en faisant un tel échange avec le Tydéide", Il. VII, 235)*, aidée et, avec des raisons plus valides, argumentée. Ce que les divins empereurs prédécesseurs ont reçu et qui, dans nos Digestes, de façon plus large, est signifié ».*

[546] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« De même que vendre est une chose, acheter une autre, que l'un est acheteur et l'autre vendeur, de même, le prix est une chose, la marchandise, une autre. En revanche, dans un échange, on ne peut pas distinguer lequel est l'acheteur ou lequel est le vendeur, les manières d'acquitter diffèrent beaucoup. L'acheteur, en effet, à moins qu'il n'ait fait des pièces [d'argent] celles de celui qui les reçoit, est tenu sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, pour le vendeur, il suffit qu'à cause de l'éviction, il s'oblige à livrer la possession et à être justifié d'un dol, c'est pourquoi, si le bien n'a pas été évincé, il ne doit rien ; mais, dans un échange, si les deux choses sont le prix, il faut que la chose des deux soit faite, si [c'est] une marchandise, [ce ne sera] celle d'aucun des deux. Mais, du fait qu'il doit y avoir un bien et un prix, l'échange ne peut être un achat et une vente, parce que l'on ne peut trouver ce que sera leur marchandise et leur prix, et la raison ne souffre pas qu'un seul et même bien soit vendu et que le prix appartienne à une vente. 1 - D'où, si ce bien que j'ai reçu, par la suite, est évincé, il est répondu qu'il faut accorder une action en fonction des circonstances du fait* (in factum). *2 - De même, l'achat et la vente, avec la seule volonté de ceux qui y consentent, se contractent, mais l'échange, à partir de la livraison du bien, fait naître le début [de l'opération d'échange] ; [il en va] autrement, si le bien n'a pas encore été livré, avec le simple consentement, nous dirons que l'obligation est établie, ce qui a été reçu seulement pour ce qui n'a pas son propre nom, comme pour l'achat et la vente, l'offre de bail et la prise de bail, le mandat. 3 - C'est pourquoi Pedius dit que celui qui donne le bien d'autrui ne contracte aucun échange. 4 - En conséquence, par l'une des parties, la tradition ayant été faite, si l'autre ne veut pas livrer le bien, nous n'agirons pas en justice pour que le bien livré nous soit rendu, mais pour ce qu'il est de notre intérêt d'avoir reçu ce bien, il y a lieu à une condiction, comme si l'affaire ne s'était pas ensuivie ».*

[547] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 14. Voyez ci-devant le chapitre III, § 51, note 300, et § 52, note **301.**

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Dans toutes les obligations, dans lesquelles une date n'est pas fixée, on doit au jour présent ».*

§ 26. Un achat est conclu par écrit ou sans un écrit. [548] Un achat [fait] par écrit n'est pas tenu pour accompli avant que l'écrit soit établi en entier [549]. Mais, chez nous, bien que cela soit dit de l'écrit, une telle chose est entendue être faite non pour contracter par écrit, mais **[321]** pour renfermer par écrit ce qui est contracté pour un meilleur témoignage et une meilleure preuve, à moins que l'on ne vît clairement que l'intention avait été autre [550].

§ 27. En dehors d'un contrat écrit, un achat peut être contracté non seulement entre des [parties] présentes, mais aussi par des lettres, des messagers et des représentants [551] et l'achat est tenu pour accompli dès que l'on s'est accordé des deux côtés sur la valeur d'achat [552] ; tant que, de l'un ou de l'autre côté, il n'est pas accompli, l'un ou l'autre peut s'en retirer sans quelque pénalité, [il y a] alors autrement que l'acheteur perd le don manuel là où il en est donné un [553], don manuel qui est appelé chez nous, *Godspennink - i. e.* "argent de Dieu", parce que, communément, il ne se monte pas à beaucoup plus que ce que l'on est

---

[548] (Note du traducteur) À la suite de ce paragraphe, est placé dans la version de notre texte un § 27, que l'on ne retrouve d'ailleurs pas dans le manuscrit de Lund et qui est ici manifestement erroné. Il semble bien qu'il faille donc continuer ici le § 26, d'autant que ce § 27 est de nouveau repris à la page suivante.

[549] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, pr ; C. 4, 21, 17.

« L'achat et la vente sont contractés aussitôt que, du prix, l'on a convenu, bien que le prix n'ait pas encore été payé et que des arrhes n'ait pas été données. Car, ce qui, au titre des arrhes, est donné est une preuve de l'achat et de la vente contractés. Mais cela, certes, quant aux achats et aux ventes qui sont, sans écrit, faits, doit tenir solidement ; car rien, par nous, dans les ventes de cette sorte, n'a été innové. Dans celles qui, par écrit, sont réalisées, nous avons établi (cf. C. 4, 21, 17) *que l'achat et la vente ne sont pas autrement parfaits, à moins que les instruments de l'achat n'aient été écrits de la main propre des contractants ou, par la main d'un autre, rédigés, mais souscrits par le contractant et, si, par un notaire, ils sont faits, à moins qu'il n'aient reçu leur accomplissement et n'aient été, dans les parties, achevés. En effet, tandis que quelque chose, de ceux-ci, fait défaut et qu'à un regret, il y a lieu, l'acheteur et le vendeur, sans pénalité, peuvent se retirer de l'achat. Nous leur accordons ainsi, impunément, de s'en retirer, à moins qu'au titre des arrhes, quelque chose n'eût été donné ; le fait est que, cela s'étant ensuivi, que, par écrit ou sans un écrit, la vente soit faite, celui qui refuse d'accomplir le contrat, si, certes, il est l'acheteur, il perd ce qu'il a donné, mais si [c'est] le vendeur, il est contraint de rendre le double, bien que rien, sur les arrhes, n'ait été dit ».*

Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 528 : *« On a décidé que les contrats de vente, d'échange ou de donations, dont il n'est pas nécessaire de faire estimation, aussi de paiement en argent, ou pour toute autre cause que ce soit, seront faits par écrit ; nous consacrons aussi que, pour les transactions dont on convient de les recevoir dans un document, elles n'auraient autrement pas d'effets, si ce n'est les documents reçus dans le siècle et confirmés par les souscriptions des parties ; s'ils étaient rédigés par l'intermédiaire d'un tabellion, aussi complétés par lui et qu'en définitive, ils ont été achevés par les parties, de sorte qu'il ne soit permis à personne de prendre l'avantage, soit par un feuillet rédigé (quoiqu'il possède des lettres de l'une des parties ou des deux) ou par ce même siècle, de réclamer quelque droit pour lui de ce même contrat ou de cette même transaction, parce qu'il n'a pas encore été complété ou achevé ; à tel point qu'il n'est pas permis de dire, pour des ventes de ce type, que l'on impose une nécessité au vendeur au prix établi, ou de parfaire le contrat de vente, ou de lui payer ce qui est de l'intérêt de l'acheteur. Nous commandons que ces choses aient cours, tant pour les instruments qui doivent être faits par après que pour ceux qui sont déjà écrits, mais non encore achevés, à condition que cela n'ait déjà été conclu à leur propos, ou jugé, que l'on ne pourrait les rétracter, étant exceptés les achats rédigés dans des instruments ou dans des feuillets ou dans le siècle, auxquels nous n'avons pas étendu la présente sanction, mais nous concédons de maintenir les droits antérieurs à leur sujet. Ajoutant aussi ceci que, pour l'avenir, si des arrhes ont été délivrées au sujet de l'achat qui doit se faire d'un bien quelconque, soit dans un écrit, soit sans un écrit, quoique n'y ait pas été ajouté spécialement ce qu'il fallait faire à l'égard de ces arrhes si le contrat ne débouchait pas, cependant, celui qui a proposé de vendre, sera condamné à les rendre au double s'il renonce à la vente et celui qui a convenu d'acheter, se retirant de son achat, perdra les arrhes données par lui, leur réclamation lui étant refusée ».*

[550] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *De contrahenda emptione*, au début ; Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 18 et 19 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. II, cap. 98 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 15, defin. 23, et tit. 16, defin. 14 ; les docteurs sur C. 4, 21 *(De la foi des instruments)*, 17.

[551] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 1 § 2.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Mais l'achat-vente est du ressort du droit des gens et c'est pourquoi ils se font par le consentement et peuvent se contracter entre absents, par l'intermédiaire d'un messager et de lettres ».*

[552] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiii, pr au début.

« L'achat et la vente sont contractés aussitôt que, du prix, l'on a convenu, bien que le pris n'ait pas encore été payé et que des arrhes n'ait pas été données. (…) »

[553] (Note de Groenewegen) Voir ledit passage des *Institutes*, III, xxii *(De l'obligation avec un consentement)*, à la fin ; C. 4, 21 *(de la foi des intruments et de leur perte)*, 17. Voyez en outre Groenewegen dans ses *De legibus abrogatis*, là.

Ces deux passages ont déjà été présentés ci-dessus, note 544.

bien accoutumé à donner aux pauvres pour l'amour de Dieu, mais le vendeur qui a un regret doit redonner le don manuel (s'il en a reçu un) d'une double valeur [554].

§ 28. Ce qui est dit que l'achat est accompli lorsque l'on s'est accordé sur la valeur d'achat n'a pas lieu quand quelque chose qui est dit à goûter n'a pas encore été goûté [555] ; on peut aussi stipuler que l'un doive tenir ferme et que l'autre ait un certain délai pour une délibération [556].

§ 29. On peut aussi conclure sous une condition et, tant que ladite condition n'est pas réalisée, ainsi, l'achat est incertain [557] ; mais, lorsque celle-ci est réalisée, la chose est ramenée en arrière comme si, au moment du contrat, une telle chose avait été faite [558] ; mais, [fait] sous une condition déshonorante ou interdite, le contrat est nul [559]. On peut aussi stipuler que **[322]** l'achat sera conclu à une date certaine, dans lequel cas l'achat est immédiatement accompli [560], mais l'exécution en est seulement différée ; semblablement, on peut aussi vendre quelque chose qui durera jusqu'à une certaine date [561].

---

[554] (Note de Groenewegen) Voir ledit passage des *Institutes*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)* et C. 4, 21 *(De la foi des instruments et de leur perte)*, 17.

[555] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 34 § 5.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Goûter est une chose, mesurer, une autre ; en effet, le goût est utile pour qu'il soit permis de désapprouver, mais la mesure n'est pas utile pour que l'on vende plus ou moins cher, mais pour qu'apparaisse combien l'on achète ».*

[556] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2, 1 et 2 et tout ce titre *(De la fixation d'une date)*.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« L'adjudication à un terme [fixé] se fait ainsi : "que ce bien-fonds te soit acquis pour cent mille sesterces, à moins qu'avant le 1er janvier prochain, quelqu'un n'ait fait une proposition plus intéressante pour enlever la chose à son propriétaire" ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Chaque fois qu'un bien-fonds est adjugé à un terme, il appartient à la question [de savoir] s'il y a un achat pur et simple, mais résolu sous condition, ou si l'achat est plutôt conditionnel. Je considère qu'importe plus vraiment ce qui a été fait ; car, si certes, il a été fait en sorte qu'en apportant une condition meilleure, on s'en écarte, il y aura un achat pur et simple qui est, sous condition, résolu ; mais, si au contraire, il a été fait en sorte que l'achat soit accompli, à moins qu'une condition meilleure ne soit offerte, l'achat sera conditionnel. 1 - En conséquence, quand, selon ce que nous avons distingué, la vente est pure et simple, Julianus écrit que celui, auquel le bien a été adjugé au terme, peut usucaper les fruits, jouir des accessions et que le risque lui appartient, si le bien est détruit ».*

L'ensemble de ce titre comprend 20 extraits.

[557] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2, 7.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Mais il est permis au vendeur, une meilleure condition ayant été apportée, d'adjuger [le bien] à un second [acheteur], à moins que le premier ne se soit préparé à ajouter plus ».*

[558] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 8.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Il est de nécessité de savoir quand une vente est parfaite ; car nous saurons alors à qui revient le risque : en effet, la vente étant parfaite, le risque revient à l'acheteur. Et, si ce qui est vendu est identifié, quel il est, en quelle quantité et quel est son prix, et s'il est vendu purement et simplement, la vente est parfaite ; mais, si la chose est vendue sous condition, si la condition n'est pas réalisée, la vente est nulle, tout comme l'est la stipulation ; si la condition est réalisée, Proculus et Octavenus déclarent que le risque revient à l'acheteur, de même Pomponius, dans son livre IX. Si, la condition étant en suspens, l'acheteur, ou le vendeur, décédait, il est établi que, la condition étant réalisée, les héritiers seront également obligés, comme si la vente avait été déjà contractée dans le passé. Si la chose a été transférée, alors que la condition est en suspens, l'acheteur ne pourra pas l'usucaper en tant qu'acheteur ; et, si la chose a cessé d'exister, la condition étant en suspens, ce qui a été payé du prix sera réclamé et les fruits [gagnés] pendant ce temps intermédiaire reviennent au vendeur (tout comme les stipulations et les legs conditionnels sont anéantis) ; assurément, si la chose existe, quoiqu'elle ait été détériorée, on peut dire que le risque revient à l'acheteur. 1 - Si l'on a vendu ainsi : "cet esclave a été acheté, que le navire venant d'Asie soit arrivé ou non", Julianus pense qu'immédiatement, la vente est accomplie, parce qu'il est sûr qu'elle a été contractée. 2 - Alors que tu m'as vendu un usufruit, il importe [de savoir] si le droit d'usufruit qui est seulement le tien, tu le vends ou si, sur le bien lui-même qui sera le tien, tu me vends un usufruit ; car, dans le premier cas, même si, immédiatement, tu meurs, à moi, ton héritier ne devra rien, mais, à mon héritier, il sera dû, si tu vis ; dans le second cas, à mon héritier, rien ne sera dû et ton héritier le devra ».*

[559] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xix, § 24.

« § 24. Quelque chose de honteux qui, pour une raison, a été promis, comme quand quelqu'un promet qu'il fera un homicide ou un sacrilège, n'est pas valide ».

[560] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 213 pr.

Extrait du livre Ier des *Règles* d'Ulpien : *« "Le terme "échoit" signifie que l'argent commence à être dû ; "le terme arrive" signifie qu'est venu le jour dans lequel l'argent peut être réclamé. Quand quelqu'un a stipulé purement et simplement et que le*

§ 30. Dans les ventes qui sont faites aux enchères publiques, chaque enchérisseur doit tenir ferme sa parole [562] et, néanmoins, il n'a aucun droit dans le cas où, par un autre, il est offert plus [563].

§ 31. De cela, il s'ensuit en outre que quelqu'un vend quelque chose, pourvu que l'achat ne s'ensuive pas pour lui [564] dans le cas où, dans le délai sûr et déterminé, plus est offert [565] ; de cette manière, des ventes sont faites dans les villes et dans le plat pays par une chandelle qui brûle ; celles-ci sont tenues pour non faites, dans le cas où, par la rupture du sceau dans la Cour, plus est offert. Alors, dans les ventes qui sont faites non publiquement, mais en privé, il est entendu (à moins que l'on n'eût stipulé autrement) que le premier acheteur a la préférence, dans le cas il veut suivre l'offre plus élevée [566]. Une offre est entendue plus élevée non seulement en argent, mais aussi en conditions et en un paiement plus rapide [567]. Dans des contrats de cette sorte, un achat n'est pas tenu comme incertain, mais comme accompli au moment de la convention ; alors, dans le cas où, dans le délai fixé, il est offert plus, ainsi, l'achat est rompu [568].

---

terme échoit et arrive, quand pour le terme, il échoit mais n'arrive pas encore, quand sous condition, le terme n'échoit ni n'arrive, la condition étant encore pendante ».

[561] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 80 § 2.

Extrait du livre V des *Œuvres posthumes de Labéon résumées* par Javolenus : *« 2 - Un bois taillis est vendu pour cinq ans ; il est demandé, alors que les glands sont tombés, auquel des deux (i. e.* au vendeur, ou à l'acheteur) *ils appartiendront. Je sais que Servius a répondu que, d'abord, il faut suivre ce qui apparaît avoir été fait ; si cela est dans l'incertitude, tout gland qui est tombé de ces arbres qui n'ont pas été coupés appartient au vendeur, mais celui qui se trouve dans les arbres au moment où ceux-ci sont abattus [appartient] à l'acheteur ».*

[562] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2 *(De la fixation d'une date)*, 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis*, là.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Sabinus écrit qu'il est permis au vendeur de rejeter la meilleure condition offerte et de suivre la première comme si [elle était] meilleure, et nous en usons ainsi. Qu'en est-il, cependant, s'il a été nommément fait en sorte de permettre à l'acheteur de se dédire, une condition meilleure ayant été apportée ? Il faudra dire que le premier achat est dissous, même si le vendeur n'admet pas le suivant ».*

[563] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 18, 2, 7.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Mais il est permis au vendeur, une meilleure condition ayant été apportée, d'adjuger [le bien] à un second [acheteur], à moins que le premier ne se soit préparé à ajouter plus ».*

[564] (Note du traducteur) Grotius met en latin ici dans la marge pour ce membre de phrase *Addictio in diem*, c'est-à-dire "adjudication au terme".

[565] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2, 1.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« L'adjudication à un terme [fixé] se fait ainsi : "que ce bien-fonds te soit acquis pour cent mille sesterces, à moins qu'avant le 1er janvier prochain, quelqu'un n'ait fait une proposition plus intéressante pour enlever la chose à son propriétaire" ».*

[566] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2, 6 § 1, 7 et 8, et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 4.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - S'il y a quelqu'un qui apporte une meilleure condition, qu'ensuite, le premier acheteur, contre lui, a fait une offre et que, dans ses mains, l'achat soit resté, on pourra douter [de savoir] si lui-même aura les fruits, comme si aucune meilleure condition n'avait été apportée, ou s'ils appartiennent au vendeur, bien qu'il soit la même personne qui a apporté la meilleure condition. C'est là ce que la raison est considérée faire ; cependant, il importera [de savoir] ce qu'il en est de l'acte ; ainsi, Pomponius l'écrit-il ».*

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Mais il est permis au vendeur, une meilleure condition ayant été apportée, d'adjuger [le bien] à un second [acheteur], à moins que le premier ne se soit préparé à ajouter plus ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Mais le vendeur aura la nécessité, une meilleure condition ayant été apportée, de rendre le premier acheteur plus sûr que, si un autre a ajouté quelque chose, lui-même puisse aussi l'ajouter ».*

[567] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2, 4 § 6.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 6 - Mais une condition est considérée avoir été apportée si, au prix, l'on a fait un ajout. Mais, si rien n'est ajouté au prix et que, cependant, un paiement plus facile du prix est offert, ou plus prompt, une condition meilleure est considérée être apportée. En outre, si une place plus favorable pour payer le prix est dite, également, une meilleure condition est considérée comme apportée ; c'est ainsi que Pomponius l'écrit dans son livre IX Repris de Sabinus. Il dit de même que, si une personne plus appropriée se dispose à l'achat, également, une meilleure condition est considérée avoir été apportée. En conséquence, il faudra approuver la même chose, si, à un prix plus bas, elle s'est préparée à acheter et que cependant, elle remette ce qui, pour le vendeur, était lourd dans le premier achat ».*

[568] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 2, 2.

[**Note de Willem Schorer**

Une chandelle qui brûle. Quant à cette solennité, voyez van Alphen, *Papegay ofte formulier-boec van allerhande requesten*, part. I, chap. 30, p. 453.]

§ 32. On stipule aussi parfois qu'à moins que l'argent ne soit payé à la date fixée, la chose sera non achetée ; dans ce cas, l'achat tient immédiatement [569] ; mais, par une défaut de paiement, le vendeur a le choix [de savoir] s'il veut laisser l'achat continuer ou s'il veut reprendre pour lui la chose vendue [570], étant sauf aussi **[323]** le don manuel et si quelque chose de plus sur l'achat est payé [571].

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Chaque fois qu'un bien-fonds est adjugé à un terme, il appartient à la question [de savoir] s'il y a un achat pur et simple, mais résolu sous condition, ou si l'achat est plutôt conditionnel. Je considère qu'importe plus vraiment ce qui a été fait ; car, si certes, il a été fait en sorte qu'en apportant une condition meilleure, on s'en écarte, il y aura un achat pur et simple qui est, sous condition, résolu ; mais, si au contraire, il a été fait en sorte que l'achat soit accompli, à moins qu'une condition meilleure ne soit offerte, l'achat sera conditionnel. 1 - En conséquence, quand, selon ce que nous avons distingué, la vente est pure et simple, Julianus écrit que celui, auquel le bien a été adjugé au terme, peut usucaper les fruits, jouir des accessions et que le risque lui appartient, si le bien est détruit ».*

[569] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 3, 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si un bien-fonds, avec un pacte commissoire, est vendu, il y a bien plutôt [lieu de dire] que l'achat est considéré, sous condition, être résolu que, sous condition, être contracté ».*

[570] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 3, 2, 3 et 4.

Extrait du livre XXXV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Alors que le vendeur d'un bien-fonds a, dans une clause, ainsi disposé : "si au jour dit, l'argent n'a pas été payé, de sorte que le bien-fonds n'a pas été acheté", on reçoit ainsi que le bien-fonds n'a pas été acheté, si le vendeur voulait qu'il ne soit pas acheté, parce que la cause du vendeur a disposé cela ; car, si on l'a reçu autrement, la maison de campagne ayant été détruite par le feu, il sera au pouvoir de l'acheteur, en ne remettant pas l'argent, de faire que le bien-fonds ne soit pas acheté, qui était à son risque ».*

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Car le vendeur pratiquera le pacte commissoire qui, aux ventes, est ajouté, s'il le veut, non aussi contre son gré ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un bien-fonds, avec un pacte commissoire, est vendu, c'est-à-dire, "si, à une certaine date, le prix n'a pas été payé, il deviendra non acheté", voyons comment le vendeur agira en justice tant quant au bien-fonds que quant à ce qui, à partir du bien-fonds, a été perçu et de même, si le bien-fonds n'a pas été détérioré par le fait de l'acheteur. Certes, l'achat est terminé ; mais, maintenant, la question a été réglée [qui dit] que se présente l'action sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, comme, dans les rescrits de l'empereur Antonin et du divin Sévère, on l'a mis en lumière. 1 - Mais ce que dit Neratius a une raison, [à savoir] que, parfois, l'acheteur profite des fruits, quand il a perdu le prix qu'il a payé ; en conséquence, l'opinion de Neratius, qui est humaine, a alors lieu quand l'acheteur a remis une partie du prix. 2 - Finement, Papinien, dans le livre III de ses Réponses, écrit qu'aussitôt qu'il y a un pacte commissoire, le vendeur doit statuer s'il veut exercer ce pacte commissoire ou plutôt réclamer le prix. Il ne peut pas, s'il a choisi le pacte commissoire, par la suite, varier. 3 - Dans un pacte commissoire aussi, on convient ordinairement que, si le vendeur a vendu ce même bien-fonds, qu'il l'a vendu à un moindre prix, du premier acheteur, il le réclamera ; c'est pourquoi il y aura contre celui-ci l'action sur le fondement de la vente* (ex vendito). *4 - Marcellus, dans son livre XX, doute [de savoir] si un pacte commissoire a alors lieu, si, se le faisant proposer, il n'a pas payé ou s'il ne l'a pas offert. Je pense plus qu'il doit l'offrir, s'il veut se dégager du pouvoir du pacte commissoire ; s'il n'a pas à qui l'offrir, il peut être en sécurité ».*

[571] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 3, 6 et D. 5, 3, 25. Et cela en pénalité pour l'acheteur qui rompt sa promesse, voir Faber sur ledit texte de D. 18, 3, 6. L'acheteur, dans un tel cas, en conserve les fruits obtenus, voir D. 18, 3, 4 § 1, qu'autrement, il devrait délivrer au vendeur. Voir en argument D. 18, 2, 6 et 7, et D. 21, 1, 29 § 2 ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 18, 3 *(Du pacte commissoire)*. Cependant, puisque de semblables pénalités et obligations introduites par les lois romaines ne sont pas aujourd'hui en usage, ainsi, suivant cela, un acheteur peut aussi chez nous, dans ce cas, ne pas conserver ce qui est payé sur l'achat, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, IV, ii *(Des biens volés avec une violence)*, § 1 ; D. 6, 1, 80 ; D. 9, 1, 1 § 15 ; D. 9, 4, 22 § 4 ; D. 11, 1, 11 § 3 ; Novelle XVIII, cap. 10, telle que placée sous C. 8, 18, 7.

(Note du traducteur) Nous reprendrons ci-dessous l'ensemble des textes selon l'ordre exact dans lequel ils sont cités.

Extrait du livre II des *Réponses* de Scævola : *« Interrogé sur le pacte commissoire, [Scævola] a répondu ainsi que, s'il avait dépendu de l'acheteur d'empêcher que l'on se soumette au pacte et que le vendeur voulait en user, les biens-fonds seraient non achetés et ce qui avait été remis en arrhes ou à un autre titre, auprès du vendeur, demeurerait. 1 - De même, il répondit que, si, sur le fondement de ce pacte, les biens-fonds sont non achetés, ce que l'on a dit qu'il s'y ajouterait n'était pas dû à l'acheteur. 2 - Après le terme inclus dans le pacte commissoire, le vendeur a reçu une partie du reste de l'argent. [Scævola] a répondu que, si,*

après le terme fixé pour le reste de l'argent, le vendeur n'avait pas exercé ledit pacte commissoire et avait reçu une partie de la dette due, il était considéré s'être écarté du pacte commissoire ».

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Mais, si, avec un pacte commissoire, il a vendu, de même, il faudra dire que le profit qu'il pense [faire] avec le pacte commissoire devra être fourni. 1 - De même, s'il a vendu le bien et qu'à partir du prix, il a acheté un autre bien, le prix entrera dans la réclamation de la succession, non le bien que, dans son patrimoine, il a fait passer. Mais, si le bien vaut moins cher qu'il a été acheté, il sera considéré être devenu plus riche, dans la mesure où le bien a de la valeur ; de la même façon, s'il l'a consommé, totalement, il ne sera pas considéré être devenu plus riche. 2 - Ce que le Sénat dit, [à savoir] "ceux qui se sont jetés sur les biens, dont ils savaient qu'ils ne leur appartenaient pas, même si, avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, ils ont fait en sorte d'empêcher qu'ils possèdent, de la même manière, doivent être condamnés, comme s'ils les avaient possédés" doit être entendu d'une façon telle que le dol passé, dans la réclamation de la succession, sera introduit ; mais aussi la faute, et c'est pourquoi, de celui qui, d'un autre, ne l'a pas réclamée, ou de lui-même, si, avec le temps, il a été libéré, la succession peut être réclamée ; cela en tout cas, s'il a pu la réclamer. 3 - Mais ce que dit le Sénat "ceux qui se sont jetés sur les biens" parle des brigands, c'est-à-dire de ceux qui, alors qu'ils savaient qu'à eux, la succession n'appartenait pas, se sont jetés sur les biens, à savoir, alors qu'ils n'avaient eu aucune raison de les posséder. 4 - Mais aussi les fruits, non ceux qu'ils ont reçus, mais ceux qu'ils auraient dû recevoir, ceux-ci les fourniront. 5 - Mais le Sénat parle de celui qui, dès le commencement, avec l'intention d'un brigand, a saisi les biens de la succession. Si, dès le commencement, certes, il a eu une juste raison d'obtenir la possession, mais que, par la suite, conscient de ce qu'à lui, en rien, la succession n'appartient, dans l'usage d'un brigand, il a commencé à se tourner, le Sénat semble ne rien en dire ; je pense, cependant, que l'intention du sénatus-consulte le concerne ; le fait est qu'il importe peu [de savoir] si, dès le commencement, quelqu'un, de façon dolosive, sur la succession, s'est tourné ou si, par la suite, il a commencé à le faire. 6 - Est-il considéré savoir qu'elle ne lui appartient pas seulement celui qui connaît le fait ou aussi celui qui, sur le droit, s'est trompé ? Il a, en effet pensé qu'à bon droit, le testament a été fait, alors qu'il était sans effet ou alors qu'un autre parent en lignée paternelle l'a précédé, [la succession], à lui est déférée. Et je ne pense pas que celui-ci est un brigand qui, d'un dol, est exempt, bien que, sur le droit, il se trompe. 7 - "Si avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge]"* (litis contestatio)*, dit-il, "ils ont fait en sorte …" ; ceci a été ajouté pour la raison qu'après le début du débat judiciaire* (litis contestatio)*, tous commencent à être des possesseurs de mauvaise foi, mieux, après l'élévation de la dispute. Bien qu'en effet, la mention du début du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio) *soit faite dans le sénatus-consulte, cependant, après l'élévation de la dispute, tous les possesseurs deviennent égaux et, comme des brigands, sont tenus. Et de cette règle, aujourd'hui, nous usons ; en effet, a commencé à savoir qu'il possédait un bien ne lui appartenant pas celui qui est interrompu dans l'exercice de son droit. Mais celui qui est un brigand, aussi avant le début du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, au titre de son dol, sera tenu ; ce dernier est, en effet, un dol passé. 8 - "De la même manière", dit [le sénatus-consulte], "ils doivent être condamnés, comme s'ils avaient possédé" ; à juste titre ; car celui qui, avec un dol, a fait en sorte d'empêcher qu'il possède, comme possesseur, est condamné. Tu le recevras, qu'avec un dol, il ait cessé de posséder ou qu'avec un dol, il n'ait pas voulu autoriser la possession. Mais, que le bien, par un autre, soit possédé ou qu'en totalité, il n'existe pas, aura lieu cet article. D'où, si le possesseur est un autre, par les deux, la succession pourra être réclamée ; et, si la possession, par le biais de beaucoup, est passée, tous seront tenus. 9 - Mais celui seul qui possède fournira-t-il les fruits, ou aussi celui qui, avec un dol, a fait en sorte d'empêcher qu'il possède ? Et il faudra dire, d'après le sénatus-consulte, que les deux sont tenus. 10 - Ces termes du sénatus-consulte, aussi contre celui qui ne possède pas, introduisent un serment ; en effet, tant contre celui qui, avec un dol, a fait en sorte d'empêcher qu'il possède que contre celui qui possède, lors du procès, il est fait un serment. 11 - Le Sénat s'est avisé des possesseurs de bonne foi, afin qu'en totalité, du préjudice, ils ne soient pas affectés, mais qu'ils soient seulement tenus de ce en quoi ils sont devenus plus riches. En conséquence, quelque frais qu'ils aient fait à partir de la succession, si, ce qu'ils ont gaspillé, ils l'ont perdu, cependant que, de leur bien, ils pensent user, ils ne le paieront pas. Et, s'ils ont fait une donation, ils ne seront pas considérés être devenus plus riches, bien que, pour leur témoigner de la gratitude, ils aient obligé quelqu'un de façon naturelle. Clairement, s'ils ont reçu des* αντιδωρα *- dons en retour, il doit être dit qu'ils sont devenus plus riches dans la mesure où ils les ont reçus ; cela sera comme une certaine sorte d'échange. 12 - Si quelqu'un, de son bien, plus excellemment, a usé en considération de la dévolution, à lui, de la succession, Marcellus, dans le livre V de ses Digestes, pense que, de cette succession, il ne tirera rien, s'il n'atteint pas celle-ci. 13 - De la même façon, s'il a reçu un prêt d'argent, [s'il s'est pensé] comme riche, il se sera trompé. 14 - Si, cependant, en gage, il a remis un bien de la succession, il faut voir si, même ainsi, la succession sera atteinte ; ce qui est difficile, du fait qu'il est lui-même obligé. 15 - Mais celui qui n'est pas devenu plus riche est tenu à un point tel que, si quelqu'un, pensant que, pour la totalité, il est héritier, a consommé la moitié de la succession sans dol, Marcellus, dans le livre IV de ses Digestes, traite [de savoir] s'il en sera tenu, comme si ce qu'il avait dépensé se trouvait à partir de ce qui, à lui, n'appartenait pas, mais à ses cohéritiers ; car, si celui qui n'était pas héritier avait consommé tout, quoi qui, chez lui, se trouvât, sans aucun doute, il n'en serait pas tenu, comme n'étant pas devenu plus riche. Mais, sur la question exposée, trois espèces ayant été rapportées, une première, ensuite, une autre, il peut être dit que tout ce qui subsiste, celui-ci doit le rendre, comme s'il avait consommé sa propre part ; la troisième, [de la part] des deux, ce qui a été consommé, il doit le retrancher ; il dit en tout cas que quelque chose doit être rendu, quant à cela, il doute [de savoir] si la totalité ou une partie doit être rendue, et le dit ; je pense, cependant, que tout ce qui reste ne doit pas être rendu, mais la moitié de cela. 16 - Mais ce que quelqu'un, à partir d'une succession, a dépensé, le retranchera-t-il en totalité ou à proportion de son patrimoine ? Comme par exemple il a bu une boisson de la succession ; la dépense sera-t-elle toute portée sur la succession ou quelque chose sur son patrimoine ? De sorte qu'il soit considéré être devenu plus riche sur ce que lui-même dépensait ordinairement avant la dévolution de la succession ; de sorte que, s'il a dépensé quelque chose, plus excellemment, en considération de la succession, en cela, il ne soit*

pas considéré être devenu plus riche, mais que, dans ses dépenses fixées, il soit considéré être devenu plus riche ; en tout cas, en effet, même si, de façon aussi excellente, il ne l'avait pas dépensé, il aurait cependant dépensé quelque chose pour sa nourriture quotidienne. Car le divin Marc, dans la cause de Pythodorus qui s'était vu demander de rendre ce qui lui restait de la succession, a décrété que ce qui avait été aliéné, non pour diminuer un fidéicommis, il n'en rende pas le prix sur le corps du patrimoine de Pythodorus et que, du propre patrimoine de Pythodorus et de la succession, il le retranche, non seulement de la succession. Et, maintenant, en conséquence, il faudra voir si les dépenses fixées, de la succession, sont retranchées à l'exemple du rescrit du divin Marc, ou [qu'elles le sont] du seul patrimoine ; et il est plus vrai que, de son propre patrimoine, est retranché ce que, s'il n'avait pas été héritier, il aurait dépensé. 17 - De même, si, comme possesseur de bonne foi, il a vendu les biens et qu'avec leur prix, il ne soit pas devenu plus riche, s'ils n'ont pas encore été usucapés, le demandeur pourra-t-il les revendiquer de l'acheteur ? Et, s'il les revendique, ne sera-t-il pas repoussé avec l'exception "[quant à] ce préjudice qui, à la succession, n'est pas fait entre le demandeur et celui qui l'a mis en vente", parce que n'est pas considéré entrer dans la réclamation de la succession le prix de ces derniers ? Bien que vaincus, les acheteurs devront se retourner vers celui qui les a vendus. Et je pense que les biens peuvent être revendiqués, à moins que les acheteurs ne disposent d'un recours au possesseur de bonne foi. Qu'en est-il, cependant, si celui qui les a vendus s'est préparé à défendre la succession d'une façon telle que, de la même manière que s'il les avait possédés, il soit cité en justice ? L'exception commence à avoir lieu pour la personne de l'acheteur. De façon certaine, si, à un moindre prix, les biens sont vendus et que le demandeur a obtenu ce quelconque prix, beaucoup plus, il pourra être dit qu'avec l'exception, celui-ci est repoussé. Car, si, ce que, des débiteurs, le possesseur a réclamé, à celui qui réclame la succession, l'a payé, Julianus, dans le livre IV de ses Digestes, écrit que les débiteurs sont libérés, que soit possesseur de bonne foi ou brigand celui qui, de ceux-ci, a réclamé la dette et, selon le droit lui-même, ils sont libérés. 18 - La réclamation de la succession, quoique l'action, sur le bien (in rem)*, se trouve, comporte cependant certaines prestations personnelles, comme par exemple [celles] de ce qui, des débiteurs, a été réclamé, de même, [de ce qui l'a été] pour les prix. 19 - Il est décidé que ce sénatus-consulte, fait pour la réclamation de la succession, aussi pour l'action de partage de patrimoine* (familiæ herciscundæ)*, a lieu, afin que l'affaire ne soit pas absurde, [à savoir] que ce qui pourra être réclamé ne puisse pas être partagé. 20 - Les portées des troupeaux et du bétail augmentent la succession ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais ce que dit Neratius a une raison, [à savoir] que, parfois, l'acheteur profite des fruits, quand il a perdu le prix qu'il a payé ; en conséquence, l'opinion de Neratius, qui est humaine, a alors lieu quand l'acheteur a remis une partie du prix ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« De même, ce qui a été dit, [à savoir] que les fruits pris entre-temps suivent le premier acheteur est vrai chaque fois qu'il n'y a aucun acheteur qui apporte une meilleure condition ou qu'il y en a un faux ; mais, si au contraire, il y a un second acheteur, il est clair que le premier [acheteur] doit restituer les fruits, mais au vendeur. C'est ainsi que Julianus l'a écrit dans le livre XLVIII de ses Digestes. 1 - S'il y a quelqu'un qui apporte une meilleure condition, qu'ensuite, le premier acheteur, contre lui, a fait une offre et que, dans ses mains, l'achat soit resté, on pourra douter [de savoir] si lui-même aura les fruits, comme si aucune meilleure condition n'avait été apportée, ou s'ils appartiennent au vendeur, bien qu'il soit la même personne qui a apporté la meilleure condition. C'est là ce que la raison est considérée faire ; cependant, il importera [de savoir] ce qu'il en est de l'acte ; ainsi, Pomponius l'écrit-il ».*

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Mais il est permis au vendeur, une meilleure condition ayant été apportée, d'adjuger [le bien] à un second [acheteur], à moins que le premier ne se soit préparé à ajouter plus ».*

Extrait du livre I^er^ *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 2 - Mais la condamnation se fait à autant que le bien sera ; en conséquence, voyons si le prix excède ou non. Et certes, la condamnation comprend le prix et les accessions. Poursuivra-t-il les intérêts du prix, comme s'il est de son intérêt qu'il doive les recevoir, surtout quand lui-même restitue aussi les fruits ? Et l'on décide qu'il les poursuivra ».*

« § 1. Cependant, parce qu'ainsi se présente cette action, si avec un dol, quelqu'un a volé ; celui qui, conduit par quelque erreur, a volé et, ne connaissant pas le droit, avec cette intention qu'il soit son propre bien, comme si à un propriétaire, il était permis aussi d'enlever son propre bien aussi avec une violence aux possesseurs, il doit être absous. À savoir que pour lui, il n'est pas convenable que, d'une action de vol, soit tenu celui qui, avec cette même intention, l'a volé. Mais afin que, tandis que de telles choses sont pensées, ne soit pas trouvée une voie par laquelle les voleurs exerceraient impunément leur cupidité , il a été trouvé meilleur dans les divines constitutions (cf. C. 3, 39, 4 ; C. 8, 4, 7 et 10)*, en faveur de ce point, qu'à personne, il ne soit permis de voler avec une violence un bien meuble ou qui se meut lui-même, bien qu'il pense que ce même bien est le sien ; mais, si quelqu'un agissait contre ces statuts, de la propriété de son bien, il tomberait, mais si au contraire, il est celui d'autrui, après sa restitution, il paierait aussi l'estimation de ce même bien. Non seulement pour les biens meubles qui peuvent être volés, les constitutions ont pensé que cela tenait bon, mais aussi pour les invasions qui, sur les biens du sol, sont faites, afin qu'à partir de cette raison, de toute rapine, les hommes s'abstiennent ».*

Extrait du livre I^er^ *Sur l'Édit du préteur* de Furius Anthianus : *« Nous ne sommes pas contraints de souffrir une action sur le bien* (in rem)*, parce qu'il est permis à quelqu'un de dire qu'il ne possède pas, d'une façon telle que, si l'adversaire peut convaincre que le bien, par son adversaire, est possédé, il transfère sur lui la possession par l'intermédiaire du juge, bien qu'il n'ait pas prouvé qu'il était le sien ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 15 - Mais, parfois, le propriétaire n'est pas cité en justice pour le livrer en abandon noxal, mais aussi pour le tout, comme par exemple si, devant le tribunal, il a été interrogé [pour savoir] si le quadrupède était le sien et qu'il a répondu qu'il était le sien ; car, s'il est établi qu'il lui appartient, pour le tout, il sera condamné ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 571 de Groenewegen van der Made**

Voet ne reçoit pas ce que l'auteur tient ici [en disant] que l'acheteur perd la partie payée du prix en pénalité du retard, comme aussi cela est refusé par Groenewegen dans sa note, à moins qu'entre l'acheteur et le vendeur, cela ait été stipulé dans une convention particulière, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 3.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXVII. La vente [faite] sou !s un pacte commissoire est valide, mais non celle dans laquelle, une telle augmentation du prix qui dépasse la mesure légale des intérêts est promise en pénalité du prix non payé dans un certain délai, voir D. 19, 1 *(Des action de l'achat et de la vente)*, 13 § 26 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 51.]

§ 33. On achète parfois une terre en bloc sans mesure ou en d'autres termes du même effet ; dans ce cas, dans le cas où, néanmoins, une certaine mesure est indiquée et que, par la suite, la véritable mesure est trouvée différer tant de la mesure estimée que cela peut s'étendre à un arpent ou au-dessus, ainsi, aucune attention n'en est prise [572], mais, si la différence est au-dessus, ainsi, l'acheteur a le choix [de voir] s'il veut conserver le dépassement et, pour cela, payer en proportion de ce qu'il avait promis pour le tout, ou s'il veut le faire suivre au vendeur ; en retour, s'il est mesuré en dessous, le vendeur a le choix [de voir] s'il veut le compléter ou s'il veut alors rendre à proportion de l'argent d'achat [573].

[**Note de Willem Schorer sur la note 573 de Groenewegen van der Made**

La vente est jugée avoir été faite non sur la quantité, mais sur le corps si aucune mention de la quantité n'a au total été faite. Par exemple si quelqu'un vend simplement le bien-fonds Cornélien, ou lequel est le bien-fonds, tel que lui-même le possède jusqu'ici, que le colon l'a maintenant ; ou si mention de la quantité a certes été faite, mais en ajoutant une déclaration (par exemple je te vends un bien-fonds de cent jugères ou plus ou moins qu'il contiendra) ; ou enfin, si la déclaration de la quantité a été faite, comme la vente d'un bien-fonds de cent jugères, mais

---

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 4 - Si le maître a nié que l'esclave, sous sa puissance, se trouvait, le préteur permet au demandeur un jugement [pour savoir] si, avec un serment, il veut qu'il décide cela ou qu'il prononce son jugement sans abandon noxal, ce à travers quoi il vaincra, s'il a prouvé que celui-ci, sous son pouvoir, se trouvait ou qu'avec son dol, il a été fait en sorte d'empêcher qu'il s'y trouve ; mais celui qui n'a pas prouvé que, sous la puissance de son adversaire, l'esclave se trouvait perd l'affaire ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Si, alors que quelqu'un est héritier pour la moitié, il a dit qu'il l'était pour le quart, il supportera cette pénalité de son mensonge, parce qu'il est cité en justice pour la totalité [des parts] ; en effet, il ne devait pas mentir, tandis il a affirmé qu'il était héritier d'une moindre part. Parfois, cependant, avec une juste raison, on peut penser qu'il est l'héritier pour une moindre part ; qu'en est-il, en effet, s'il ne connaît pas la part qui lui est échue ou que, pour une part incertaine, il a été institué ? Pourquoi la réponse lui porterait-elle préjudice ? »*

Novelle XVIII, cap. 10 : *« De même, le possesseur d'un gage qui nie que le bien de celui dont le demandeur a affirmé qu'il était le sien ; si, cette intention ayant été approuvée, il s'efforce de retenir le bien en disant qu'à partir d'une hypothèque ou une autre cause déférée sur cette même personne, il est plus proche que celui qui soulève la cause, il transférera la possession avant d'exposer son droit ».*

[572] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 16, 192 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 207, 26, 293 dans le passage *ten vierde* ; Ayres Pinhel sur C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, part. III, cap. 2, nb 9 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 28, defin. 4 à la fin.

[573] (Note de Groenewegen) Voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 18 ; Ayres Pinhel sur C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, dans ledit nb 9 et nb 18. Cependant, lorsque quelqu'un qui vend une pièce de terre indique bien la mesure et et son nombre d'arpent, mais y ajoute qu'il vend cette terre en bloc sans mesure, avec le pied frappé, aussi que l'un ne pourra pas réclamer à l'autre ce qui est au-dessus ou en dessous de la mesure, dans un tel cas, une compensation ne peut en aucun cas être réclamée, quelque grande la mesure en plus ou en moins pourrait être trouvée par la suite, voir Cooren, obs. 19. Voyez en outre Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. IV, tit. 17 ; Ayres Pinhel dans ladite part. III, cap. 2 ; Fachinæus, [Titre de l'ouvrage non indiqué, sachant qu'il ne peut pas s'agir du *Controversiarum opus*, qui ne comprend que treize livres], liv. XXVII ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 28, defin. 3. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 21, 2 *(Des éviction et de la stipulation du double)*, 45.

que les bornes du bien-fonds ont été montrées dans le même temps. Cependant, dans les deux derniers cas, si une différence notable de la quantité a été seulement exprimée, le prix doit encore être augmenté ou diminué à proportion, ainsi, de sorte qu'il soit fait satisfaction envers l'acheteur en équité, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.18, tit. 1, nb 7.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXVIII. Un bien-fonds ayant été vendu par le biais d'une vente en bloc, mais d'une façon telle que le nombre des jugères ait été exprimé, bien qu'à raison de la différence de mesure, à partir de la raison du droit, aucune action ne se présente, en Hollande cependant, il a agréé qu'une action soit accordée si la différence est plus important qu'une jugère entière, comme l'ont jugé la Cour le 28 février 1596 et la Cour Suprême le 21 octobre 1597, voir *Sententien van den Hogen en provinciaalen Raad*, decis. 177 ; Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 18 ; et de nouveau le 31 juillet 1600 dans mon exemplaire manuscrit des *Decisien*, p. 77, et dans une semblable cause, le 20 novembre 1606 ou 1608, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 170 ; et Grotius aussi l'a jugé ainsi dans les *Hollandsche Consultatien*, part. VI, 2e st. cons. 56, sentence de laquelle il ne s'écarte pas à cet endroit comme il l'a semblé aux jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 75 ; car les termes *sous ou au-dessus d'un arpent* signifient ici de ce que nous disons ordinairement *plus ou moins un arpent*, mais ici, il a dit de façon emphatique *un arpent entier*. Les coutumes du Rijnland, art. 95, à partir desquelles on ne peut pas faire le droit commun, voir la thèse XIV, ni les décisions de la Cour dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 408 et 417, qui semblent regarder le Rijunland, ne font obstacle.]

[324] § 34. L'achat d'un certain bien étant accompli, comme il est dit ci-dessus, bien que l'acheteur ne soit pas encore propriétaire et qu'aucune livraison n'ait été faite, ainsi, le bien est aux risque et dommage de l'acheteur ; pour cette raison, tous les fruits, depuis ce temps, suivront à l'acheteur, aussi, une accession de la terre [574] ; en retour, dans le cas où le bien acheté péri ou se détériore, une telle chose vient au dommage de l'acheteur [575] ; étant bien entendu que le vendeur, jusqu'à la livraison, est tenu de veiller à la garde, comme un commodataire le ferait, ou il est autrement tenu à une compensation [576], à moins que l'acheteur, après la période fixée ou après un délai raisonnable et une notification, n'ait été

[574] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, § 3.

« § 3. Mais, lorsqu'un achat et une vente ont été contractés (ce que nous avons dit être fait aussitôt que, du prix, l'on a convenu, quand la chose est faite sans un écrit), le risque du bien vendu, immédiatement, regarde l'acheteur, même si le bien n'a pas encore, à l'acheteur, été livré. C'est pourquoi, si un esclave est mort ou que, dans quelque partie du corps, il a été blessé, ou que toute la maison ou, qu'à partir de quelque partie, avec un incendie, a été consumée, ou que tout le bien-fonds, avec la violence d'une rivière, ou à partir de quelque partie, a été enlevé, qu'aussi, avec une inondation de l'eau ou des arbres ayant été abattus par le courant, il ait commencé à être plus petit ou en plus mauvais état, à l'acheteur, le risque appartient, pour lequel il est nécessaire que, bien qu'il n'ait pas obtenu le bien, il paie le prix. En effet, tout ce qui, sans le dol et la faute du vendeur, en cela, le vendeur est en sécurité. Mais, si, après l'achat, au bien-fonds, quelque chose, par une alluvion, s'est ajouté, au bénéfice de l'acheteur, il revient ; car l'avantage doit appartenir à celui auquel appartient le risque. 3a. Si s'est enfui l'esclave qui est vendu ou qu'il a été enlevé, d'une façon telle que ni le dol ni la faute du vendeur n'interviennent, il faudra être attentif [pour savoir] si le vendeur a reçu sa garde jusqu'à la livraison. Assurément, en effet, s'il l'a reçue, à son risque, cet accident appartient ; s'il ne l'a pas reçue, il sera en sécurité. De même, pour les autres être animés et les autres biens, nous l'entendons. En tout cas, cependant, il devra montrer la revendication du bien et la condiction à l'acheteur, parce qu'assurément, celui qui ne l'a pas encore livré à l'acheteur, est encore lui-même le propriétaire. Il en est de même aussi quant à l'action de vol et de dommage d'une injure ».

[575] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 3 des *Institutes*, III, xxiii. Ceci a aussi lieu pour les biens immeubles achetés, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 3, à moins que, par l'achat, une condition n'ait été stipulée que l'acheteur ne prendra pas immédiatement la possession du bien vendu, mais devra y surseoir et attendre jusqu'à une certaine période, dans ce cas cela viendra en premier lieu à la charge et au profit de l'acheteur à partir de cette période, bien qu'aussi la livraison fût faite avant la date de cette même période fixée, voir la *keur* de la ville de Delft du 30 mai 1650. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit § 3 des *Institutes*, III, xxiii [*De l'achat et de la vente*].

[576] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 3 des *Institutes*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*.

en défaut de recevoir le bien. Car, alors, le vendeur ne pourrait être cité en justice que pour mauvaise foi [577].

[**Note de Willem Schorer sur la note 575 de Groenewegen van der Made**

Dans nos usages, pour le risque et l'avantage du bien vendu, quoique non encore livré, on ne s'est en rien écarté du droit romain, non obstant la constitution de Charles Quint en 1529, dans laquelle il a été disposé que la vente des biens immeubles n'était pas autrement effective, à moins la livraison solennelle n'ait été faite devant la loi du lieu, bien qu'il ait été jugé autrement par la Cour Suprême, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 32, mais Cyprien Regneri d'Oosterga, *Censura Belgica*, p. 506, a réfuté cette sentence, ainsi cependant, de sorte que la distinction que tien Groenewegen dans sa note soit tout à fait reçue, comme aussi Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 6, nb 6, l'a admise. L'auteur, dans le *Droit de la guerre et de le paix*, liv. II chap. XII, § XV nb 2, et Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 15, § 9, et dans le *Droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 5, § 3, et là Barbeyrac dans sa note, signalent plus abondamment que cette distinction s'appuie de toute part sur l'équité. Bien que cela soit vrai, une autre chose a cependant semblé à Cujas sur Africanus, dans D. 19, 2 *(De l'action d'offre de bail et de prise de bail)*, 33, qui signale que le risque du bien vendu non encore livré revient au vendeur ; mais cette sentence de Cujas a agité la bile de Bachov à un point tel qu'il l'a déclarée indigne du jurisconsulte dans ses notes sur Treutler, *Disputationes*, vol. I, disp. 28, th. 8, lettre D.

Il y a cependant des exceptions à la règle générale, à savoir si le vendeur a reçu sur lui le risque jusqu'à la livraison, car alors, la précaution de l'homme fait cesser la précaution de la loi, voir *Institutes*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, § 3, s'il a tenu au vendeur que le bien n'ait pas été livré, voir en argument C. 4, 48 *(Du risque et de l'avantage du bien vendu)*, 4. En outre, la vente est parfois faite sous condition, voir *Institutes*, III, xxiii *(De l'achat et de la vente)*, § 4. Déjà, dans ce cas, avant la réalisation de la condition, le risque revient aussi au vendeur, de même quand le bien vendu a péri d'un défaut plus ancien que la vente.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXXXIX. Le risque et l'avantage du bien vendu revient régulièrement aussi dans le droit hollandais après la confection du contrat à l'acheteur et cela non seulement pour un bien meuble, mais aussi pour un bien immeuble, étant en vain en désaccord le jurisconsulte dont Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, decis. 34, p. 240 et suivantes, rapporte et approuve faussement la réponse. Cependant, il y a l'exception dans le cas [rapporté] chez Groenewegen dans la note 575 sur les *Institutes*, III, xxiii, § 3, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 6, nb 6, et une semblable exception à Amsterdam pour les maisons vendues en exécution, et avant le 1er mai, date à laquelle, étant écoulée, elles doivent être cédées en justice ; voir Roseboom, *Keur van Amsterdam*, chap. 34, art. 31.]

---

[577] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 1 § 3, 4 § 2 et 5.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - Aussi est-il permis au vendeur de verser aussi le vin, s'il a fixé un terme pour le mesurer et qu'il n'a pas été mesuré dans le délai. Il ne pourra pas immédiatement le verser avant d'en avoir, en l'attestant, fait l'annonce à l'acheteur, afin qu'il enlève le vin ou qu'il sache que le vin sera versé. Si, cependant, alors qu'il peut le verser, il ne le verse pas, il doit plutôt être loué ; pour cela, il peut aussi réclamer le prix des barriques, mais seulement s'il importait que ses récipients, dans lesquels se trouvait le vin, fussent vides (comme s'il allait les prendre en location) ou s'il était nécessaire de prendre à bail d'autres barriques. Mais il est plus avantageux que l'on prenne à bail des récipients et que soit rendu le vin, à moins que ne soit rendu à l'acheteur le loyer pour lequel il a pris à bail ou qu'il ne vende le vin de bonne foi : c'est-à-dire de s'appliquer, autant qu'il peut le faire sans inconvénient pour ce dernier, à ce que cette affaire soit du moindre préjudice possible pour l'acheteur ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Mais, le vin ayant été vendu en bloc, la fin de la garde est le moment de son transport. Il faudra le recevoir ainsi, si le moment a été ajouté ; du reste, s'il n'a pas été ajouté, il faut considérer que le vendeur ne doit pas une garde infinie. Et il est plus vrai [de dire] que, suivant ce que, ci-dessus, nous avons montré, importe ce qui, quant au moment, a été fait, ou de lui faire savoir qu'il enlève le vin ; de façon certaine, avant que les barriques, pour les vendanges, soient nécessaires, le vin doit être transporté ».*

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« S'il a dépendu de l'acheteur d'empêcher, à la date, d'enlever le vin, à moins qu'avec le dol du vendeur, celui qui a été enlevé ne doive, par lui, être procuré. Si, entre autres, cent amphores de ce vin qui se trouvera dans le cellier sont vendues, si on les a mesurées, jusqu'à ce qu'on les mesure, tout le risque, au vendeur, appartiendra, à moins que cela, par le biais, de l'acheteur ne soit fait ».*

§ 35. Cependant, quand une certaine mesure de bien mesurable, comptable et pesable est vendue, ainsi, la détérioration vient bien à la charge de l'acheteur [578], mais non la disparition de la chose avant la mesure, le comptage ou la pesée [579]. Cela a aussi lieu pour tous les biens qui sont vendus sous une condition, ainsi, quand ceux-ci se détériorent ou périssent avant la réalisation de la condition [580], à moins qu'aussi, une autre chose ne fût stipulée sur cette condition d'un côté ou de l'autre [581].

---

[578] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 16 (15).

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« Si des vins qui, dans des barriques, se trouveront, sont vendus et que ceux-ci, avant que, par l'acheteur, ils soient enlevés, par leur nature, ont été corrompus, si certes, quant à leur qualité, le vendeur l'a donnée comme sûre, il sera tenu envers l'acheteur ; s'il ne l'a en rien donnée comme sûre, à l'acheteur, le risque en reviendra, parce que, qu'il ne l'ait pas goûté ou qu'en le goûtant, il l'ait mal apprécié, de lui-même, il doit se plaindre. Clairement, si, alors que le vendeur entendait que leur qualité ne durerait pas jusqu'à la date à laquelle ils devaient être enlevés, il n'en a pas averti l'acheteur, il sera tenu envers lui pour ce qu'il était de l'intérêt de ce dernier qu'il le lui ait signalé ».*

[579] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 5.

Ce passage est le troisième cité dans la note 572 ci-dessus.

[580] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 8.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Il est de nécessité de savoir quand une vente est parfaite ; car nous saurons alors à qui revient le risque : en effet, la vente étant parfaite, le risque revient à l'acheteur. Et, si ce qui est vendu est identifié, quel il est, en quelle quantité et quel est son prix, et s'il est vendu purement et simplement, la vente est parfaite ; mais, si la chose est vendue sous condition, si la condition n'est pas réalisée, la vente est nulle, tout comme l'est la stipulation ; si la condition est réalisée, Proculus et Octavenus déclarent que le risque revient à l'acheteur, de même Pomponius, dans son livre IX. Si, la condition étant en suspens, l'acheteur, ou le vendeur, décédait, il est établi que, la condition étant réalisée, les héritiers seront également obligés, comme si la vente avait été déjà contractée dans le passé. Si la chose a été transférée, alors que la condition est en suspens, l'acheteur ne pourra pas l'usucaper en tant qu'acheteur ; et, si la chose a cessé d'exister, la condition étant en suspens, ce qui a été payé du prix sera réclamé et les fruits [gagnés] pendant ce temps intermédiaire reviennent au vendeur (tout comme les stipulations et les legs conditionnels sont anéantis) ; assurément, si la chose existe, quoiqu'elle ait été détériorée, on peut dire que le risque revient à l'acheteur. 1 - Si l'on a vendu ainsi : "cet esclave a été acheté, que le navire venant d'Asie soit arrivé ou non", Julianus pense qu'immédiatement, la vente est accomplie, parce qu'il est sûr qu'elle a été contractée. 2 - Alors que tu m'as vendu un usufruit, il importe [de savoir] si le droit d'usufruit qui est seulement le tien, tu le vends ou si, sur le bien lui-même qui sera le tien, tu me vends un usufruit ; car, dans le premier cas, même si, immédiatement, tu meurs, à moi, ton héritier ne devra rien, mais, à mon héritier, il sera dû, si tu vis ; dans le second cas, à mon héritier, rien ne sera dû et ton héritier le devra ».*

[581] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 6, 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si le vin vendu s'est aigri ou qu'il a subi quelque autre défaut, à l'acheteur, reviendra le risque, de même que si le vin s'est répandu, les récipients ayant été écrasés, ou pour quelque autre cause. Mais, si le vendeur s'est assujetti au risque, il supportera le risque pour ce temps, [à savoir] tant qu'il l'a supporté ; s'il n'a pas indiqué la période, il doit supporter le risque jusqu'à ce que le vin soit goûté, à savoir comme si, alors, il est le plus pleinement vendu ; lorsqu'il a été goûté, en conséquence, on convient que, tant qu'il supportera le risque du vin, il le supportera, ou [si] l'on n'en convient pas, jusqu'à la dégustation, il le supportera. Si [les vins] n'ont pas encore été goûtés, que, cependant, les récipients ou les barriques ont été scellés, avec raison, nous dirons encore que le risque appartient au vendeur, si ce n'est si l'on convient d'une autre chose. 1 - Mais le vendeur doit garantir la garde à la date de la mesure ; en effet, avant que le vin soit mesuré, il n'est généralement pas encore vendu. Après la mesure faite, au vendeur, le risque cesse d'appartenir ; et, avant la mesure, du risque, il est libéré, si, à la mesure, il ne l'a pas vendu, mais peut-être, [s'il a vendu] des amphores ou aussi de simples barriques. 2 - Si une barrique a été scellée par l'acheteur, Trebatius dit qu'elle est considérée comme livrée ; Labéon [dit] le contraire et cela est vrai ; en effet, c'est plus pour ne pas qu'elle soit détournée qu'on la scelle ordinairement que pour qu'elle soit considérée comme livrée. 3 - Aussi est-il permis au vendeur de verser aussi le vin, s'il a fixé un terme pour le mesurer et qu'il n'a pas été mesuré dans le délai. Il ne pourra pas immédiatement le verser avant d'en avoir, en l'attestant, fait l'annonce à l'acheteur, afin qu'il enlève le vin ou qu'il sache que le vin sera versé. Si, cependant, alors qu'il peut le verser, il ne le verse pas, il doit plutôt être loué ; pour cela, il peut aussi réclamer le prix des barriques, mais seulement s'il importait que ses récipients, dans lesquels se trouvait le vin, fussent vides (comme s'il allait les prendre en location) ou s'il était nécessaire de prendre à bail d'autres barriques. Mais il est plus avantageux que l'on prenne à bail des récipients et que soit rendu le vin, à moins que ne soit rendu à l'acheteur le loyer pour lequel il a pris à bail ou qu'il ne vende le vin de bonne foi : c'est-à-dire de s'appliquer, autant qu'il peut le faire sans inconvénient pour ce dernier, à ce que cette affaire soit du moindre préjudice possible pour l'acheteur. 4 - Si tu as acheté du vin en barrique et qu'au sujet de cette livraison, rien n'est convenu, il semble avoir été fait en sorte qu'elles soient vidées avant que leur concours soit nécessaire pour la vendange future ; si elles n'ont pas été vidées, il faut faire ce que les anciens ont pensé, [à savoir] que, par l'intermédiaire d'une mesure, le vendeur en fasse la mesure et la verse ; en effet, les anciens conseillaient ceci pour la mesure, s'il n'apparaît pas de combien est la mesure, à savoir, pour qu'apparaisse combien a, pour l'acheteur, péri ».*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 578 et 579 de Groenewegen van der Made**

Si la question se trouve sur la quantité de la mesure pour un bien-fonds vendu à la mesure, la mention de cet endroit où le bien-fonds est situé doit suivre et il doit être livré devant la loi du lieu, à moins qu'autre chose n'ait été fait, Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 19, nb 8, rapporte que cela a été décidé ainsi presque partout. Si [ce sont] des biens meubles en premier lieu fongibles, il faut examiner la mesure de l'endroit dans lequel ils sont dus à partir du contrat ; à partir de cela, chacun est entendu avoir contracté dans cet endroit qui est destiné au paiement, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 8.]

*

[325] Chapitre XV
De l'exécution de l'achat [et de la vente] [582]

§ 1. Les CONSÉQUENCES DE L'ACHAT sont *l'exécution de l'achat, le transfert de l'achat, la rupture de l'achat. L'exécution de l'achat* est, du côté de l'acheteur, que l'acheteur est tenu de payer l'argent d'achat au vendeur propriétaire [583], aussi, de compenser tous les frais qui sont faits après la conclusion de l'achat par le vendeur par nécessité sur le bien vendu [584] ; cela aussi après la livraison du bien vendu ou autrement, après qu'il a été en défaut de le recevoir, il est tenu de donner les intérêts de l'argent dû [et non payé] au vendeur [585] au

[582] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1 *(Des actions d'achat et de vente)*, C. 4, 49 *(Des actions d'achat et de vente)*.

Ce titre du Digeste comprend 55 extraits et celui du Code, 17 constitutions.

[583] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 11 § 2.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Et en premier lieu, il faut que le vendeur fournisse la chose elle-même, c'est-à-dire la livre ; cette chose, si certes, le propriétaire en est le vendeur, rend l'acheteur propriétaire ; s'il ne l'était pas, elle oblige seulement au titre de l'éviction le vendeur, pourvu que le prix ait été compté ou, à ce titre, satisfait. Mais l'acheteur est contraint de faire des pièces [comptées] celles du vendeur ».*

[584] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13 § 22 ; D. 18, 6, 1 § 3.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 22 - En outre, en agissant en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, on obtiendra aussi les dépenses qui ont été faites sur le bien vendu, comme par exemple si quelque chose a été payé sur les constructions vendues ; en effet, Labéon et Trebatius écrivent que, sur le fondement de l'achat, il y a à ce titre une action en justice. De même, si, pour un esclave malade, on a dépensé un soin avant sa livraison ou si quelque chose, pour les enseignements, il est vraisemblable qu'aussi, l'acheteur voulait qu'on le dépense. Cela, Labéon le dit de façon plus large, si quelque chose, pour l'enterrement d'un esclave mort, a été dépensé, [à savoir] que, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, on doit l'obtenir, pourvu que, sans la faute du vendeur, il soit mort ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - Aussi est-il permis au vendeur de verser aussi le vin, s'il a fixé un terme pour le mesurer et qu'il n'a pas été mesuré dans le délai. Il ne pourra pas immédiatement le verser avant d'en avoir, en l'attestant, fait l'annonce à l'acheteur, afin qu'il enlève le vin ou qu'il sache que le vin sera versé. Si, cependant, alors qu'il peut le verser, il ne le verse pas, il doit plutôt être loué ; pour cela, il peut aussi réclamer le prix des barriques, mais seulement s'il importait que ses récipients, dans lesquels se trouvait le vin, fussent vides (comme s'il allait les prendre en location) ou s'il était nécessaire de prendre à bail d'autres barriques. Mais il est plus avantageux que l'on prenne à bail des récipients et que soit rendu le vin, à moins que ne soit rendu à l'acheteur le loyer pour lequel il a pris à bail ou qu'il ne vende le vin de bonne foi : c'est-à-dire de s'appliquer, autant qu'il peut le faire sans inconvénient pour ce dernier, à ce que cette affaire soit du moindre préjudice possible pour l'acheteur ».*

[585] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13 § 20 ; C. 4, 49, 5.

Extrait du livre XXXII sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 20 - Mais entrent dans cette action les choses ci-dessous écrites. En premier lieu, le prix, pour combien la chose est vendue. De même, les intérêts du prix après le jour de la livraison ; car, alors que, du bien, l'acheteur jouit, il est très juste qu'il en acquitte les intérêts ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Decimus Caplusius et donnée en 290 : *« Le gouverneur de la province aura soin de contraindre l'acheteur qui a obtenu la possession du fruit à rendre une partie du prix qu'il a dans ses mains, avec les intérêts que le compte des fruits perçus et la faveur de l'âge, bien qu'il n'y ait eu aucun retard, ont générés ».*

taux de 6, 25 pour cent [586] ; il peut aussi être contraint de recevoir le bien acheté et, par un refus, il est tenu au dommage que le vendeur pourrait en souffrir [587].

[**Note de Willem Schorer sur la note 583 de Groenewegen van der Made**

Le prix doit être payé au vendeur, bien que le bien vendu soit appris avoir appartenu non au vendeur, mais à une autre personnne, pourvu que le nom de celle-ci ait été inséré dans l'instrument, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 125.

Mais, si, quant au prix, rien n'est convenu, l'acheteur est tenu de donner autant qu'il vaut de façon ordinaire, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 6, § 1.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXL. L'acheteur, après un retard commis dans le paiement du prix, est tenu des intérêts, comme l'a jugé la Cour le 25 septembre 1613, *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 407, qui, à partir de la raison du droit, peuvent être maintenant au plus haut de 5 %, voir les thèses DXLV à la fin et DCXVI, non plus importants à Amsterdam aussi, à partir de l'ancien statut de 1609 maintenant abrogé dans la coutume en 1658, voir les *Handvesten van Amsterdam*, p. 541.]

§ 2. Dans le cas où le vendeur a vendu moins cher la chose par une fausse déclaration de l'acheteur, l'acheteur est tenu de compléter ce qui manque [588].

§ 3. Le vendeur étant prêt à faire la livraison du bien contre le paiement de l'argent d'achat, l'acheteur est tenu de précéder avec le paiement [589].

---

[586] (Note de Groenewegen) Mais aujourd'hui, le taux est de 4 pour cent pour la raison ci-devant dite dans le chapitre X, note **29**, dans les ajouts. Voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 14, defin. 3 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 34, defin. 2 et 7.

[587] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 49, 9 ; D. 18, 6, 1 § 3.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Zania Antipatra et donnée en 293 : *« Si un mineur, par le vendeur, le sachant ou l'ignorant, se voyait dire que la capitation du bien-fonds vendu serait trouvée plus élevée, il est cité en justice pour autant que, si l'acheteur savait, dès le commencement, il donne un moindre prix. Mais, si au contraire, il avait connu une charge de cette sorte et l'inconvénient de l'exécution, il n'a aucune action contre le vendeur ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 3 - Aussi est-il permis au vendeur de verser aussi le vin, s'il a fixé un terme pour le mesurer et qu'il n'a pas été mesuré dans le délai. Il ne pourra pas immédiatement le verser avant d'en avoir, en l'attestant, fait l'annonce à l'acheteur, afin qu'il enlève le vin ou qu'il sache que le vin sera versé. Si, cependant, alors qu'il peut le verser, il ne le verse pas, il doit plutôt être loué ; pour cela, il peut aussi réclamer le prix des barriques, mais seulement s'il importait que ses récipients, dans lesquels se trouvait le vin, fussent vides (comme s'il allait les prendre en location) ou s'il était nécessaire de prendre à bail d'autres barriques. Mais il est plus avantageux que l'on prenne à bail des récipients et que soit rendu le vin, à moins que ne soit rendu à l'acheteur le loyer pour lequel il a pris à bail ou qu'il ne vende le vin de bonne foi : c'est-à-dire de s'appliquer, autant qu'il peut le faire sans inconvénient pour ce dernier, à ce que cette affaire soit du moindre préjudice possible pour l'acheteur ».*

[588] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13 § 5.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - En sens contraire aussi, de même, Julianus écrit qu'alors que Terentius Victor mourut en laissant comme héritier son frère et qu'un certain Bellicus avait soustrait certains bien de la succession, des instruments et des esclaves, ceux-ci ayant été facilement soustraits, comme si la succession n'avait plus de valeur, et, de la lui vendre, il le convainquit ; d'une action de vente* (venditi)*, pourra-t-il être tenu ? Et Julianus dit que se présente l'action sur le fondement de la vente* (ex vendito) *pour autant que la succession vaudra plus cher, si ces biens n'avaient pas été soustraits ».*

[589] (Note de Groenewegen) Voir Francisco Curzio dans son traité *De sequestribus*, quæst. 1, nb 13. Cependant, lorsque l'on recherchera par la suite si cela peut être dit contraignant, de semblable façon, un acheteur qui réclame le bien acheté est auparavant tenu de payer au vendeur tout le prix d'achat, voir D. 19, 1, 13 § 8 ; cela aussi de l'autre côté, un vendeur qui réclame de l'acheteur le prix d'achat est en premier lieu tenu d'accomplir auparavant tout le contrat et, avec cela, de livrer à l'acheteur le bien vendu, voir C. 8, 44, 5 à la fin, D. 19, 1, 25 et là, Bartole, Costalius et les autres ; Wesembeck, *Paratitla*, *De actione empti*, nb 6 ; C. 4, 34, 11. Mais, dans le cas où les gens se se font pas confiance réciproquement, ils peuvent faire satisfaction en consignant le prix d'achat dans les mains du juge ou d'un tiers à choisir des deux côtés, voir D. 46, 3, 39, et là, Bartole, Paolo di Castro et d'autres ; la glose sur D. 19, 1, 13 § 8 sur les mots *retinere potest* à la fin ; Curzio dans ledit traité *De sequestribus*, quæst. 1, nb 12 à la fin.

[**Note de Willem Schorer surt la note 589 de Groenewegen van der Made**

Quand il est demandé lequel des deux des contractants sera tenu de remplir le contrat le premier, il faut répondre : celui, qu'il soit l'acheteur ou le vendeur, qui fait en sorte qu'autrement le contrat convenu par le défendeur ne soit pas repoussé avec l'exception de contrat non rempli, ainsi cependant, de sorte qu'ici, le défendeur, comme il est ordinairement fait régulièrement, en faisant l'exception, ne devienne pas le demandeur, parce que tout le fondement du demandeur consiste dans le contrat rempli de son côté et, pour cette raison, la preuve du contrat rempli refusé par l'adversaire lui incombe ; en effet, le défendeur allègue dans l'exception la négation d'un acte dont il n'y a aucune preuve. D'une semblable façon, le demandeur est tenu de faire la preuve, si le défendeur nie que le contrat soit intervenu.

Du reste, il faut relever que, dans n'importe quelle partie du jugement, l'exception de contrat non encore rempli est opposée et qu'il est toujours libre au demandeur d'offrir au plus vite l'accomplissement, avec cet effet qu'il puisse rendre immédiatement la demande efficace qui peine peut-être depuis le début avec un certain vice. Si aucun des deux contractants n'a de confiance en l'autre, il ne subsiste rien, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note, que pour que le séquestre soit fait du bien meuble vendu et du prix promis, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 1, nb 23 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 17, nb 6.]

[326] § 4. Du côté du vendeur, l'exécution consiste en ce que le vendeur, dans le cas où il est propriétaire du bien vendu, est tenu d'en rendre l'acheteur propriétaire [590] ; cela est fait

---

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Le prix doit être offert par l'acheteur, lorsque, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il agit en justice et c'est pourquoi, même s'il offre une partie du prix, il n'y a pas encore d'action sur le fondement de l'achat* (ex empto) *; en effet, comme gage, le vendeur peut retenir la chose qu'il a vendue ».*

Constitution d'Antonin adressée à Patroina et donnée en 212 : *« Pour les biens-fonds que tu as achetés, si quelques choses obligées par le vendeur ne t'ont pas encore été livrées, avec une action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, tu obtiendras que ceux-ci, par la créancière, soient libérés ; en effet, cela sera fait si, contre le vendeur qui, avec une action sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, réclame le prix, tu opposeras l'exception de dol ».*

Extrait du livre LIV des *Digestes* de Julianus : *« Celui qui vend une vendange pendante, s'il se voit interdire de cueillir le raisin par le vendeur, contre celui qui réclame le prix, d'une exception, pourra user, si cet argent dont il s'agit, n'est pas réclamé pour ce bien qui est vendu et n'a pas été livré. Du reste, après la livraison, qu'il soit interdit de recueillir le raisin ou d'emporter le moût, pour la production* (ad exhibendum) *ou [avec l'action] d'injures* (injuriarum)*, il pourra agir en justice, de même que s'il est interdit d'enlever son autre bien quel qu'il soit ».*

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Si quelqu'un a reçu de l'argent ou certains biens au titre d'un dépôt, est contraint de les rendre à celui qui veut chez qui il les as déposés par tous les moyens immédiatement et n'opposera aucune compensation, déduction ou exception de dol, comme si celui-là même qui présente certaines actions personnelles, sur le bien ou hypothécaires contre celui qui a déposé ou sur le bien, du fait que, de cette façon, il n'a pas reçu le dépôt pour que la détention à lui accordée soit générée et que le contrat qui, de bonne foi, à une perfidie, ne soit pas ramené. 1 - Mais, si, des deux côtés, quelque chose a été déposé et, dans ce cas, un empêchement naît, mais les biens déposés, certes, ou l'argent, par les deux parties, le plus vite possible, sans quelque obstacle, sont restitués, à savoir en premier lieu, à celui qui le premier a voulu cela et, par la suite, toutes les actions légales lui sont conservées. 2 - Il faut que cela tienne ferme, comme il a déjà été dit, si, d'un côté, le dépôt a été fait, mais que, de l'autre, une compensation a été opposée pour que, toute la raison légale restant entière, les biens déposés ou l'argent soient de prime abord restitués. 3 - Si, par écrit, il y avait une attestation, non transmise par dol ou par fraude, à celui qui a reçu le dépôt, par un autre pour qu'il ne restitue pas le dépôt, et qu'il a affirmé cela par un serment, il sera permis à celui qui a déposé, sous la fourniture de la précaution appropriée de défense, de recouvrer les biens déposés au plus vite ».*

Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : *« Si, allant te payer de l'argent, sur ton ordre, j'ai déposé celui-ci avec ton sceau chez un banquier jusqu'à ce que cela soit approuvé, Mela écrit dans son livre X qu'à ton risque, celui-ci sera. Cela est vrai, avec cependant ceci, que l'on regarde surtout s'il n'a pas tenu à toi d'empêcher que cela soit approuvé dans l'instant ; car alors, on devra le tenir de la même manière que si, moi étant prêt à le payer, toi, tu ne voulais pas le recevoir à partir de quelque raison. Dans cette espèce en tout cas, le risque ne sera pas toujours tien ; en effet, qu'en est-il, si, à un moment ou en un endroit inappropriés, je l'ai offert ? Avec cela, je pense qu'il est logique qu'aussi, si l'acheteur a déposé les espèces monétaires et le vendeur, la marchandise, parce qu'ils avaient réciproquement peu de confiance, les espèces monétaires seront au risque de l'acheteur (en tout cas, si lui-même a choisi celui chez qui elles seront déposées) et non moins la marchandise aussi, parce que l'achat aura été achevé ».*

[590] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 11 § 2. Voyez en outre ci-après § 6, la note 607.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Et en premier lieu, il faut que le vendeur fournisse la chose elle-même, c'est-à-dire la livre ; cette chose, si certes, le propriétaire en est le vendeur, rend l'acheteur propriétaire ; s'il ne l'était*

par la livraison et la mise en possession, à savoir dans le cas où l'achat est auparavant payé, assuré ou que l'acheteur est de confiance, comme il est dit ci-dessus [591] où il est parlé de l'acquisition de la propriété. Si le vendeur n'était pas propriétaire, ainsi, il serait tenu de livrer la libre possession à l'acheteur [592], d'une façon telle que l'acheteur qui n'est pas cité en justice, par une prescription, puisse acquérir la propriété [593] ; semblablement, il est tenu, se le voyant demander, de faire à l'acheteur une indication des limites [594] et une livraison de toute la preuve qui repose sur lui [595]. Dans le cas où l'acheteur est troublé [dans sa possession], le vendeur est tenu à une garantie, comme il est dit ci-devant. L'acheteur est tenu, quand un trouble lui est fait en justice sur la propriété du bien vendu en totalité ou en partie, d'en donner la connaissance au vendeur à temps [596], qui est alors tenu d'accepter le droit pour celui-ci ; autrement, il priverait l'acheteur de son recours [597], à moins qu'en

---

pas, elle oblige seulement au titre de l'éviction le vendeur, pourvu que le prix ait été compté ou, à ce titre, satisfait. Mais l'acheteur est contraint de faire des pièces [comptées] celles du vendeur ».

[591] (Note de Groenewegen) Voir dans le liv. II, le chapitre V, § 14, note 169.

[592] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 11 § 2.

Ce passage est donné ci-dessus.

[593] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 41, 4 *(En faveur de l'acheteur).*

Ce titre renferme 14 extraits.

[594] (Note de Groenewegen) D. 19, 1, 48.

Extrait du livre II des *Réponses* de Scævola : *« Titius, héritier de Sempronius, a vendu un bien-fonds à Septicius ainsi : "le fonds Sempronien, tout ce qui appartient au droit de Sempronius, sera pour toi acheté avec tel nombre de pièces" ; il a livré une possession vide et n'a pas indiqué ses limites ; on demande si, avec l'action d'achat* (empti)*, il doit être contraint de montrer, à partir des instruments successoraux, ce qu'il en était du droit que le défunt avait eu d'en indiquer les limites. J'ai répondu que devait être fourni à partir de cet écrit ce qu'ils sont entendus avoir pensé ; si cela n'apparaît pas, que le vendeur doit montrer les instruments du bien-fonds et ses limites ; le fait est que cela est conforme à un contrat de bonne foi ».*

[595] (Note de Groenewegen) Voir Pourvu que l'acheteur qui a l'utilité de la ci-devant dite preuve soit tenu de la retourner au vendeur, voir D. 19, 1, 52 et 48, et là, Costalius et les autres docteurs sur D. 19, 1 [*De l'action d'achat et de vente*] ; C. 6, 42, 24.

Extrait du livre VII des *Digestes* de Scævola : *« Un créancier a vendu un bien-fonds obligé envers lui, dont il avait les chirographes des rentes payées en retour, par le débiteur, déposés chez lui, sous cette condition que, si quelque chose, au titre des rentes, était dû, l'acheteur le paierait ; de même, le bien-fonds, à raison de ces rentes qui avaient déjà été payées par le preneur, une région de bois et de pacages, dans laquelle le bien-fonds se trouve, est vendu, Mævius l'achète et en paie le prix ; il a été demandé si, avec une action d'achat* (empti) *ou quelque [autre] action, l'acheteur, du vendeur, pouvait obtenir que les chirographes des paiements ci-dessus mentionnés lui soient remis. [Scævola] a répondu que l'acheteur, avec l'action de l'achat* (empti)*, pouvait obtenir que les instruments dont il est question soient produits. 1 - Le bien-fonds évalué, donné en dot par un père au nom de sa fille et obligé envers un créancier, est saisi ; il a été demandé si le fils qui conserve la succession de son père, alors que, de celui-ci, la fille s'est tenue éloignée, se contentant de sa dot, de l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, est tenu, afin que, du créancier, il se délie et qu'au mari, il le donne libre. [Scævola] a répondu qu'il en était tenu. 2 - Entre le vendeur et l'acheteur d'une charge, on a convenu que le salaire qui était dû par cette personne échoirait à l'acheteur ; il a été demandé : le vendeur de la charge, quel montant et de qui, doit-il réclamer, et qu'est-ce que, sur le fondement d'un pacte de ce type, le vendeur, à l'acheteur, devra payer ? [Scævola] a répondu que le vendeur devait garantir les actions extraordinaires à ce titre qu'il avait. 3 - Devant une maison jointe à la mer, quelqu'un, en jetant une levée, a établi la rive et quand la maison, par lui, a été possédée, à Gaius Seius il l'a vendue ; je demande si la rive qui a été adjointe par le vendeur à la maison, à l'acheteur, appartiendra aussi par la loi de la vente. [Scævola] a répondu que, selon la même règle, dans lequel elle était avant qu'il y entre, la maison sera vendue ».*

L'extrait suivant est donné dans la note qui précède.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Menestratus et donnée en 293 : *« Les instruments des biens-fonds laissés par le biais d'un fidéicommis qui regardent la preuve de l'origine de ceux-ci, les héritiers n'ont pas nécessairement à les procurer ; cependant, ils doivent donner garantie que, s'il y en avait le besoin pour le légataire ou le fidéicommissaire, ceux-ci, s'ils les ont, ils les présentent ».*

[596] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 29 § 2. Voyez en outre Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. II, cap. 35 et 36 ; Caballinus, *De evictionibus*, § 3, nb 1 avec les suivants ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. III, cap. 17, nb 3 et les suivants.

Extrait du livre XI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 2 - À n'importe quel moment, au vendeur, il peut annoncer qu'à l'action en justice au sujet de ce bien, il assistera, parce qu'un délai certain n'est pas fixé à l'avance dans cette stipulation, tandis que, cependant, cela n'est pas rendu proche de la condamnation elle-même ».*

[597] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 44 (45), 8.

dehors de tout doute, le **[327]** bien n'arrivât à un autre [598] ; mais, dans le cas où la chose est enlevée à l'acheteur par sa faute ou par une autorité plus haute, le vendeur n'en est pas tenu [599]. La chose ayant été obtenue en justice, l'acheteur a le choix [de voir] s'il veut de redemander la valeur du bien telle qu'elle était au moment de la date d'achat [600] ou tout ce qui était de son intérêt que la chose n'eût pas été évincée [601].

Constitution d'Antonin adressée à Clementius et donnée en 222 : *« L'acheteur d'un bien-fonds, à moins qu'à l'auteur ou à son héritier, il ne l'ait annoncé, le bien-fonds ayant été évincé, n'a ni l'action sur le fondement de la stipulation, ni au double ni sur le fondement de l'achat contre le veneur ou ses garants. Mais, si, au jugement, l'acheteur n'était pas présent ou que, présent, par une injustice du juge, il a été vaincu, en l'absence de l'auteur ou du garant, il n'a pas de recours contre lui ».*

[598] (Note de Groenewegen) Voir Caballinus, *De evictionibus*, § 3, nb 73 avec les suivants et nb 90 ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. II, cap. 37 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. III, cap. 17, nb 6 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 13, art. 18, nb 12 ; en argument D. 19, 1, 11 § 12 aux mots *quia manifestum*.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 12 - De même, dans le livre second de ses Réponses, il dit que l'acheteur condamné à une action noxale, avec une action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, poursuivait seulement ce dont il pouvait s'acquitter ; et de même, il le pense, si, sur le fondement d'une stipulation* (ex stipulatu)*, il agit en justice ; qu'il poursuive en justice avec une action noxale ou non, parce qu'il était manifeste que l'esclave était coupable, sur le fondement d'une stipulation ou de l'achat, il ne peut pas moins agir en justice ».*

[599] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 11.

Extrait du livre VI des *Réponses* de Paul : *« Lucius Titius a acheté des biens-fonds en Germanie transrhénane et a apporté une partie du prix ; alors que, sur le montant restant, l'héritier de l'acheteur est cité à comparaître, il a renvoyé la question en disant que ces possessions avaient, pour partie, à partir d'un ordre de l'empereur, été vendues, pour l'autre partie, assignées en récompense à des vétérans ; je demande si le risque de ce bien regarde le vendeur. Paul a répondu que les cas futurs d'éviction ne regardaient pas le vendeur et c'est pourquoi, selon ce qui est exposé, on peut réclamer le prix des biens-fonds. 1 - Sur le fondement des termes d'une stipulation du double ou du simple [qui dit que] "cet esclave dont il s'agit a été libéré de son crime", le vendeur ne peut pas être cité à comparaître à raison de ces crimes qui, de façon publique, sont ordinairement châtiés ».*

[600] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 13.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Proculus, à bon droit, pensait que l'évaluation de la qualité devait être faite quand est évincée la partie qui, au moment de la vente, existait et non lorsqu'elle est évincée ».*

[601] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 60 et 70 ; D. 19, 1, 1. Mais, lorsque le vendeur a stipulé qu'il ne sera pas tenu pour l'éviction ou l'enlèvement de la chose vendue, ainsi, le vendeur, la chose ayant été par la suite enlevée, n'est pas tenu à tous les ci-devant dits dommages soufferts par l'acheteur par le biais de l'éviction, cependant, il doit néanmoins retourner à l'acheteur la valeur d'achat, voir D. 19, 1, 11 § 18. Une telle chose a été jugée par la Cour de Justice de Hollande, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 37 et 68 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 123, nb 14-15 ; Cooren, avis 13 à la fin ; dans les notes sur Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. III, cap. 17, nb 2 ; Caballinus, *De evictionibus*, § 2, nb 23 avec les suivants, à moins que l'acheteur n'eût su que le vendeur n'était pas propriétaire du bien vendu, voir C. 8, 44 (45), 27, et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis* ; Caballinus, *De evictionibus*, § 3, nb 166 ; les docteurs sur C. 6, 43 *(Suppression des choses communes quant aux legs, aux fidéicommis et à l'envoi en possession sur un bien)*, 3 § 4. Voyez ci-dessus le chapitre XIV, note 514.

Extrait du livre II *Repris de Plautius* de Javolenus : *« Si, lors d'une vente, il n'a pas été dit combien il fallait que le vendeur garantisse à la faveur d'une éviction, le vendeur ne garantira rien en dehors du simple au titre de l'éviction et, à partir de la nature de l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, [il garantira] ce qui est de son intérêt ».*

Extrait du livre V des *Questions* de Paul : *« Un bien ayant été évincé, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, une action, non seulement pour recouvrer le prix, mais pour le montant de l'intérêt, se présente ; en conséquence, s'il a commencé à être moins cher, le dommage concernera l'acheteur ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si le bien vendu n'a pas été remis, on agit en justice pour ce qui importe, c'est-à-dire, ce qu'il y a d'intérêt que l'acheteur a sur le bien ; mais, parfois, cela dépasse le prix, si l'intérêt est plus cher que vaut la chose ou qu'elle a été achetée. 1 - Si le vendeur, alors qu'il savait qu'il était dû [quelque chose], a caché une servitude, il n'échappera pas à l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, si seulement l'acheteur a ignoré ce point ; en effet, tout ce qui, à l'encontre de la bonne foi, est fait entre dans l'action d'achat. Mais nous savons que le vendeur le sait et le cache ainsi, non seulement s'il ne l'a pas signalé, mais aussi, s'il a nié que cette servitude était due, alors qu'on le lui avait demandé, mais aussi, si tu exposes qu'il l'a dit ; "nulle servitude n'est certes due, mais, de ce qu'une servitude inattendue ne survient pas, je n'en suis pas tenu", je pense que, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il en est tenu, parce que la servitude était due et qu'il le savait. Mais, s'il a fait en sorte que l'acheteur ne reconnaisse pas que quelque servitude est due, je pense que, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il est tenu. De façon générale, je dirai que, si, avec un usage désapprouvé, il s'est tourné à cacher une servitude, il est tenu de la devoir, s'il n'a pas voulu pourvoir à sa propre sécurité. Ceci est ainsi vrai, si l'acheteur ignorait les servitudes, parce que n'est pas considéré les avoir cachées celui qui les connaît et ne devait pas les certifier celui qui les ignorait ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 18 - Pour celui qui a vendu un pouvoir de posséder, voyons ce qu'il doit garantir ? Je pense qu'il importe beaucoup [de savoir] si cela est promis par son biais et celui des personnes qui viennent*

[**Note de Willem Schorer sur la note 590 de Groenewegen vabn der Made**

Si cependant, avec un cas fortuit, il ne peut pas livrer les biens viendus, supposez qu'ils aient péri dans un naufrage, il est libéré en en offrant de semblables de la même qualité à l'acheteur et Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 82, atteste que cela a été ainsi jugé, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 19 *(Des actions d'achat et de vente)*, 4.]

[**Willem Schorer**

Comme il est dit ci-devant. Dans le chapitre précédent, § 10, dans la note 491.]

[**Sur la note 596 de Groenewegen van der Made**

L'acheteur appelé en justice est tenu, selon l'auteur, de déclarer le procès au vendeur. Cependant, si celui-ci n'y est pas venu et a refusé de se présenter au jugement, le demandeur demande un témoignage de diligence, communément [en néerlandais] *un acte de déclaration qu'il réserve son recoirs sur et contre son vendeur*, voir Wassenaar, *Practica judicialis*, cap. 8, nb 5. Un unique défaut suffit pour obtenir cela, voir Wassenaar, *Practica judiciailis*, cap. 8, nb 5.

Il faut cependant relever que le répondant n'est pas contraint de transférer sur lui le procès, du fait qu'il sera à son jugement [de savoir] s'il voulait assister au procès ou s'il fournit des appuis à lacheteur avec lesquels il se défendra. La raison en est que, la cause elle-même étant tombée, le vendeur est tenu de l'éviction, voir de même Wassenaar, cap. 8, nb 6. Toutefois, la déclaration ayant été négligée, l'acheteur n'a aucuèn recours, comme [le dit] ici l'auteur, à moins que de façon évidente et claire, un vice de droit puisse être appris de la part du répondant, comme [le disent] Groenewegen dans la note 598, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 21, tit. 11, nb 212 à la fin, et nous avons déjà vu cela chap. XIV, § 6, sur les notes 501 et 502.]

[**Sur la note 599 de Groenewegen van der Made**

Voyez ci-dessus chap. XIV, § 6, sur les notes 501 et 502.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLI. Celui qui, le sachant, achète le bien d'autrui et ne s'est pas préoccupé que lui soit donné garantie quant à l'éviction, comme dans le droit civil avec C. 8, 44 *(Des évictions)*, 27, ainsi aussi, dans le droit hollandais, le prix ne peut pas même être répété, voir les thèses XVII et XXIII ; voyez van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, liv. IV, chap.19, nb 14.]

§ 5. Sous *garantir* est aussi compris le fait de *libérer* [602] ; car le vendeur doit livrer le bien vendu à l'acheteur libre de toutes servitudes ou, autrement, il est tenu de compenser ce qui

---

de lui, qu'il ne soit pas fait en sorte d'empêcher qu'il soit permis de posséder, ou si c'est par le biais de tous. Car, si, [c'est] par son biais, il n'est pas considéré garantir qu'un autre ne soit pas évincé ; en conséquence, si le bien a été évincé ou qu'une stipulation est intervenue, sur le fondement de la stipulation (ex stipulatu)*, il ne sera pas tenu. Mais Julianus, dans le livre V de ses Digestes, écrit que, même si, ouvertement, le vendeur annonce que par son biais ou celui de son héritier, il ne soit pas fait en sorte d'empêcher qu'il soit permis de posséder, on peut défendre que, sur le fondement de l'achat, celui-ci n'est certes pas tenu à ce qui est de l'intérêt du vendeur, mais, cependant, qu'à rendre le prix, il est tenu. De même, il dit que, de même, l'on doit le dire, si, ouvertement, dans la vente, il est compris que rien, au titre de l'éviction, ne serait garanti ; en effet, un contrat de bonne foi ne souffre pas qu'avec cette convention, l'acheteur perde la chose et que le vendeur conserve le prix. À moins que, peut-être, dit-il, ainsi quelqu'un reçoive toutes ces conventions écrites ci-dessus, de même qu'il est reçu que le vendeur reçoive les pièces, bien que le prix, à l'acheteur, n'appartienne pas, comme lorsque nous achetons le jet futur d'un filet à un pêcheur, un cordon de filets, des pièges ayant été disposés par un chasseur, ou tout le gibier pris par un oiseleur ; car, même s'il ne prend rien, l'acheteur n'aura pas moins nécessairement à en payer le prix ; mais, sur les conventions écrites ci-dessus, il faudra dire le contraire. À moins que, peut-être, le sachant, il ne vende le bien d'autrui ; alors en effet, selon la sentence de Julianus rapportée ci-dessus par nous, il faut dire que, sur le fondement de l'achat, il est tenu, parce qu'avec un dol, il le fait ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Theophilus et donnée en 294 : *« Si Athenocles a acheté un bien-fonds, le sachant à autrui ou obligé et que rien, quant à l'éviction, n'est convenu, ce qu'à ce titre, il a donné, contre la raison du droit, il le réclame. Car, si [c'est] en l'ignorant, à ton souhait, selon la forme du droit, à celui qui refuse que cela soit rendu, cela s'oppose ».*

[602] (Note de Groenewegen) Voyez D. 21, 2, 59, et là, Buys ; Cujas et Duaren sur D. 45, 1 *(Des obligations [qui se concluent] par un échange de paroles*], 38 § 3 ; D. 21, 1, 61 ; D. 21, 2, 15 § 1 ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 64.

est de l'intérêt de l'acheteur, l'achat restant en outre en son entier ; l'acheteur est aussi tenu dans ce cas de le faire savoir au vendeur, quand il est cité en justice, comme ci-devant [603].

[**Note de Willem Schorer sur la note 603 de Groenewegen van der Made**
Qu'en est-il si l'acheteur a acheté un bien-fonds libre et que, le prix n'ayant pas été payé, il a découvert qu'une servitude lui avait été imposée ? Il peut aviser à lui avec une rétention à proportion de la valeur de la servitude évincée, et ainsi a-t-il été répondu, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 122.]

§ 6. Les fruits et profits du bien vendu tombés après la conclusion de l'achat doivent aussi être livrés à l'acheteur [604], dans le cas où il a payé **[328]** l'argent de l'achat et autrement, non [605]. Les bêtes doivent être livrées aussi préparées qu'elles étaient au moment de la vente [606] ; la livraison par le vendeur étant retardée, l'acheteur a le choix [de voir] s'il

---

Extrait du livre II *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Si le bien, que, de Titius, j'ai acheté, a été légué par moi, le légataire cité en justice par le propriétaire du bien, à mon vendeur, ne peut pas le faire savoir, à moins que, pour lui, les actions n'aient cessé ou que, dans certains cas, il n'ait des hypothèques ».*

Extrait du livre LXXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Chaque fois qu'au sujet d'une servitude, l'on agit en justice, le vaincu doit payer autant que l'acheteur a acheté moins cher, s'il savait que cette servitude avait été imposée ».*

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - Si un usufruit est évincé, à la faveur de la qualité des fruits, l'évaluation doit en être faite. Mais, si une servitude est évincée, [pour savoir] à combien de moins, à cause de cela, le fonds se trouve, le différend doit être évalué ».*

[603] (Note de Groenewegen) Voir les notes **15 et 16.**

[604] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 49, 13 et 16.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Flavius Alexander et donnée en 293 : *« On convient que les fruits, après l'achèvement du contrat selon le droit, regardent la personne de l'acheteur à laquelle revient l'inconvénient des exécutions ; et le vendeur peut seulement réclamer le prix et, si un retard est prouvé être intervenu, des intérêts avec l'office du juge ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Cyrillus et donnée en 294 : *« Il est très connu qu'après l'achèvement de la vente, les petits, certes, des troupeaux, à l'acheteur, mais au vendeur, les frais, s'il les a faits de bonne foi, doivent être rendus ».*

[605] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *De l'action d'achat et de vente*, nb 4.

[606] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 38, et là, les docteurs ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 1, art. 27 dans les additions.

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« Les édiles disent : "Ceux qui vendent des animaux de trait diront ouvertement et à bon droit ce qu'il y a en eux de malade ou de défectueux, en tout cas, avec la raison parée de la meilleure façon pour vendre, ils se trouveront et ainsi, aux acheteurs, les livreront. Si quelque chose n'a pas été fait ainsi, pour rendre ceux qui ont été ornés ou reprendre les animaux de trait au titre des parures dans les soixante jours, mais à cause d'une maladie ou d'un défaut, pour les rendre comme non achetés pendant six mois, ou qu'ils aient été d'un moindre prix quand ils furent vendus, durant un an, nous accorderons une action. Si des animaux de trait couplés sont vendus en même temps et que l'un se trouve dans cette situation qu'il doive être repris, nous accorderons une action avec laquelle l'un des deux sera repris". 1 - Les édiles parlent, dans cet Edit, des animaux de trait qui doivent être repris. 2 - Mais la raison de cet Edit est la même que celle de la reprise des esclaves. 3 - Et, généralement, elle est la même que celle qui [existe] pour les esclaves pour ce qui touche la maladie ou le défaut ; en conséquence, tout ce que nous avons ici dit doit être transféré là. Et, si un animal de trait est mort, de façon égale, il pourra être repris, de même que le peut un esclave. 4 - Mais, sous l'appellation d'animaux de trait, voyons si tout le bétail y est compris. Il est difficile qu'il y soit compris ; car les bêtes de somme signifient une chose, une autre chose est signifiée sous l'appellation de bétail. 5 - Pour cela, une clause, à cet Edit, a été ajoutée, dont les termes sont ceux-ci : "ce qu'au sujet de la santé des bêtes de somme, nous avons dit, qu'au sujet de tout le bétail aussi, les vendeurs le fassent". 6 - D'où, l'on a cessé de douter [de savoir] si, dans cet Edit, les bœufs sont aussi compris. 7 - Mais, en effet, il y a certaines choses qui, dans les esclaves, certes, font une maladie et, dans les bêtes de sommes, non à ce point ; comme par exemple si un mulet a été castré, il n'est pas considéré avoir quelque chose de malade ni de défectueux, parce que rien, ni de sa force, ni de son utilité, n'est enlevé, du fait qu'il n'est jamais capable de générer. Cælius aussi écrit que tous les animaux castrés ne sont pas pour cela même défectueux, à moins qu'à cause de la castration elle-même, ils n'aient été rendus plus faibles ; et c'est pourquoi un mulet n'est pas défectueux. Il rapporte de même qu'Ofilius avait pensé qu'un cheval castré était en bonne santé, de même qu'un eunuque aussi est en bonne santé ; mais, si l'acheteur l'a ignoré et que le vendeur le sait, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il y a une action en justice ; et est vrai ce qu'Ofilius [a dit]. 8 - Il a été demandé, quand une mule est telle qu'elle ne peut être attelée en l'intervertissant. Pomponius dit qu'elle est en bonne santé ; la plupart de celles de carrosse sont telles qu'elles ne peuvent être attelées en les intervertissant. 9 - De même, il dit que, si elle est née avec cette intelligence ou ce corps qu'elle ne souffre pas un autre joug, elle n'est pas en bonne santé. 10 - Mais, non seulement à raison d'une maladie ou d'un défaut, la reprise aura lieu pour les bêtes de somme, mais aussi s'il a*

veut demander encore la livraison [607] avec tous les profits et les compensations du dommage [608] ou seulement la compensation de l'intérêt qu'il avait à la livraison [609] ; cela lui est parfois plus profitable, comme quand la chose a péri ou est détériorée. De plus, sur tout ce que l'acheteur vient à perdre par une mauvaise foi ou une négligence du vendeur, le vendeur est tenu à une compensation [610].

été dit ou promis en sens contraire, il y aura lieu à une reprise, à l'exemple des esclaves. 11 - Mais Cælius dit que la cause de la vente de bêtes de somme parées n'est pas considérée, si, sous le temps de la vente, c'est-à-dire deux jours avant la vente, elle a été parée, mais si, dans la vente elle-même, elle a été parée, ou bien, pour cela, dit-il, alors qu'elle est à vendre, on examinera ainsi celle qui a été parée ; et toujours, lorsqu'il s'agit des parures, dans l'action et dans l'Édit, cela a été ajouté : "pour être vendues, elles ont été conduites parées" ; en effet, une bête de somme parée pourra, à raison de la route, être conduite et ensuite, être vendue. 12 - Si plusieurs bêtes de somme sont vendues, toutes ne devront pas être reprises à raison d'une seule parure ; car, si un unique joug est défectueux, cependant, pour cela, les autres jougs ne devront pas être repris. 13 - Si, peut-être, il y a un joug de mules, dont l'une est défectueuse, non seulement à partir du prix de [celle qui est] défectueuse, mais à partir [du prix] des deux, il faudra composer à combien de moins elle sera ; en effet, alors que, pour un unique prix, les deux sont vendues, il ne faut pas diviser le prix, mais à combien de moins, alors qu'elle était vendue, l'une et l'autre étaient, et non l'une qui était défectueuse. 14 - Mais, quand des bêtes de somme couplées sont vendues, dans l'Édit, il a été dit que, quand l'une se trouve dans cette situation qu'elle doive être reprise et que les deux sont reprises, dans cette affaire, on avise tant l'acheteur que le vendeur, tandis que les bêtes de somme ne sont pas séparées. De la même façon, si un trige est vendu, il devra être en totalité repris et, si [c'est] un quadrige, il est repris. Mais, s'il y a deux couples de mules et qu'une mule est défectueuse ou un couple, seulement le couple sera repris, l'autre non ; si, cependant, les couples n'ont pas encore été constitués, mais que, simplement, quatre mules, pour un prix unique, sont vendues, il y aura la reprise d'une seule mule et non de toutes ; car, si un troupeau de chevaux est vendu, nous dirons qu'[il y a] un seul cheval qui est défectueux et qu'il ne faut pas que tout le troupeau soit repris. Cela, nous le dirons [aussi] pour tous les esclaves vendus pour un seul prix, à moins qu'ils ne puissent être séparés, comme par exemple des comédiens, des mimes ».

[607] (Note de Groenewegen) À cette livraison, le vendeur peut être contraint aussi par une saisie sans qu'il puisse faire satisfaction, avec, à la place de cela, l'offre de payer le dommage souffert par le défaut de livraison ; voir les coutumes d'Anvers, ait. 51, art. 9 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 49 *(De l'action d'achat et de vente)*, 4. Cela est aussi jugé par le Haut Conseil, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 50. Voyez en outre le chapitre III, § 41, note 259.

[608] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 3 § 1 ; C. 4, 49, 13 et 16.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Si un acheteur a stipulé qu'une possession vide soit livrée et, sur le fondement de la stipulation, agit en justice, les fruits n'entrent pas dans cette action, parce que celui qui a stipulé qu'un bien-fonds soit remis est entendu stipuler aussi qu'une possession vide doit être livrée et cependant, la prestation des fruits n'est pas incluse dans cette stipulation et, en retour, il ne doit pas y avoir plus dans la stipulation. Mais, sur le fondement de l'action d'achat* (ex empto)*, subsiste la prestation des fruits ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Flavius Alexander et donnée en 293 : *« On convient que les fruits, après l'achèvement du contrat selon le droit, regardent la personne de l'acheteur à laquelle revient l'inconvénient des exécutions ; et le vendeur peut seulement réclamer le prix et, si un retard est prouvé être intervenu, des intérêts avec l'office du juge ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Cyrillus et donnée en 294 : *« Il est très connu qu'après l'achèvement de la vente, les petits, certes, des troupeaux, à l'acheteur, mais au vendeur, les frais, s'il les a faits de bonne foi, doivent être rendus ».*

[609] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 1 et C. 4, 49, 4.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si le bien vendu n'a pas été remis, on agit en justice pour ce qui importe, c'est-à-dire, ce qu'il y a d'intérêt que l'acheteur a sur le bien ; mais, parfois, cela dépasse le prix, si l'intérêt est plus cher que vaut la chose ou qu'elle a été achetée. 1 - Si le vendeur, alors qu'il savait qu'il était dû [quelque chose], a caché une servitude, il n'échappera pas à l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, si seulement l'acheteur a ignoré ce point ; en effet, tout ce qui, à l'encontre de la bonne foi, est fait entre dans l'action d'achat. Mais nous savons que le vendeur le sait et le cache ainsi, non seulement s'il ne l'a pas signalé, mais aussi, s'il a nié que cette servitude était due, alors qu'on le lui avait demandé, mais aussi, si tu exposes qu'il l'a dit ; "nulle servitude n'est certes due, mais, de ce qu'une servitude inattendue ne survient pas, je n'en suis pas tenu", je pense que, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il en est tenu, parce que la servitude était due et qu'il le savait. Mais, s'il a fait en sorte que l'acheteur ne reconnaisse pas que quelque servitude est due, je pense que, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il est tenu. De façon générale, je dirai que, si, avec un usage désapprouvé, il s'est tourné à cacher une servitude, il est tenu de la devoir, s'il n'a pas voulu pourvoir à sa propre sécurité. Ceci est ainsi vrai, si l'acheteur ignorait les servitudes, parce que n'est pas considéré les avoir cachées celui qui les connaît et ne devait pas les certifier celui qui les ignorait ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Mucianus et donnée en 290 : *« Si la livraison du bien vendu, selon le contrat d'achat, avec l'audace du vendeur, n'est pas faite, pour autant qu'il est d'intérêt que l'achat soit accompli, le gouverneur de la province en sera juge, il veillera à en tirer autant pour le taux de la condamnation ».*

[610] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13. Voyez en outre D. 19, 1, 21 § 3.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Julianus, dans son livre XV, entre celui qui, sachant quelque chose ou l'ignorant, a vendu, fait une différence dans la condamnation sur le fondement de l'achat* (ex empto) *; il dit en effet que celui qui a vendu du bétail malade ou du bois défectueux, si certes, l'ignorant, il l'a fait, le fournira seulement avec l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, je l'achèterai pour autant de moins, si je sais qu'il était ainsi ; mais, si, le sachant, il a gardé le silence et a trompé l'acheteur, tous les dommages que l'acheteur, sur le fondement de cette vente, a entraînés, il les lui paiera ; donc, qu'une maison, [construite] avec le bois défectueux, se soit écroulée, [c'est] l'évaluation de la maison, ou que les animaux aient péri par une contagion maladive, [c'est] ce qu'il est d'intérêt qu'entrent les choses appropriées qui devront être payées. 1 - De même, celui qui a vendu un [esclave] voleur ou fugitif, s'il le sait, certes, devra payer ce qui est de l'intérêt de l'acheteur de n'être pas trompé ; mais, s'il l'a vendu en l'ignorant, il est certes tenu, pour le fugitif, d'un prix moindre qu'il l'aurait acheté, s'il avait su qu'il était un fugitif et pour un voleur, il n'est pas tenu ; la raison de la différence est qu'il n'est certes pas permis d'avoir un fugitif et que le vendeur est tenu comme au titre d'une éviction, mais nous pouvons posséder un voleur. 2 - Mais ce que nous avons dit "pour autant qu'il est de l'intérêt de l'acheteur de ne pas être trompé" comprend beaucoup de choses, si, avec lui, il en a excité d'autres pour qu'ils s'enfuient ou s'il emporte certaines choses. 3 - Qu'en est-il, cependant, s'il ignorait qu'il était un voleur, mais qu'il l'a affirmé [être] un brave homme et fidèle, et qu'il l'a vendu cher ? Voyons si, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il sera tenu. Je penserai qu'il est tenu. Et pourtant, il l'a ignoré ; mais il ne devait pas affirmer facilement ce qu'il ignorait. Entre celui-ci donc et celui qui sait [mais s'est tu, il n'y a pas beaucoup de différence], car celui qui sait devait indiquer qu'il était un voleur, celui-là ne devait pas être prêt à faire une indication irréfléchie. 4 - Si le vendeur, avec dol, a fait en sorte de vendre le bien plus cher, par exemple, au sujet de l'habileté, il a menti, ou au sujet du pécule, de l'action de l'achat, il est tenu de fournir à l'acheteur combien plus il a acheté l'esclave, s'il avait ainsi un pécule ou que, de cette habileté, il était doté. 5 - En sens contraire aussi, de même, Julianus écrit qu'alors que Terentius Victor mourut en laissant comme héritier son frère et qu'un certain Bellicus avait soustrait certains bien de la succession, des instruments et des esclaves, ceux-ci ayant été facilement soustraits, comme si la succession n'avait plus de valeur, et, de la lui vendre, il le convainquit ; d'une action de vente* (venditi)*, pourra-t-il être tenu ? Et Julianus dit que se présente l'action sur le fondement de la vente* (ex vendito) *pour autant que la succession vaudra plus cher, si ces biens n'avaient pas été soustraits. 6 - De même, Julianus montre que le dol doit ordinairement être garanti par le vendeur aussi dans une espèce de cette sorte : si, alors que le vendeur sait que le bien-fonds doit à plusieurs municipes des legs, qu'il a certes écrit sur la liste qu'à un seul municipe, ils étaient dus, mais que, par la suite, il a consigné la règle [suivante], si, par quelque moyen, au titre des tributs, de la redevance ou d'une taxe extraordinaire, il faut payer quelque chose pour la contribution de la route, il faut que l'acheteur le donne, le fasse et le paie, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, celui-ci est tenu, comme s'il avait trompé l'acheteur ; cette opinion est vraie. 7 - Mais, alors que, sur le fait, il est exposé que les tuteurs ont de même fait cela, [tuteurs] qui vendaient le bien du pupille, il dit qu'il est du ressort de la question [de savoir] si le pupille doit garantir le dol des tuteurs. Et, si, certes, les tuteurs l'ont eux-mêmes vendu, il ne fait en aucune manière de doute que, sur le fondement de la vente, ceux-ci sont tenus ; mais, si le pupille l'a vendu à ces instigateurs, il est tenu pour autant qu'il en a été rendu plus riche, les tuteurs devant être condamnés au reste à perpétuité, parce que n'est pas transféré au pupille après la puberté ce qui, avec le dol des tuteurs, a été fait. 8 - Le prix doit être offert par l'acheteur, lorsque, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il agit en justice et c'est pourquoi, même s'il offre une partie du prix, il n'y a pas encore d'action sur le fondement de l'achat* (ex empto) *; en effet, comme gage, le vendeur peut retenir la chose qu'il a vendue. 9 - D'où, il est demandé, quand une partie du prix a été payée et que la chose livrée a, par la suite, été évincée, si celui qui agit en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto) *obtiendra le prix entier ou ce qu'il a payé ? Et je pense plus [que c'est] ce qu'il a payé à cause de l'exception de dol. 10 - Si, les fruits étant déjà mûrs, un champ a été vendu, il a été observé qu'il cède aussi les fruits à l'acheteur, à moins qu'autre chose ne soit convenu. 11 - Si, dans [les biens] loués, le champ se trouvait, les loyers, en tout cas, échoient à celui qui a loué ; de même, [s'il est] dans les biens-fonds urbains, à moins que l'on expose que l'on a nommément convenu quelque chose. 12 - Mais, si quelque chose a, en outre, été préjudiciable au bien vendu, une action, à l'acheteur, doit être fournie, peut-être, [celle] du dommage non encore survenu* (damni infecti)*, [celle] pour détourner les eaux de pluie* (aquæ pluviæ arcendæ)*, [l'action] aquilienne ou l'interdit "ce qui [est fait] avec une violence ou clandestinement"* (quod vi aut clam)*. 13 - De même, si quelque chose, à partir des ouvrages des esclaves, des transports des bêtes de somme ou des navires, a été demandé, à l'acheteur, [cela] sera payé et si quelque chose, à leur pécule, s'est ajouté, non cependant si quelque chose [s'est ajouté] à partir de la chose du vendeur. 14 - Si Titius a vendu un bien-fonds, dans lequel il y avait quatre-vingt-dix arpents et que, dans le contrat d'achat, il a été dit qu'il y avait cent arpents, qu'avant que la mesure soit rendue évidente, dix arpents se rajoutent avec un accroissement, l'opinion de Neratius m'agrée qui dit que, s'il vendait, le sachant de façon certaine, il y a une action sur le fondement de l'achat* (ex empto) *contre lui, quoique dix arpents aient accru [le terrain], parce qu'il ne l'a pas fait avec un dol et que le dol n'est pas disculpé ; mais, s'il a vendu en l'ignorant, ne se rencontre pas l'action sur le fondement de l'achat. 15 - Si tu m'as vendu le bien-fonds d'autrui et que celui-ci, à partir d'une raison profitable, est devenu le mien, sur le fondement de l'achat, pour moi contre toi, l'action ne se présente pas moins. 16 - Mais, pour ce qui, avec la chose achetée, est ordinairement garanti, je pense que non seulement le dol, mais aussi la faute doivent être garantis ; car Celsus, dans le livre VIII de ses Digestes, a écrit qu'alors que l'on convient que le vendeur réclame le revenu écoulé et le garantit à l'acheteur, il doit garantir non seulement le dol, mais aussi la faute. 17 - De même, Celsus, dans ce même livre, écrit : tu as vendu ta partie du bien-fonds que tu avais en commun avec Titius et, avant que tu la livres, tu as été contraint de supporter une action de partage de bien commun* (communi dividundo)*. Si, à l'associé, le bien-fonds a été adjugé, tu paieras à l'acheteur autant qu'à raison de ce bien, tu as obtenu de Titius. Si, à toi, tout le bien-fonds a été adjugé, tu le livres en totalité, dit-il, à l'acheteur, mais d'une façon telle que celui-ci paie ce à quoi, à cause de ce bien, envers Titius, tu as été condamné. Mais, à raison de ce [bien], certes, tu dois garantir la partie que tu as vendue pour l'éviction, mais à*

[**Note de Willem Schorer sur la note 605 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne que la propriété est alors seulement transférée à l'acheteur quand le prix a été payé, comme [il a été] déjà [dit] ci-dessus, liv. II, chap. V, §§ 14 et 15, sur les notes 169 et 170, ce qui est vrai à un point tel que l'offre d'une partie ne suffit pas, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 15, nb 14, et cons. 62, nb 2. Cependant, avec la seule offre du prix, l'acheteur agit pour son intérêt, particulièrement si le vendeur était en retard de livraison, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 108, nb 14, p. 472. Cela existe aussi s'il a été fait satisfaction à ce titre ou que, sans satisfaction, la foi a été tenue envers l'acheteur sur l'e prix que le vendeur est présumé avoir faite, s'il a nové l'obligation du prix, s'il a reçu les intérêts du prix pour le futur ou pour le passé, ou l'a stipulé, s'il n'a pas refusé ou a accordé à l'acheteur un délai de paiement,

---

raison de l'autre [partie], seulement, quant au dol, en faire de nouveau la promesse ; il est en effet juste que la condiction de l'acheteur soit la même, qui sera future, si, contre lui, l'on a agi en justice [avec l'action] en partage de bien commun (communi dividundo). *Mais, si, en certaines régions, le juge a partagé le bien-fonds entre toi et Titius, sans aucun doute, la partie qui a été adjugée, à l'acheteur, tu dois la livrer. 18 - Si, un esclave ayant été vendu, le vendeur a donné quelque chose avant la livraison, [cela] aussi doit être rendu ; les successions aussi, acquises par le biais d'un esclave, et tous les legs, et l'on ne doit pas distinguer à l'égard de qui ceux-ci ont été laissés. De même, ce qu'à partir de ses ouvrages, un esclave fournit au vendeur, à l'acheteur, doit être rendu, à moins que, pour cela, le jour de la tradition n'ait été, sur le fondement d'un pacte, prorogé, de sorte qu'au vendeur, les ouvrages appartiennent. 19 - L'action sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, au vendeur, se présente pour obtenir ce qui doit, par l'acheteur, lui être payé. 20 - Mais entrent dans cette action les choses ci-dessous écrites. En premier lieu, le prix, pour combien la chose est vendue. De même, les intérêts du prix après le jour de la livraison ; car, alors que, du bien, l'acheteur jouit, il est très juste qu'il en acquitte les intérêts. 21 - Mais nous devons recevoir la possession [comme] livrée, si la possession est [à titre] précaire ; en effet, nous devons seulement envisager ceci, [à savoir] si l'on aura la faculté d'en percevoir les fruits. 22 - En outre, en agissant en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, on obtiendra aussi les dépenses qui ont été faites sur le bien vendu, comme par exemple si quelque chose a été payé sur les constructions vendues ; en effet, Labéon et Trebatius écrivent que, sur le fondement de l'achat, il y a à ce titre une action en justice. De même, si, pour un esclave malade, on a dépensé un soin avant sa livraison ou si quelque chose, pour les enseignements, il est vraisemblable qu'aussi, l'acheteur voulait qu'on le dépense. Cela, Labéon le dit de façon plus large, si quelque chose, pour l'enterrement d'un esclave mort, a été dépensé, [à savoir] que, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, on doit l'obtenir, pourvu que, sans la faute du vendeur, il soit mort. 23 - De même, si l'on a convenu qu'alors que le bien est vendu, le débiteur serait rendu riche par l'acheteur, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, on peut agir en justice pour que cela soit fait. 24 - Si, entre l'acheteur et le vendeur d'un bien-fonds, l'on a convenu que, si l'acheteur ou ses héritiers vendaient les biens-fonds plus cher, le vendeur, en agissant en justice sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, obtiendrait une partie de ce qu'il a vendu plus cher. 25 - Si un procurateur a vendu et donné caution au vendeur, il est demandé si, au principal ou contre le principal, l'action doit être donnée. Papinien, dans le livre III de ses Réponses, pense que, contre le principal, l'on peut agir en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto) *avec une action utile à l'exemple de l'action institoire, pourvu qu'il ait donné mandat de vendre la chose ; en conséquence et en sens contraire, il faut dire qu'une action utile sur le fondement de l'achat* (ex empto) *se présente au principal. 26 - De même, Papinien rapporte qu'il a répondu que, si l'on a convenu que, le prix n'ayant pas été payé au terme, au vendeur, le double serait payé, est considéré comme ajouté en fraude des constitutions le fait que cela dépasse l'intérêt légal ; et il dit que la cause commissoire* (ou résolutoire) *est différente, du fait que, dans cette espèce, dit-il, un intérêt illégal n'est pas contracté, mais que la loi, pour le contrat, ne sera pas réputée désapprouvée. 27 - Si quelqu'un, mon procurateur s'étant entendu [avec lui], de lui, a acheté [quelque chose], pourra-t-il agir en justice sur le fondement de l'achat* (ex empto) *? Et je pense [qu'il le peut] dans la mesure où l'on s'en tient à l'achat ou l'on s'en écarte. 28 - Mais, si quelqu'un a circonvenu un mineur de [moins de] vingt-cinq ans, nous lui accordons seulement jusque-là une action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, comme nous le disions sur l'espèce précédente. 29 - Si quelqu'un, d'un pupille sans l'autorisation du tuteur, a acheté, de [lui] seul, il est évident que le contrat est inconnu ; car celui qui achète s'est obligé envers le pupille, il n'oblige pas envers lui le pupille. 30 - Si le vendeur a excepté le droit d'habitation, afin qu'à un locataire, il soit permis d'habiter ou qu'à un colon, il soit permis d'avoir la jouissance durant une certaine période, Servius pensait qu'il valait mieux qu'il y ait, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, une action en justice ; enfin, Tubero dit que, si ce colon a causé un dommage, l'acheteur qui, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, agit en justice peut contraindre le vendeur à faire valoir son droit sur le fondement du louage* (ex locato) *contre le colon, afin que tout ce qui a été obtenu, à l'acheteur, il le rende. 31 - Une maison ayant été vendue ou léguée, nous disons ordinairement ce qui appartient à la maison, que l'on tient pour être comme une partie de la maison ou à raison de la maison, comme par exemple des margelles [de puits] ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Tandis qu'au vendeur, il a tenu d'empêcher de remettre la chose, tout l'intérêt de l'acheteur entre dans son évaluation qui consiste seulement dans le bien lui-même ; en effet, s'il pouvait faire commerce de vin, par exemple, et faire un bénéfice, il ne doit pas être évalué à plus qu'il aurait acheté le froment et, qu'à cause de cette affaire, parce que cela n'a pas été remis, sa maisonnée aurait travaillé par indigence ; car le prix du froment est obtenu, non celui d'esclaves morts de faim. L'obligation n'en devient pas plus importante, parce que l'on a agi en justice plus tardivement, quoiqu'elle augmente, si le vin est aujourd'hui plus cher ; à juste titre, parce que soit il a été remis, je l'aurai en tant qu'acheteur, soit il ne l'a pas été, parce que doit être remis aujourd'hui ce qu'il fallait déjà remettre autrefois ».*

voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 1, nb 11, l'auteur lui-même, liv. II, chap. V, §§ 14 et 15, dans les notes 169 et 170, et plus pleinement, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 15 en totalité.

Du reste, aucune foi n'est présumée avoir été tenue quant au prix, mais la marchandise est présumée avoir été vendue avec la foi "grecque" [*i. e.* de mauvaise foi], si le détaillant a vendu les marchandises du marchand, voir Merlin, *De pignoribus et hypothecis*, lib. IV, tit. 1, quæst. 41, nb 15.]

[**Sur la note 606 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient est vrai, pourvu que l'acheteur restitue les dépenses faites pour nourrir une portée, voir Brunemann sur C. 4, 49 *(Des action d'achat et de vente)*, 16.]

§ 7. Dans le cas où la chose vendue a un défaut dont l'acheteur, au moment de l'achat, n'a pas eu connaissance [611], ce défaut est tel que, probablement, l'achat serait remis pour cela, ainsi, l'acheteur peut redonner la chose et recevoir en retour son argent [612] ; mais, si l'achat, néanmoins avait eu probablement une suite, ainsi, l'acheteur peut réclamer la restitution de telle partie de la valeur d'achat, lorsqu'il aurait acheté la chose moins cher [613].

---

[611] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 1 § 6 et 14 § 10 ; D. 19, 1, 43 à la fin.

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 6 - Si sont entendus le défaut ou la maladie de l'esclave (comme généralement, par certains signes, ils en montrent ordinairement les défauts), on peut dire que l'Édit cesse [d'avoir son effet] ; en effet, il faut seulement attentivement veiller à ce que l'acheteur ne soit pas trompé ».*

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 10 - Si, nommément, la maladie n'a pas été exclue, cependant, sera une telle maladie celle qui, à tous, a pu apparaître (comme par exemple un esclave aveugle était vendu ou qui avait une cicatrice manifeste et dangereuse sur la tête ou sur une autre partie du corps) Cæcilius dit qu'à ce titre, il n'est pas tenu, de la même manière que si, nommément, une maladie avait été exclue ; en effet, ces maladies, il faut approuver que l'Édit les concerne, [à savoir les maladies] que quelqu'un ignorait ou pouvait ignorer ».*

Extrait du livre XV des *Questions* de Paul : *« (…) Mais, au sujet des frais que, pour former l'esclave, l'acheteur a faits, il faut le voir : car je pense que l'action d'achat suffit aussi à cette espèce ; en effet, elle inclut non seulement le prix, mais tout ce qu'il est de l'intérêt de l'acheteur que l'esclave ne soit pas évincé. Clairement, si tu exposes qu'il a, sur seulement le prix, fait un excès, de sorte qu'il n'a pas été pensé par le vendeur à un si grand montant (comme si tu posais que, devenu conducteur de char ou pantomime, avait été évincé celui qui était vendu à un petit prix), on considère comme injuste que, sur un grand montant, sera obligé le vendeur ».*

[612] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 1 § 8 et 49.

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 8 - En conséquence, si quelque chose de tel existait, d'un défaut ou d'une maladie qui empêche l'usage et le service de l'esclave, cela donnerait lieu à une reprise, pourvu que nous nous rappelions qu'en tout cas, n'importe quoi que très léger fera en sorte qu'il soit tenu pour malade ou défectueux. En conséquence, une légère petite fièvre ou une ancienne fièvre quarte, qui, cependant peut être déjà éloignée ou une toute petite blessure ne comporte en soi aucun délit, comme si cela n'avait pas été annoncé ; en effet, cela peut être méprisé, c'est pourquoi, en exemple, nous rapporterons ceux qui sont malades ou défectueux ».*

Extrait du livre VIII des *Discussions* d'Ulpien : *« Il est aussi incertain que, sur un bien-fonds vendu, une reprise ne procède en aucune manière, comme si un bien-fonds insalubre avait été vendu ; car il devra être repris. Il est généreux de dire que le prélèvement de la taxe [foncière] de la période future, après la reprise, contre l'acheteur, cesse ».*

[613] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 1 § 10 ; D. 21, 1, 2, 3 et 4. Voyez en outre Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 69 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, *De empti et venditi actione* au début.

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 10 - De même, Vivianus dit que, bien que quelqu'un, parfois, autour des temples, ait déliré et rendu des réponses, cependant, si, maintenant, il ne le fait pas, il n'y a aucun défaut. Au titre de ce qu'il a parfois fait, il n'y a pas d'action en justice, comme quand, parfois, il a eu une fièvre ; du reste, s'il ne demeure pas moins dans ce défaut qu'autour des temples, il délire ordinairement et, comme un dément, donne des réponses, même si, avec un excès d'ardeur, cela a été fait, il y a cependant un défaut, mais un défaut de l'âme et non du corps, c'est pourquoi il ne peut être repris, parce que les édiles, quant aux défauts corporels, parlent ; toutefois, [l'Édit] autorise l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto) *».*

[Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« 11 - De même, il le dit aussi pour ceux qui, en dehors de la mesure, sont timides, cupides et avides, irritables … »*] Extrait du livre premier sur l'*Édit des édiles curules* de Paul : *« … ou mélancoliques, … »*

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* de Gaius : *« … impudents, bossus, courbés, avec des démangeaisons ou galeux, de même les muets et les sourds ; … »*

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« … à cause de ces vices, [l'Édit] ne refuse pas qu'il y ait reprise [des biens vendus] et, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il accorde une action. 1 - Mais, si le défaut du corps pénètre dans l'âme, peut-être, si [les esclaves], à cause de la fièvre, disent des choses étranges ou ceux qui, à travers les bourgs à la*

Dans le cas où le défaut est tel que la chose en est plus inappropriée pour son utilisation habituelle, ainsi, l'acheteur a le choix [de voir] s'il veut retourner la chose [614] et redemander son argent, s'il **[329]** préfère, ou s'il veut, en conservant le bien, réclamer la restitution de telles parties du prix d'achat qu'il aurait acheté la chose moins cher ou, s'il le veut ainsi, de telles parties que la chose était en réalité d'une moindre valeur [615] ; cependant, ce choix ne

---

façon des insensés, disent des choses moqueuses, pour ceux-ci, on peut, [quand] ce défaut de l'âme arrive d'un défaut du corps, les reprendre. 2 - De même, Pomponius dit que certains ont répondu que les joueurs de dés et les marchands de vin n'étaient pas compris dans l'Édit, de même que ni les gloutons, ni les imposteurs, ni les mendiants et ni les querelleurs. 3 - De même, Pomponius dit que, quoique le vendeur ne doive pas fournir sans doute un esclave savant, cependant s'il en a vendu un d'insensé ou de contrefait, d'une façon telle que l'on n'ait aucun usage de lui, on considère qu'il y a un vice. Et nous sommes considérés user de cette règle, de sorte que l'appellation de vice ou de maladie ne soit pas considérée s'appliquer, si ce n'est aux corps ; mais le vendeur garantira le vice de l'âme seulement s'il l'a promis, sinon, non. Et c'est pourquoi on en excepte nommément [l'esclave] vagabond et [l'esclave] fugitif ; cela est en effet un vice de l'âme, non du corps. D'où, on a dit que ne devaient pas être comptées comme malades certaines bêtes de trait saisies d'effroi et qui ruent ; en effet, cela est un vice de l'âme, non du corps. 4 - En somme, s'il y a seulement, certes, un vice de l'âme, on ne peut en faire la reprise, à moins que l'on ait dit qu'il n'y en avait pas et qu'il y en a ; cependant, on peut, sur le fondement de l'achat (ex empto)*, agir en justice si, connaissant ce vice de l'âme, on l'a tu ; mais, s'il y a un vice du seul corps ou bien un vice mêlé du corps et de l'âme, il y aura lieu à une reprise. 5 - Il faudra remarquer ce qui a été écrit au sujet de la maladie en général et non d'une maladie sérieuse, et Pomponius dit qu'on ne le considère pas comme étonnant : en effet, ici, il ne s'agit en rien d'un bien auquel cette maladie elle-même fait obstacle. 6 - De même, il dit que toute maladie ne donne pas lieu à une reprise, comme par exemple une légère inflammation des yeux ou des dents, une douleur auriculaire ou petite plaie, enfin qu'une petite fièvre, quelle qu'elle soit, ne concerne pas la cause de cet Edit ».*

[614] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 1 § 8.

Ce passage a été déjà présenté un peu plus haut.

[615] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 38.

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« Les édiles disent : "Ceux qui vendent des animaux de trait diront ouvertement et à bon droit ce qu'il y a en eux de malade ou de défectueux, en tout cas, avec la raison parée de la meilleure façon pour vendre, ils se trouveront et ainsi, aux acheteurs, les livreront. Si quelque chose n'a pas été fait ainsi, pour rendre ceux qui ont été ornés ou reprendre les animaux de trait au titre des parures dans les soixante jours, mais à cause d'une maladie ou d'un défaut, pour les rendre comme non achetés pendant six mois, ou qu'ils aient été d'un moindre prix quand ils furent vendus, durant un an, nous accorderons une action. Si des animaux de trait couplés sont vendus en même temps et que l'un se trouve dans cette situation qu'il doive être repris, nous accorderons une action avec laquelle l'un des deux sera repris". 1 - Les édiles parlent, dans cet Edit, des animaux de trait qui doivent être repris. 2 - Mais la raison de cet Edit est la même que celle de la reprise des esclaves. 3 - Et, généralement, elle est la même que celle qui [existe] pour les esclaves pour ce qui touche la maladie ou le défaut ; en conséquence, tout ce que nous avons ici dit doit être transféré là. Et, si un animal de trait est mort, de façon égale, il pourra être repris, de même que le peut un esclave. 4 - Mais, sous l'appellation d'animaux de trait, voyons si tout le bétail y est compris. Il est difficile qu'il y soit compris ; car les bêtes de somme signifient une chose, une autre chose est signifiée sous l'appellation de bétail. 5 - Pour cela, une clause, à cet Edit, a été ajoutée, dont les termes sont ceux-ci : "ce qu'au sujet de la santé des bêtes de somme, nous avons dit, qu'au sujet de tout le bétail aussi, les vendeurs le fassent". 6 - D'où, l'on a cessé de douter [de savoir] si, dans cet Edit, les bœufs sont aussi compris. 7 - Mais, en effet, il y a certaines choses qui, dans les esclaves, certes, font une maladie et, dans les bêtes de sommes, non à ce point ; comme par exemple si un mulet a été castré, il n'est pas considéré avoir quelque chose de malade ni de défectueux, parce que rien, ni de sa force, ni de son utilité, n'est enlevé, du fait qu'il n'est jamais capable de générer. Cælius aussi écrit que tous les animaux castrés ne sont pas pour cela même défectueux, à moins qu'à cause de la castration elle-même, ils n'aient été rendus plus faibles ; et c'est pourquoi un mulet n'est pas défectueux. Il rapporte de même qu'Ofilius avait pensé qu'un cheval castré était en bonne santé, de même qu'un eunuque aussi est en bonne santé ; mais, si l'acheteur l'a ignoré et que le vendeur le sait, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il y a une action en justice ; et est vrai ce qu'Ofilius [a dit]. 8 - Il a été demandé, quand une mule est telle qu'elle ne peut être attelée en l'intervertissant. Pomponius dit qu'elle est en bonne santé ; la plupart de celles de carrosse sont telles qu'elles ne peuvent être attelées en les intervertissant. 9 - De même, il dit que, si elle est née avec cette intelligence ou ce corps qu'elle ne souffre pas un autre joug, elle n'est pas en bonne santé. 10 - Mais, non seulement à raison d'une maladie ou d'un défaut, la reprise aura lieu pour les bêtes de somme, mais aussi s'il a été dit ou promis en sens contraire, il y aura lieu à une reprise, à l'exemple des esclaves. 11 - Mais Cælius dit que la cause de la vente de bêtes de somme parées n'est pas considérée, si, sous le temps de la vente, c'est-à-dire deux jours avant la vente, elle a été parée, mais si, dans la vente elle-même, elle a été parée, ou bien, pour cela, dit-il, alors qu'elle est à vendre, on examinera ainsi celle qui a été parée ; et toujours, lorsqu'il s'agit des parures, dans l'action et dans l'Édit, cela a été ajouté : "pour être vendues, elles ont été conduites parées" ; en effet, une bête de somme parée pourra, à raison de la route, être conduite et ensuite, être vendue. 12 - Si plusieurs bêtes de somme sont vendues, toutes ne devront pas être reprises à raison d'une seule parure ; car, si un unique joug est défectueux, cependant, pour cela, les autres jougs ne devront pas être repris. 13 - Si, peut-être, il y a un joug de mules, dont l'une est défectueuse, non seulement à partir du prix de [celle qui est] défectueuse, mais à partir [du prix] des deux, il faudra composer à combien de moins elle sera ; en effet, alors que, pour un unique prix, les deux sont vendues, il ne faut pas diviser le prix, mais à combien de moins, alors qu'elle était vendue, l'une et l'autre étaient, et non l'une qui était défectueuse. 14 -*

dure qu'un an [616] ; autrement, l'acheteur doit s'aider avec le ci-devant dit droit commun, étant hors de doute qu'à partir de cette cause, l'argent d'achat ou une partie de l'argent d'achat étant payée, il peut être redemandé, qu'étant non payé, pour la même raison, il peut être retenu [617]. Outre ce qui est ci-devant dit, considérant que le vendeur a eu connaissance du défaut au moment de la vente, il est tenu à tout le dommage que l'acheteur pourrait en souffrir [618] ; cela a aussi lieu dans le cas où le bien vendu, avant la vente par le vendeur, était loué, que l'acheteur n'en était pas informé et qu'il devait se passer un certain temps de l'utilisation de la chose [619].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 612 et 613 de Groenewegen van der Made**

Le vice caché au moment de la vente tend la vente nulle ; car celui qui contracte avec quelqu'un doit signifier que les vices lui soient connus et l'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XII, § IX, nb 3, signale que cela s'accorde non seulement aux lois civiles, mais aussi aux actes de la nature. La raison en est que le consentement est requis dans un contrat qui est empêché avec une erreur, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. I, chap. 9, § 12. Et l'erreur ne porte pas préjudice à la vérité, surtout quand il s'agit de prendre un profit, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 215, p. 437. Il a été jugé par le magistrat des Bruxelles le 20 novembre 1651 et, un appel ayant été interjeté, par le Conseil de Brabant, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 97 en totalité, qu'à raison d'une servitude cachée, l'acheteur ne pouvait pas se retirer du contrat en prêtant le serment que, s'il l'avait su, il ne l'aurait pas acheté, du fait que cela s'accorde avec D. 19, 1 *(De l'action d'achat et de vente)*, 1 § 1.

Mais, quand des bêtes de somme couplées sont vendues, dans l'Édit, il a été dit que, quand l'une se trouve dans cette situation qu'elle doive être reprise et que les deux sont reprises, dans cette affaire, on avise tant l'acheteur que le vendeur, tandis que les bêtes de somme ne sont pas séparées. De la même façon, si un trige est vendu, il devra être en totalité repris et, si [c'est] un quadrige, il est repris. Mais, s'il y a deux couples de mules et qu'une mule est défectueuse ou un couple, seulement le couple sera repris, l'autre non ; si, cependant, les couples n'ont pas encore été constitués, mais que, simplement, quatre mules, pour un prix unique, sont vendues, il y aura la reprise d'une seule mule et non de toutes ; car, si un troupeau de chevaux est vendu, nous dirons qu'[il y a] un seul cheval qui est défectueux et qu'il ne faut pas que tout le troupeau soit repris. Cela, nous le dirons [aussi] pour tous les esclaves vendus pour un seul prix, à moins qu'ils ne puissent être séparés, comme par exemple des comédiens, des mimes ».

[616] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 21, 1, 38 [qui vient d'être cité].

[617] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 156 § 1.

Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Celui auquel nous accordons des actions, on a dit qu'à lui-même, appartenait beaucoup plus une exception ».*

[618] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 13 pr §§ 1-3 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 33, defin. 1 ; Mynsinger, *Responsorum centuriæ*, cent. 1, obs. 56, nb 7.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Julianus, dans son livre XV, entre celui qui, sachant quelque chose ou l'ignorant, a vendu, fait une différence dans la condamnation sur le fondement de l'achat* (ex empto) *; il dit en effet que celui qui a vendu du bétail malade ou du bois défectueux, si certes, l'ignorant, il l'a fait, le fournira seulement avec l'action sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, je l'achèterai pour autant de moins, si je sais qu'il était ainsi ; mais, si, le sachant, il a gardé le silence et a trompé l'acheteur, tous les dommages que l'acheteur, sur le fondement de cette vente, a entraînés, il les lui paiera ; donc, qu'une maison, [construite] avec le bois défectueux, se soit écroulée, [c'est] l'évaluation de la maison, ou que les animaux aient péri par une contagion maladive, [c'est] ce qu'il est d'intérêt qu'entrent les choses appropriées qui devront être payées. 1 - De même, celui qui a vendu un [esclave] voleur ou fugitif, s'il le sait, certes, devra payer ce qui est de l'intérêt de l'acheteur de n'être pas trompé ; mais, s'il l'a vendu en l'ignorant, il est certes tenu, pour le fugitif, d'un prix moindre qu'il l'aurait acheté, s'il avait su qu'il était un fugitif et pour un voleur, il n'est pas tenu ; la raison de la différence est qu'il n'est certes pas permis d'avoir un fugitif et que le vendeur est tenu comme au titre d'une éviction, mais nous pouvons posséder un voleur. 2 - Mais ce que nous avons dit "pour autant qu'il est de l'intérêt de l'acheteur de ne pas être trompé" comprend beaucoup de choses, si, avec lui, il en a excité d'autres pour qu'ils s'enfuient ou s'il emporte certaines choses. 3 - Qu'en est-il, cependant, s'il ignorait qu'il était un voleur, mais qu'il l'a affirmé [être] un brave homme et fidèle, et qu'il l'a vendu cher ? Voyons si, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il sera tenu. Je penserai qu'il est tenu. Et pourtant, il l'a ignoré ; mais il ne devait pas affirmer facilement ce qu'il ignorait. Entre celui-ci donc et celui qui sait [mais s'est tu, il n'y a pas beaucoup de différence], car celui qui sait devait indiquer qu'il était un voleur, celui-là ne devait pas être prêt à faire une indication irréfléchie ».*

[619] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 21, 2, 15 § 1.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - Si un usufruit est évincé, à la faveur de la qualité des fruits, l'évaluation doit en être faite. Mais, si une servitude est évincée, [pour savoir] à combien de moins, à cause de cela, le fonds se trouve, le différend doit être évalué ».*

Cependant, le vendeur n'est pas tenu de garantir le vice clair et visible, bien qu'il n'en ait pas averti l'acheteur à ce titre, du fait que le fait de le montrer et l'avertissement ne sont pas nécessaires sur des choses visibles, voir Surdus, *Decisiones*, decis. 146, nb 1. Et cela est finement statué dans D. 18, 1 *(Du fait de contracter un achat, des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur, et des biens qui ne peuvent être vendus)*, 43 pr. Les termes de la loi sont les suivants : *"Ce qui, à cause d'une recommandation, dans des ventes est dit, si, clairement, cela apparaît, n'oblige pas le vendeur, comme si l'on dit un esclave de bel aspect, une maison bien construite ; en revanche, si l'on a dit un esclave lettré ou un artisan lettré, on doit le fournir ; car, par cela même, on le vend plus cher".* Mais il doit être signalé que l'ignorance négligente n'est pas utile à l'acheteur, voir D. 18, 1, 15. À partir de cela, il s'ensuit que, dans ce contrat, la bonne foi est principalement requise.

Cependant, dans les usages, pour vendre des chevaux, le contraire s'est affermi, ainsi, de sorte que le vendeur soit seulement tenu de garantir une cécité cachée ou des tumeurs aux pieds, communément *clairs à six personnes*. La raison en est que, pour les chevaux, la plupart des défauts sont visibles, comme s'il était permis à l'un de tromper l'autre. De là, si quelqu'un a vendu un cheval rueur ou qui inquiète avec un semblable défaut, aucune action ne se présente à l'acheteur. Cependant, dans le droit saxon, trois défauts doivent être garantis au vendeur : le fait qu'il ne soit pas rueur ; le fait qu'il ne peine avec aucune cécité cachée et le fait qu'il ne soit pas galeux ; et cela aussi convient plus à l'équité. Car quelle est la raison pour que le vendeur de chevaux soit tenu des tumeurs aux pieds (communément *des tumeurs et gales*) visibles et claires, du fait qu'aucune action ne se présente à l'acheteur à raison des vices cachés, à l'exception de la seule cécité ? Delà, il a été répondu à Utrecht plus justement et mieux le 15 octobre 162/9 que la reprise d'un cheval à raison d'une maladie cachée et contagieuse dans les six mois ne devait pas être refusée, ainsi, de sorte que, le cheval ayant été repris, le vendeur soit tenu de rendre son prix avec toute la cause. Mieux, Rebuffe, sur les *Ordonnances royaux*, p. 316, nb 50, étend ce délai, comme dans tous les autres contrats, à un an. Il n'importe pas [de savoir] si le vendeur lui-même l'aura su ou s'il l'aura ignoré, voir *Reponsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 107, p. 355. La raison n est que, quant au droit, ce sont des choses égales que de savoir ou ne pas savoir, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 17, nb 37 ; Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 7, nb 120, p. 323. [Il en est] ainsi, si, dans dans les trois jours après la réalisation de la vente, le cheval est mort, l'acheteur agit avec l'action de reprise pour la restitution du prix, voir van Zuthen van Peert, art. 1, p. 479. Dans la Belgique autrichienne, le vendeur donne garantie, du pousse [*i. e.* la difficulté de respiration du cheval au cours de l'effort], de la morve et du farcin [*i. e.* une maladie contagieuse transmise par un bacille, se transmettant aussi à l'homme, qui se manifeste par des abcès, des kystes, des bubons, etc. ; synonyme de la morve], voir *Précis du droit Belgique*, p. 211.

Du reste, dans cette occasion, il faut observer que, si quelqu'un a vendu un cheval orné, les ornements sont aussi entendus avoir été vendus, voir Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. IV, tit. 9, nb 16 ; van Zutphen van Peert, art. 4, p. 480. En sens contraire, quand le cheval est présenté sans inventaire, dans ce cas, la selle n'y entre pas, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis. 134, nb 8 ; Gomez, *Resolutiones*, t. II, cap. 2, nb 15.

Si quelqu'un a acheté un animal qui peut causer la mort, une vache ou une brebis, et qu'il est pris d'une maladie mortelle, si la chair de celui-ci peut être mangée sans risque, le vendeur est seulement tenu de rendre le prix, parce que le vice est presque caché, pour autant que l'enquêteur public (communément le *syndic du corps de métier* ou *keurmeeester*) l'aura jugé en équité. Cependant, cela doit être autrement dit quant aux porcs à partir des statuts et des usages des différents lieux, parce qu'il peut être vu à partir de l'ouverture du palais et de la langue s'il sera sain ou peinera avec quelque maladie ou vice, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 19, nb 15, 16 et 17.

Du reste, sur cette matière, il faut observer que le vice léger ne donne pas lieu à une reprise, à moins que le vendeur ne l'ait connue, mais, bien que l'acheteur l'ait paresseusement ignoré, car alors, le dol du vendeur est plus pesant ; voir Antonella, *De tempore legali*, lib. III, cap. 20, nb 9.]

[**Sur la note 619 de Groenewegen van der Made**
Voyez de Haan sur les coutumes de Gand, rubr. 3, art. 14.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLII. Quant au vice caché du bien vendu, il a été souvent répondu, voir *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st., cons. 107, *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 80, que l'on pouvait agir avec une action en reprise ou en diminution du prix et cela a été dernièrement jugé par la Cour de Hollande le 29 juillet 1796 et confirmé dans le jugement de révision le 23 décembre 1797 dans la cause Boode et Bert contre Willem et Jan Willink.]

§ 8. Dans le cas où la chose n'a aucun défaut, mais que, par le vendeur, au moment du contrat, quelque chose est dit en dehors de la vérité ou autrement frauduleusement donné à savoir pour faire valoir la chose achetée [620], ainsi l'acheteur peut demander une restitution d'une telle partie de l'argent d'achat que, par cela, il a acheté le bien plus cher [621].

---

[620] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 43.

Extrait du livre XV des *Questions* de Paul : *« Alors que Titius est mort, il a laissé à Seia Stichus, Pamphile et Arescusa par le biais d'un fidéicommis et, à sa foi, a confié qu'elle les conduirait tous à la liberté après une année. Alors que la légataire n'a pas voulu que le fidéicommis lui revienne et que, cependant, elle a libéré l'héritier de sa réclamation, l'héritier a vendu ces esclaves à Sempronius sans faire rappel du fidéicommis pour la liberté ; l'acheteur, alors que, durant plusieurs années, les esclaves ci-dessus mentionnés, envers lui, ont fait le service, a affranchi Arescusa et, alors que les autres esclaves aussi, la volonté du défunt étant connue, réclamaient la liberté remise en fidéicommis et menaient l'héritier vers le préteur, sur l'ordre du préteur, par l'héritier, ils ont été affranchis. Arescusa aussi a répondu qu'elle ne voulait pas avoir l'acheteur comme patron, du fait que l'acheteur avait réclamé le prix du vendeur avec l'action d'achat* (empti) *aussi au nom d'Arescusa ; a été lue la réponse de Domitius Ulpianus, dans laquelle était posé qu'Arescusa était du ressort du rescrit des saintes constitutions, si elle ne voulait pas avoir l'acheteur comme patron ; cependant, l'acheteur ne put rien, après l'affranchissement, obtenir du vendeur. Moi, alors que je me rappelle que Julianus était de cet avis, [à savoir] qu'il pensait qu'après l'affranchissement aussi, l'action d'achat* (empti) *durait, je demande quelle opinion est vraie. Ceci est aussi, dans cette même étude, au titre de l'acheteur, souhaité, de sorte que les frais que, pour l'un de ceux qu'il a formés, il a faits, lui seront restitués. De même, je demande : Arescusa qui refusait d'avoir l'acheteur comme patron, à qui appartient-elle comme affranchie établie ? Pourra-t-elle avoir la légataire qui ne l'a pas libérée ou l'héritier comme patron ? Car les deux autres, par l'héritier, ont été affranchis. J'ai répondu : j'ai toujours approuvé l'opinion de Julianus qui pense qu'avec l'affranchissement, on ne perd pas [l'action de l'achat] de cette façon. Mais, au sujet des frais que, pour former l'esclave, l'acheteur a faits, il faut le voir : car je pense que l'action d'achat suffit aussi à cette espèce ; en effet, elle inclut non seulement le prix, mais tout ce qu'il est de l'intérêt de l'acheteur que l'esclave ne soit pas évincé. Clairement, si tu exposes qu'il a, sur seulement le prix, fait un excès, de sorte qu'il n'a pas été pensé par le vendeur à un si grand montant (comme si tu posais que, devenu conducteur de char ou pantomime, avait été évincé celui qui était vendu à un petit prix), on considère comme injuste que, sur un grand montant, sera obligé le vendeur ».*

[621] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 18 et 19 ; D. 19, 1, 13 § 4.

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit des édiles curules* de Gaius : *« Si le vendeur, au sujet d'une esclave, a affirmé quelque chose et que l'acheteur se plaint que ce ne soit pas ainsi, avec une action en reprise* (actio redhibitoria) *ou une action en évaluation (c'est-à-dire en diminution de prix* (quanti minoris)*, il peut agir en justice ; pour prendre un exemple, s'il a affirmé qu'il était constant, travailleur, bon coureur ou vigilant, ou qu'à partir de sa frugalité, il acquérait son pécule et que celui-ci, à l'opposé, est trouvé léger, effronté, paresseux, endormi, indolent, lent et glouton. Tout cela est considéré à ce point important que ce que le vendeur a affirmé aimer soit réclamé de lui, mais avec un certain tempérament, de sorte que, si, peut-être, il a affirmé qu'il était constant, l'exacte gravité et la constance ne sont pas, comme d'un philosophe, souhaitées et, s'il a affirmé qu'il était travailleur et vigilant, un travail continuel durant des jours et des nuits, de lui, n'est pas réclamé. De même, sur les autres choses que le vendeur a affirmées, nous l'entendons. 1 - Le vendeur qui a dit qu'il était le meilleur cuisinier doit fournir le meilleur dans ce métier ; mais celui qui a simplement dit qu'il était un cuisinier est considéré avoir fait assez, même s'il procure un médiocre cuisinier. [Il en est] de même pour les autres genres de métiers. 2 - Également, si quelqu'un, simplement, a dit que l'esclave avait un pécule, cela suffit, si celui-ci a aussi un tout petit pécule ».*

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit de l'édile curule* d'Ulpien : *« Il faut cependant savoir certaines choses et, si [un vendeur] a dit qu'il ne devait pas garantir, à savoir ce qui regarde la simple louange d'un esclave, comme s'il avait dit [qu'il était] frugal, honnête et obéissant envers ce qui a été dit. En effet, comme l'écrit Pedius, il est d'un grand intérêt que, pour recommander l'esclave, il ait dit quelque chose. 1 - Clairement, s'il a dit qu'il n'était pas un joueur de dés, qu'il n'était pas un voleur ou qu'auprès d'une statue, il ne s'était jamais réfugié, il faut qu'il le garantisse. 2 - Ce qui a été dit, d'une promesse, se distingue ainsi : [c'est] ce qui, en un mot seulement, a été déclaré et, avec un simple propos, se termine ; mais ce qui a été promis peut être renvoyé vers une simple promesse, une offre ou un engagement solennel. Selon ce que commencera celui qui, quant à une cause de cette sorte, au stipulant, à promis, sur le fondement de la stipulation* (ex stipulatu)*, il peut être cité en justice et aussi avec les actions en reprise* (actiones redhibitoriæ) *; ce n'est pas nouveau, car celui qui peut, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, être cité en justice, de même, peut aussi, avec les actions en reprise* (actiones redhibitoriæ)*, être cité en justice. 3 - Mais seuls les propos ou les promesses doivent être reçus, quoi qui soit dit, d'une façon telle qu'ils soient garantis, non pour être rejetés. 4 - Il faut savoir ceci : si quelqu'un a promis ou a dit que [l'esclave est] un artisan, il ne doit en tout cas pas le fournir comme parfait, mais, dans quelque mesure, expérimenté, afin que tu n'en reçoives pas [un] de la plus haute science ou, inversement, [un] qui est ignorant de sa profession ; en conséquence, il suffira qu'il soit tel que ceux qui sont communément appelés des artisans. 5 -*

§ 9. De plus, le vendeur et l'acheteur sont réciproquement tenus à tout ce que la bonne foi, selon la raison et l'équité, demande [622], comma aussi à toutes les conditions exprimées [623], bien que celles-ci sortissent de la propriété du contrat [624]. Alors, les stipulations douteuses sont **[330]** interprétées plutôt contre le vendeur que contre l'acheteur [625].

Ensuite, les édiles disent : "à l'acheteur et à tous ceux auxquels ce bien appartient, nous accorderons l'action". Ils offrent à l'acheteur l'action, et aux héritiers de celui, à l'ensemble du droit duquel ils succèdent. Nous devons recevoir comme acheteur celui qui, pour un prix, achète. Mais, si quelqu'un a fait un échange, il faut dire que les deux sont tenus à la place de l'acheteur et du vendeur et que les deux peuvent, sur le fondement de cet Edit, faire valoir leurs droits en justice. 6 - Le délai de la reprise comporte six mois utiles ; mais, si l'esclave n'est pas repris, mais qu'en diminution de son prix, l'on agit en justice, il y a une année utile. Mais le délai de la reprise court à partir du jour de la vente ou, s'il a été dit ou promis quelque chose, à partir de celui dans lequel il a été dit ou promis quelque chose ».

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Si le vendeur, avec dol, a fait en sorte de vendre le bien plus cher, par exemple, au sujet de l'habileté, il a menti, ou au sujet du pécule, de l'action de l'achat, il est tenu de fournir à l'acheteur combien plus il a acheté l'esclave, s'il avait ainsi un pécule ou que, de cette habileté, il était doté ».*

[622] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 1, 11 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Et en premier lieu, il faut savoir que, dans cette action, est seulement amené ce que l'on a convenu de fournir ; alors qu'en effet, l'action est du ressort de la bonne foi, rien ne s'accorde plus à la bonne foi que soit fourni ce qui, entre les contractants, a été fait. Si rien n'est convenu, alors sera fourni ce qui, naturellement, se trouve dans cette action ».*

[623] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 1.

[624] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 18, 3 *(Du pacte commissoire)*, D. 18, 2 [*De la fixatioàn d'une date)*, C. 4, 54 [*(Des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur)* ; D. 50, 17, 23.

Le premier titre en question du Digeste comprend 8 extraits, le second, 20 extraits et celui du Code, 9 constitutions.

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le réceptionnaire)*, seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat)*, la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

[625] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 39 ; D. 19, 1, 21 ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 40. Voyez en outre Automne, *Conférence du droict françois* sur D. 19, 1 *(De l'action d'achat et de vente)*, 31, 21 et 33.

Extrait du livre V des *Questions* de Papinien : *« Il a agréé aux anciens qu'un pacte obscur ou ambigu porte préjudice au vendeur ou à celui qui met en location, au pouvoir desquels appartenait la faculté d'en rédiger les clauses plus clairement ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si une servante est stérile, de laquelle un enfant arrive, ou est une majeure de cinquante ans, alors que l'acheteur ignorait cela, le vendeur, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, est tenu. 1 - Si le vendeur d'un bien-fonds ne dit rien du tribut, le sachant, il est tenu sur le fondement de l'achat* (ex empto) *; si, l'ignorant, il n'a pas dit auparavant que, peut-être, le bien-fonds était [un bien] héréditaire, il n'est pas tenu. 2 - Quoique nous ayons dit ci-dessus qu'alors que nous étions d'accord sur le bien matériel, mais que, sur la qualité, nous étions en désaccord, il y avait une vente, cependant, le vendeur doit être tenu pour autant qu'il est de son intérêt qu'il n'ait pas été trompé, quoique le vendeur ne le sache pas aussi ; comme si l'on achetait des tables comme si elles étaient en citronnier et qui ne le sont pas. 3 - Tandis qu'au vendeur, il a tenu d'empêcher de remettre la chose, tout l'intérêt de l'acheteur entre dans son évaluation qui consiste seulement dans le bien lui-même ; en effet, s'il pouvait faire commerce de vin, par exemple, et faire un bénéfice, il ne doit pas être évalué à plus qu'il aurait acheté le froment et, qu'à cause de cette affaire, parce que cela n'a pas été remis, sa maisonnée aurait travaillé par indigence ; car le prix du froment est obtenu, non celui d'esclaves morts de faim. L'obligation n'en devient pas plus importante, parce que l'on a agi en justice plus tardivement, quoiqu'elle augmente, si le vin est aujourd'hui plus cher ; à juste titre, parce que soit il a été remis, je l'aurai en tant qu'acheteur, soit il ne l'a pas été, parce que doit être remis aujourd'hui ce qu'il fallait déjà remettre autrefois. 4 - Si je t'ai vendu un bien-fonds d'une façon telle que je l'aie comme pris à ferme pour une certaine somme d'argent, sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, à ce titre, pour moi il y a l'action en justice, comme si, dans une partie du prix, ce bien se trouvait. 5 - Mais, si je t'ai vendu un bien-fonds, afin qu'à nul autre que moi, tu ne le vendes, l'action en justice à ce titre est sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, si, à un autre, tu l'as vendu. 6 - Celui qui vendait une maison en a excepté pour lui le droit d'habitation tant qu'il vivrait ou [dit qu'il donnerait] dix pour chaque année ; l'acheteur, la première année, a préféré payer dix et, la seconde année, garantir le droit d'habitation. Trebatius dit qu'il a le pouvoir de changer sa volonté, qu'il peut chaque année faire l'une ou l'autre chose et qu'aussi longtemps qu'il est prêt à fournir l'une ou l'autre chose, il n'y a pas de réclamation ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 622 de Groenewegen van der Made**

À partir de ce principe, les États de Hollande ont statué que le quarantième des biens meubles vendus soit payé par l'acheteur et le vendeur, voir l'ordonnance du 16 avril 1671, art. 1, dans le *Groot Placet-boek*, vol. III , p. 1008. Et cela a été ainsi disposé aussi en Zélande, comme aussi sur le douzième dans la vente des chevaux (communément le *trente-deuxième*), art. 1, le 23 septembre 1637, voyez le *Groot Placet-boek*, vol. I, p. 2012.]

[**Sur la note 625 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne qu'un pacte ambigu doit être interprété contre le vendeur et ainsi aussi a-t-il été répondu, voir *Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 119, p. 306, aux mots *in allen geval* - "en tout cas" ; ce qui est aussi étendu au bailleur, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 82, nb 1. Mais cela doit être limité à partir de la raison du droit, si celui-ci est l'auteur de la convention ambiguë ; en effet, il y a qu'il s'imputera le fait qu'il n'ait pas parlé plus ouvertement et clairement, car Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. I, cap. 3, nb 33, p. 56, signale que l'interprétation doit être faite contre une telle personne qui pouvait dire plus ouvertement la loi. De là, si, dans le cas inverse, l'acheteur a rédigé une convention douteuse, il est plus vrai que l'explication sera faite contre lui, voir Brunemann sur D. 2, 14 *(Des pactes)*, 39 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 1, nb 27. Nous verrons ci-dessous, chap. XXIV, § 6, sur la note 883, que cela a été aussi reçu pour l'assurance.]

*

Chapitre XVI
Du retrait [626]

[626] (Note de Groenewegen) Voyez la constitution de l'empereur Frédéric sur le droit de préférence dans les *Libri feudorum*, V, xiii, et là, Matteo d'Afflitto et Baldo degli Baldeschi ; Tiraqueau, *De retractu* ; Reinking, *De retractu* ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit 10.

« Titre xiii. Du droit de préférence : Nous consacrons par [cette] mesure que, dans toute province et toute cité, si quelqu'un d'une parentèle a une terre, une maison ou une vigne en commun, ou un bien immeuble partagé ou en indivision, ou qu'à partir d'un achat commun, de quelque autre titre de cette sorte ou de quelque autre moyen conjointement, il a voulu aliéner les biens ci-devant dits par une vente, une emphytéose ou une location, il ne lui sera pas permis de les aliéner avant qu'il ait annoncé à ceux qui nous avons appelés par rang d'ordre au droit προτιμησεως *- de préférence. En premier lieu, sont appelés les parents qui sont conjoints, après eux, les associés, après eux, ceux qui sont conjoints, aussi, ils seront étrangers ; après eux, sont appelés tous ceux qui sont sou un service et qui sont conjoints à partir de quelque partie. Mais, si au contraire, plusieurs sont dans le droit* προτιμησεως *- de préférence -, à tous, il sera déclaré que dans les trente jours, en payant le juste prix sans retard ou autant que n'importe quel acheteur, sans fraude, aurait donné, ; chacun recevra sa part. Mais, si, dans le délai fixé, il n'a pas payé le juste prix, du reste, il n'aura pas le droit* προτιμησεως *- de préférence -, si ce n'est si l'un d'eux était en captivité, déporté, envoyé en exil, absent à raison de la République, pour sa propre raison ou mineur de [moins de] vingt-cinq ans ; et, bien que ceux-ci aient été absents pour une juste raison, cependant, leurs tuteurs, leurs curateurs, leurs procurateurs ou leurs défenseurs, dans les quatre mois, doivent venir et payer le juste prix avec les intérêts légaux et les frais nécessaires, et recevoir le droit* προτιμησεως *- de préférence -, et repousser par tout moyen les acheteurs étrangers ; et, s'ils ont négligé de le faire, ils répareront de leurs propres biens tout inconvénient que ceux-ci auront eu. Mais, bien que nous ayons dit ci-dessus que tous sont appelés au droit* προτιμησεως *- de préférence -, cependant, s'il a été prouvé qu'ils ont porté de cruelles injures ou des mains impies sur les vendeur ou sa famille, qu'ils ont machiné une lourde perte de la richesse de celui-ci ou à moins qu'ils ne soient contre sa vie, tous ceux-ci, en aucune façon, sans la volonté du vendeur, viennent au droit* προτιμησεως *- de préférence. À partir de la cause d'une dot, cependant, d'une donation à raison des noces, d'une simple donation, d'une donation à cause de mort ou d'un testament, avec un achat ou une transaction, tous les parents et les étrangers peuvent aliéner, à moins que quelqu'un, en vendant ou en louant à celui qui n'avait pas un droit* προτιμησεως *- de préférence -, de façon simulée n'ait donné ou fait un legs. C'est pourquoi ceux qui ont le droit* προτιμησεως *- de préférence - peuvent demander un serment au vendeur et à l'acheteur , et, après le serment, s'il a été prouvé que, contre notre constitution, de façon simulée, le vendeur et l'acheteur ont fait cela, ils perdront le bien et le prix et, au fisc, il sera attaché, mais le fisc vendra ce bien à ceux qui ont le droit* προτιμησεως *- de préférence. Mais, si, avant le serment, il a été prouvé qu'il l'avait fait, la vente sera annulée et le vendeur sera contraint, contre son gré, de vendre à ceux qui ont le droit* προτιμησεως *- de préférence. Nous interdisons que les personnes plus puissantes reçoivent quelque chose sous le prétexte d'une adoption, d'une simple donation, d'une donation à cause de mort, à partir d'un testament, d'une usucapion ou sous un prétexte de défense, à moins, peut-être, qu'ils ne fussent des parents. Mais nous appelons plus puissants ceux qui, non seulement par eux-mêmes, mais aussi, par le biais de proches, pourraient apporter une crainte aux aliénateurs ou une promesse de*

[**Note de Willem Schorer sur la note 626**

Le RETRAIT dont il s'agit ici, est ou conventionnel ou légal. Il est clair que ce droit avait déjà été utilisé dans les anciens temps en Hollande à partir du privilège de Jan, comte de Hollande, accordé à Ordzy van Kralingen et sa descendance le 16 juillet 1297, voir Mieris, *Groot Charterboek*, vol. I, p. 586.

Le retrait *conventionnel* a été contracté pour que, le bien ayant été de nouveau vendu par l'acheteur, le vendeur qui paie le prix qu'un autre a payé, soit préféré aux autres, voir Lauterbach sur D. 18, 1 *(Du contrat d'achat et des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur, et les biens qui ne peuvent pas être vendus)*, nb 101, à un point tel qu'il est plus fort que les autres parents consanguins, mieux aussi, que les seigneurs directs, parce que la précaution de l'homme est en général plus forte que la précaution de la loi, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 30.

Outre la définition que donne Grotius du retrait légal, dans la mesure où il naît de la parenté consanguine, je pense qu'il peut être ainsi défini : "il est une fiction du droit avec laquelle le retrayant est présumé succéder ab intestat au vendeur au regard du bien vendu". À partir de cette définition, il s'ensuit que personne ne fait de retrait à bon droit à moins que, dans le même temps, il ne puisse succéder ab intestat au vendeur. Les lois, certes, imaginent que les choses ne sont pas vraies, cependant, elles peuvent être vraies. Ainsi le portent du moins les jurisconsultes. De là, Voet, lib. 18, tit. 3, enseigne que le droit de retrait imite droit de succession et l'auteur lui-même [le dit] dans ce chapitre, § 7, aux mots *et anciennement, il ne s'étendait pas*. À partir de là, mêle un fils naturel ne retraie pas à bon droit, à moins qu'il n'ait été légitimé par un mariage subséquent, voir Gomez, *Ad legem Tauri*, sur la loi 9, nb 54 et suivants, p. 98. La raison en est qu'il est tenu pour un véritable [enfant] légitime, voir Menochio, *De adispiscendæ possessionis remediis*, remed. I, nb 43, p. 5.

Le droit de retrait a un triple commencement pour naître : en effet, il naît à partir de la parenté consanguine, à partir d'une société ou à partir du voisinage des terres. Il faut observer que le retrait légal n'a pas lieu dans la Gueldre, si ce n'est que quelques bois et pays usent de ce droit, comme aussi, certaines traces du retrait se trouvent dans les statuts de la Veluwe, voir *Tegenwoordige staat der Nederlanden (État actuel des Pays-Bas)*, part. III, chap. 1, fol. 182, nb 5, comme aussi, va Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 21, § 8, enseigne que, dans l'Over-Ijssel et le diocèse d'Utrecht, seul le retrait conventionnel est admis.

Reinking, *De retractus consanguinitatis quæstionibus*, quæst. 1, nb 47, p. 21, défend l'équité du retrait et Jan-Baptiste De Clerck*, Commentarien op de Leenrechten van Philip Wieland (Commentaires sur le Droit féodal de Philip Wieland)*, tit. 78, obs. 1, nb 2, a déclaré le retrait favorable à ce principe. Cependant, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, critique ce droit en tant que très injuste et Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 29, observe qu'il a été introduit à l'encontre de la raison du droit et de la nature du bien, de même de Haan sur les coutumes de Gand, rubr. 16, art. 7, au mot *ici même*, et ainsi aussi, Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 32, defin. 4, nb 7, comme aussi Voet, lib. 18, tit. 3, nb 9, bien qu'il dise qu'il doit son origine au droit divin. De là, il est communément enseigné par les interprètes, bien que d'autres le sentent autrement, que le retrait n'est pas présumé dans le doute, ce qu'enseigne aussi Bijnkershoek pour les biens allodiaux. Mais il admet partout le retrait féodal, parce qu'il affirme que le retrait a tiré toute son origine du droit féodal. Toutefois, le président lui-même indique l'endroit dans lequel l'auteur répond que, comme ci-dessus, liv . II, chap. XLII, § 4, dans la note 1029, que les biens féodaux ne peuvent pas faire l'objet d'un retrait quand les bien allodiaux font l'objet d'un retrait, à moins qu'il ne soit prouvé que, dans l'usage aussi, le retrait des biens féodaux a été reçu là, et ainsi aussi [le dit] Abraham de Pape dans ses *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, part. I, p. 217. Reinking, *De retractus consanguinitatis quæstionibus*, quæst. 3, nb 70, p. 138, signale que les fiefs sont dispensés du retrait de voisinage. Toutefois, Bijnkershoek n'est pas en désaccord avec Grotius, si les statuts ont seulement fait mémoire des biens allodiaux, mais, quand ils ont simplement fait mention des biens immeubles, il refuse de

---

bénéfice. Si l'un des plus puissants est présumé faire cela, il sera étranger à ce bien et il paiera son estimation au fisc. Cependant, dix s'étant écoulés sans une déclaration, aucune controverse, du reste, ne sera soulevée envers ceux qui possèdent à partir de quelque contrat, donation ou testament par ceux qui ont le droit προτιμησεως *- de préférence - ou aussi envers le fisc ».*

souscrire à la sentence de l'auteur. Van Christijnen, *Decisiones*, vol. VI, decis. 32, nb 17, affirme aussi que, pour les fiefs, le retrait est favorable et, dans les deux nb précédents, il enseigne que, pour le retrait féodal, le juge compétent est celui du lieu de la situation du bien, la Cour féodale étant laissée de côté, et Fredrik van Sande en donne la raison, à savoir, parce que, sur le retrait, rien n'est considéré avoir été fait ou pensé entre le seigneur et le vassal et cela est étendu par Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, t. II, cap. 5, nb 17, à chacune des choses dont rien n'est convenu au moment de l'investiture.

En outre, il faut relever que le retrait cesse dans une vente publique aux enchères, car il est fait peu de préjudice à ceux qui jouissent de ce droit du fait que la vente leur est annoncée de la même manière qu'elle est annoncée aux étrangers et c'est pourquoi ils sont crus avoir renoncé à leur droit d'une certaine façon ; cela doit être tenu ainsi dans le doute, quand rien n'a été décidé sur ce cas dans les statuts, car il est connu que les statuts urbains ne conviennent pas sur ce point, même dans les places qui leur sont voisines ou des chassieux et des barbiers. Ainsi, dans la loi municipale de Flessingue, il est en tout cas permis de faire retrait, à moins qu'à partir de la coutume de Zélande, dont il [sera parlé] ci-dessous à la fin de ce chapitre, trois déclarations ne soient faites, voir la coutume de Flessingue, § 60, p. 90. Cependant, à Middelburg, le contraire a tout à fait agréé, voir les coutumes de la ville de Middelburg, § 14, p. 48. Mais, à Anvers, ce droit cesse après trois jours et, ce délai étant écoulé, aucune remise en l'état initial n'est accordée, ce qui, cependant, est seulement admis ici dans les notes à raison des choses présentes, du fait que, selon la règle du droit, la prescription ne court pas envers celui qui ne peut pas agir, comme ci-dessous, § 10, sur la note 639.

De ces différentes lois, il s'ensuit celle qu'a à bon droit dite Bijnkershoek dans la préface à ses *Observationes juris romani*, *"Ce qui semble juste à Mævius [est] injuste envers Titius"*.

Toutefois, l'auteur, § 5, dans la note 632, tient une autre raison pour laquelle le retrait cesse dans une vente publique, comme cela est aussi tenu par Groenewegen dans la note indiquée sur les coutumes du Rijnland. Mais van Leeuwen, dans la note, me semble à bon droit observer que cette obole (qui est le sixième du prix, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 29) n'est pas donné en écus dans le rachat du retrait, mais en sûreté du prêt, car ils doivent donner garantie que les espèces [monétaires] seront payées en leur temps.

Du reste, s'il cesse dans une vente publique, beaucoup plus cessera-t-il dans une subhastation [*i. e.* une vente sur décret de justice], pour faire satisfaction à ce qui a été jugé, car, dans celle-ci, plusieurs déclarations et solennités plus importantes sont requises, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 17 ; Matthæus, *De auctionibus*, lib. I, cap. 16, nb 45 ; Nieuwstadt, dans ladite decis. 29.

À Anvers cependant, celui qui possède la maison ou le bien-fonds commun en fait toujours le retrait, aucun cas n'étant excepté ; mieux, bien qu'il ait consenti et qu'il fût le garant que toute la maison avait été vendue, il aura encore un très petite part sur celle-ci, voir les coutumes d'Anvers, chap. 60, art. 7 et 11, p. 174. Il a été disposé dans différents statuts qu'en Flandre ce retrait de ceux qui ont une part ou de la communauté a lieu, voir *Précis du droit Belgique*, p. 225. Et van Christijnen, *Decisiones Curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 55, nb 6 à la fin, rapporte qu'il a été ainsi jugé ici sur une vente publique. Pour cette même raison aussi, il n'y aura pas lieu à une éviction quand les gages avaient été vendus solennellement et vendus sur décret avec un décret du juge, faisant obstacle à l'évincé, bien qu'il eût été absent, avec l'autorité de la chose jugée, à moins que la possibilité de faire appel ne soit accordée à l'absent, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 8, 44 *(Des évictions)*, 13. Cependant, cela triomphe autrement en France et en Flandre, car, avec le droit du sang, les biens immeubles ici vendus dans des ventes sur décret publiques font aussi l'objet d'un retrait, comme il est déjà connu à partir de van Christijnen, et ainsi aussi [ledit] Voet, lib. 18, tit. 3, nb 23. Ce droit est sauvegardé pour le seigneur direct en Flandre, aussi après que le mandataire de ce dernier a déjà investi le nouveau vassal, voir De Clerck, *Commentarien op de Lennerechtent van Philip Wieland*, tit. 177, obs. 3, nb 4.

Maintenant, nous voyons que, dans les ventes publiques, de même, dans les subhastations, il n'y a pas lieu au retrait, parce que le parent consanguin souffre un dommage à raison de sa négligence ; en conséquence, il s'impute le fait qu'il n'aura pas été vigilant. Hamerster, dans ses notes sur les statuts de Frise, liv. I, tit. 12, art. 12, aux mots *Versta dit echter niet etc.* - "N'entendez cependant pas cela", rend une autre raison pour laquelle le retrait cesse pour les biens vendus par décret, à savoir, parce que les biens sont vendus plus cher à l'avantage des créanciers, le

retrait ayant cessé. Cependant, Voet, lib. 18, tit. 3, nb 6, défend longuement que la renonciation au retrait n'est pas présumée, bien que l'achat du bien vendu ait été offert par le parent consanguin et que lui-même ait alors refusé de l'acheter, de même, bien que, présent à la vente, il ait gardé le silence, à un point tel qu'ici, le nb 16 ne cadre pas à bon droit avec le nb 23 qui suit. Toutefois, pour affermir sa sentence, Matthæus, *De auctionibus*, lib. I, cap. 11, nb 16, de même les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 185, quæst. 2, usent de leur autorité. Mais Matthæus restreint en tout cas cette opinion aux usages de la France et il enseigne qu'ils répugnent aux nôtres, comme Voet lui-même[le dit dans le nb 23 [de ce titre] en autant de mots. Pour ce qui touche les réponses des jurisconsultes, dans le passage ici, certes, mais sans aucune autorité pour nos usages, cela est enseigné. À cela, j'ajoute que les jurisconsultes ne répondent pas rarement plus pour déterminer les controverses pour capter la faveur de ceux qui les consultent que pour découvrir la nature de l'équité.

En outre, il faut relever que le retrait cesse à raison d'une grave ingratitude, voir Voet, lib. 18, tit. 3, nb 16.]

§ 1. Un *transfert d'achat* est fait par un RETRAIT qui, autrement, est appelé [en néerlandais] *Naesting, Sinninge, Nakoop, Aenboord* ou *Wederdrijving.*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLIII. Devant le retrait légal dont il s'agit seulement ici, il y a aussi le retrait conventionnel né à partir de l'ajout à la vente d'un pacte, voir D. 18, 1 *(Du contrat d'achat et des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur, et les biens qui ne peuvent pas être vendus)*, 75, D. 45, 1 *(Des obligation [qui se concluent par un échange] de paroles)*, 122 § 3, il doit être préféré en concurrence au retrait légal lui-même, voir Cooren, *Observationes*, obs. 32, nb 38= et 39.

DCXLIV. Le retrait propre à une famille reçu chez nous semble devoir être réclamé non tant, avec Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, p. 477, à partir du droit féodal qu'à partir de l'ancien droit germanique avec van de Spiegel, *Oorsprong en historie der vaderlands rechten (Origine et histoire des lois de la patrie)*, chap. 4, § 15, p. 134, dans lequel joue la loi des Saxons, tit. 17, § 1, éd. Gaertner, à Leipzig 1730, et l'ancienne *Keur* de Zélande de 1256, art. 91, et enfin le constant usage du droit chez les gens de Groningue et de la Drenthe, dans les lois desquels il n'est pas permis de disposer des biens immeubles ancestraux dans un pacte prénuptial ou dans un testament, voir *Aanleiding tot de eertse beginselen der Groningse rechtskennis (Introduction aux premiers principes de la jurisprudence de Groningue)*, lib. III, chap. 3 ; *Landrecht van Drenthe (Droit foncier de la Drenthe)*, liv. II, art. 5 et 52, joints au liv. III, art. 70 et suivants.]

§ 2. Un RETRAIT est *un droit qui appartient à quelqu'un sur certain bien immeuble, comme aussi contre l'acheteur et le vendeur, quand ce bien est acheté, d'y entrer à la place de l'acheteur*[627].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLV. Le droit de retrait naît immédiatement après la réalisation de la vente de laquelle les contractants ne peuvent pas s'écarter par conséquent en fraude de celui auquel le retrait se présente, cf. coutumes du Rijnland, art. 21 ; coutumes de Middelburg, rubr. 11, art. 13. Cependant, un statut postérieur, le droit commun ne l'approuvant pas, voir la thèse XIV, permet qu'il soit fait de bonne foi, pourvu que l'on s'écarte avant la déclaration judiciaire de l'exercice du retrait.]

§ 3. Ce droit naît d'une coutume commune du pays ou locale.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLVI. Bien qu'en Hollande, sur lesbiens alloodiaux, le retrait légal n'ait pas été reçu dans le droit commun, voir Grotius, *Hollandsche consultatien*, part.III, 2e st. cons. 148, nb 2 ; Bijunkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, p. 478, cependant il en va autrement du droit en Zélande, voir la *Keur van Zeeland*, chap. 2, art. 12 ; les coutumes de

[627] (Note de Groenewegen) Voir Reinking, *De retractu*, quæst. 1, nb 62.

Middelburg, rubr. 11 et rubr. 8, art. 18 ; les coutumes de Flessingue, chap. 12 ; les coutumes de Zierickzee chez Smallegange, *Chroniek van Zeeland*, chap. 9, p. 520.]

§ 4. La coutume commune du pays est que le comté de Hollande a un droit de retraire tous les fiefs qui sont vendus [628], à savoir avant que l'acheteur soit investi du fief ; il est douteux [de savoir] si les petits seigneurs ont un droit semblable [629].

[**Note de Wille Schorer sur la note 623 de Groenewegen van der Made**

L'auteur doute ici du droit des arrière-vassaux, mais il est refusé par Bort, *Hollandsch leenrecht,* part. V, tit. 5, chap. 1, nb 6, p. 203. Ainsi aussi le pense Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 11, pourvu qu'ils n'aient pas accordé l'investiture, du fait qu'ils sont présumés alors avoir renoncé à leur droit et ce droit ne périt pas envers le seigneur direct, bien que son bailli ait approuvé la vente, voir De Clerck, *Commentarien op de Leenrechten van Philip Wielant*, tit. 177, obs . 3, nb 4. En Flandre cependant, le seigneur est placé après les agnats, bien que cela n'ait pas été reçu partout, voir Wielant dans ledit endroit, nb 8.]

§ 5. La coutume locale est connue dans le Delftland [630], dans le Rijnland, le Kennemerland, le pays de Voorn, sur **[331]** des terres et des maisons qui sont sur un sol propre, qu'il soit un fief ou un alleu, aussi, sur des biens emphytéotiques, des cens et des dîmes, des hautes et des basses seigneuries qui sont vendues, non aussi celles qui sont échangées [631], et cela seulement lorsque la vente est faite sans un ban légalement fait à l'église ou au tribunal. Car, là où une telle chose est faite, les baillis ont leur pondage et le retrait cesse [632].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLVII. Il est suffisamment clair que le retrait (qui a été aussi reçu dans les différentes places de Hollande) n'a pas lieu dans la tenue des ventes aux enchèrespubliques à partir d'un décret du juge. Dans les autres ventes publiques, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 14, p. 490 et suivantes, les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 74, enseignent aussi en général la même chose. Mais cela semble seulement vrai quant à

---

[628] (Note de l'éditeur) Voir *Libri feudorum*, II, tit. 9, § 1 ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *calengieringe*, § 1 ; d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 292 ; Boyer sur la coutume de Bourges, tit. 5, art. 1 avec les suivants ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 23.

« Comment, autrefois, un fief pouvait être aliéné : (…) § 1. On ne pouvait donner, juger en faveur d'une âme ou donner en dot en faveur de la fille selon la coutume d'aucune cour ; bien que l'on puisse louer, à moins que la location ne soit frauduleuse, comme ce l'est par une affiche, pour qu'une c-vente soit dite. En effet, on doutait que ce qui, sous le nom d'affiche, était accordé d'user d'un loyer très bas de deux deniers n'ait été aliéné en fraude. En outre, si, quant à la bonne ou la mauvaise coutume, nous faisons la recherche, le rachat avait été accordé au propriétaire pour un prix égal, à moins que le propriétaire n'ait perdu ce bénéfice par une réfutation ou en comptant un silence d'un année à partir duquel il l'aurait su. Avec une prescription de trente ans ou en rachetant, la condition du proche parent était plus puissante que la condition du propriétaire, si cependant, le fief était paternel. Mais, quant à cette aliénation du fief qui, par le propriétaire, est faite, s'il l'on en doute, la loi de l'empereur Conrad sera consultée, qui a été disposée dans le titre déjà dit des bénéfices (cf. *Libri feudorum*, II, xxxiv) *».*

[629] (Note de Groenewegen) Le sentiment de ceux qui accordent un semblable droit aux petits seigneurs est plus probable, voyez d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 303 ; Boyer sur la coutume de Bourges, tit. 5, art. 1. ,

[630] (Note de l'éditeur) Dans le Delftland, n'a pas lieu partout.

[631] (Note de Groenewegen) Voir Reinking, *De retractu*, quæst. 4, nb 78 avec les suivants ; ladite constitution de l'empereur Frédéric sur le droit de préférence aux mots *Ex causa* ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata*, liv. XXVI, cap. 12 ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 10, art. 9, nb 10.

« (…) A partir de la cause d'une dot, cependant, d'une donation à raison des noces, d'une simple donation, d'une donation à cause de mort ou d'un testament, avec un achat ou une transaction, tous les parents et les étrangers peuvent aliéner, à moins que quelqu'un, en vendant ou en louant à celui qui n'avait pas un droit προτιμησεως *- de préférence -, de façon simulée n'ait donné ou fait un legs. (…) ».*

[632] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* du Rijnland, art. 36 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 29.

certainsstatuts, voir les coutumes du Rijnland, art. 36 ; les *Keuren* de Leyde, art. 120 à la fin ; maisnon dans la totalité quant à tous, voir les coutumes de Flessingue, chap. 12, art. 6 ; les *Keuren* de Zélande, chap. 24, art. 1, 2 et 4 ; Roseboom, *Keuren van Amsterdam*, chap. 35, art. 16 et 17.]

§ 6. Mais, dans le pays de Voorn, un retrait n'a pas lieu sur les terres qui, par un ban fait à l'église ou devant le tribunal où l'on tient le ban, sont vendues, pourvu que celui qui habite le plus près dans le pays lui fasse savoir durant les trois dimanches, s'il habitait sur l'eau ou était en mer, durant un an, après qu'il sera revenu, sous [peine de] privation [de son droit] [633].

§ 7. Ce doit appartient dans les ci-devant dites places aux parents consanguins du vendeur tant du côté de l'épée que du côté de la quenouille sans considérer si le bien est venu de leur côté ou non ni aussi si celui-ci est un héritage ou un bien acheté, pourvus que le plus proche du vendeur soit plus proche par le sang que l'acheteur ; et anciennement, il ne s'étendait ordinairement pas plus loin que les enfants des petits cousins, parce qu'aussi, les héritiers ab intestat n'aillaient pas plus loin ; et celui qui, en premier lieu, annonce le retrait vient avant tous les autres qui viennent après, bien qu'ils fussent aussi de plus proches parents [634].

[**Note de Willem Schorer**

Sans considérer etc. ce que l'auteur tient ici est certes vrai pour les biens allodiaux, bien que cela n'ait pas été reçu partout, voir lescoutumes de Middelburg, art. 10, p. 47, à moins qu'il ne faille lire là : *daar het goed NIET afgekommen is* - "là où le bien N'est PAS descendu" ; ce que le sens conseille,n certes.À l'encontre de la sentence de l'auteur, il doit être statué dans ces places de Hollande qui usent de la loi de l'Échevin, comme le tient Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 14. Cela triomphe de même pour les fiefs, parce que la ligne, de laquelle le fief est privenu, est aussi plus forte dans la succession ab intestat, voir De Clerck, *Commentarien op de Leenrechten van Philip Wielant*, obs. 2, nb 3, bien qu'il y ait des parents consanguins de l'autre ligne plus proches, voir Bort, *De feudis*, part. V, tit. 5, cap. 2 et l'auteur lui-même, liv. II, chap. XLI, § 21, dans la note 270. Et ainsi a-t-il été expressément disposé dans la coutume de Paris, voir Reinking, *De retractus consanguinitatis quæstionibus*, quæst. 2, nb 30, p. 51.]

[**Sur la note 634 de Groenewegen van der Made**

Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, a rejeté ce que l'auteur tient ici quant au droit de préférence, bien qu'il atteste que cela a été plus d'une fois jugé par le juge inférieur et, un appel ayant été interjeté, par la Cour de Hollande et par la Cour Suprême. Car, de façon générale, il préfère ceux qui ont le meilleur droit, pourvu que le plus proche, majeur et mâle, demande le retrait avant la sentence portée à la faveur d'un plus éloigné, mineur et femelle. Ainsi aussi a-t-il été disposé à Middelburg que le plus proche, même s'il est allé trouver le juge le dernier, précède les autres, pourvu que la sentence ne soit pas encore intervenue, voir les coutumes de Middelburg, tit. *De l'accès au juge*, art. 10. Mieux, il a été reçu seulement dans le droit particulier en Hollande du Sud que, toujours, aussi après un retrait fait par un parent consanguin plus éloigné, le plus proche puisse de nouveau faire le retrait, voir les coutumes de la Hollande du Sud alléguées chez van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 21, § 4.

Si plusieurs sont du même degré, celui qui l'aura demandé le premier est préféré ; cependant, Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 29, préfère au plus proche celui qui veille à lui d'abord, bien que plus éloigné en degré, ainsi, de sorte que celui qui est le premier dans le temps soit plus fort en droit. S'ils ont agi au même moment, tous sont admis, voir l'auteur [dans ce chapitre], § 8, dans la note 636. Bijnkershoek, lib. III, cap. 13, dans le § commençant par *qui potiores* "ceux qui, plus forts", signale que cela a aussi été disposé dans différents statuts. La seule

[633] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de Voorn de 1519, art. 59 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 29. Voyez les privilèges de la Hollande du Sud, p. 106 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 4, nb 54 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 55, nb 6.

[634] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* du Rijnland, art. 24, 25, 26 ; les privilèges de la Hollande du Sud, p. 196.

demande rend aussi le retrayant pour une part égale entre des associés plus fort, du fait qu'autrement, est préféré celui qui est associé pour une part plus importante, et ainsi a-t-il été disposé à Flessingue, voir les coutumes de Flessingue, chap. 12, art. 1, p. 88, avec lesquelles s'accorde tout à fait le statut de Middelburg, art. 10 et 12, p. 47. À Anvers aussi, l'associé pour la part la plus importante est aussi préféré sans tenir compte du temps, voir les coutumes d'Anvers, tit. . 60, art. 62, p. 182.

En outre, il faut relever que l'acheteur et le vendeur ne peuvent pas se retirer de l'achat au préjudice du retrayant et qu'aucun pacte avec lequel une fraude est faite au retrait n'est valide, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 24, et ainsi a-t-il été disposé à Anvers, voir les coutumes d'Anvers, tit. 60 *(Des plaintes)*, art. 61, p. 181, et art. 3, p. 170. Si un mari, durant le mariage, achète un bien-fonds et de nouveau, le vend, les parents consanguins de l'épouse et du mari qui ont d'abord été vigilants pour eux, peuvent en faire le retrait, voir Voet, lib. 18, tit. 3, nb 19.

De plus, il est demandé si aussi la récompense de l'ajout du prix (communément *trek-* ou *pluk-pennigen* - "prime de départ ou de cueillette") sera restituée au retrayant comme succédant à la place de l'acheteur. Bijnkershoek, lib. III, cap. 14, le nie.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXLVIII. le fils du vendeur, majeur, ou, avec la mort de son père ou de sa mère, dont le bien-fonds est vendu par le parent survivant, établi sous un tuteur étranger aussi donné à la personne, peut exercer aussi un retrait propre à la famille qui se présente selon le droit de la parenté consanguine. Grotius, dans les *Hollandsche consultatien*, part. II, 2e st. cons. 148, nb 6, est en désaccord, cependant, l'argument de celui-ci vaut seulement maintenant dans les statuts de Zélnde, chap. 2, art. 12, non dans les autres qui appellent simplement les parents consanguins et n'énumèrent pas spécialement certains parents consanguins.

DCXLIX. La règle de Voet sur le pacte commissoire, lib. 18, tit. 3, nb 14, et des autres interprètes [qui dit] que le retrait propre à la famille est seulement accordé à ceux qui ont le droit de succéder ab intestat à partir des lois avec le droit du sang, semble à peine pouvoir être conciliée avec les termes des statuts, le droit du sang, mais non celui de la succession légale, tenant ici la première [place].

DCL. Bien que la succession ab intestat ait été étendue non seulement au dixième degré, mais aussi au-delà, voir la thèse CCCLXIV, cependant le retrait propre à la famille semble devoir être restreint aux degrés exprimés dans les statuts.

DCVLI. Pour ce qui est de la préférence du parent consanguin qui a établi le premier le retrait à un autre, Grotius enseigne ici que cela semble devoir être restreint également aux proches parents consanguins, avec les jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 80, et d'autres dans la *Vervolg van de Hollandsche consultatien*, cons. 42.]

§ 8. Mais, dans le cas où plusieurs personnes en même temps annonçaient le retrait, ainsi, serait préféré celui qui, avant la vente, avait un foyer mêlé situé avec les terres achetées [635] ; et, s'il n'y avait pas de telles personnes, ainsi, le plus proche parent précéderait **[332]** et tous étant au même degré de parenté, ils pourraient faire tous ensemble le retrait [636].

[**Note de Willem Schorer sur la note 635 de Groenewegen van der Made**

L'auteur préfère ici l'associé au parent consanguin et Groenewegen [dit] que cela a été expressément disposé dans la coutume du Rijnland, qu'il indique ici dans sa note. À Malines, les associés sont à ce point plus forts que les consanguins qu'ils retraient à bon droit la part qui a déjà fait l'objet d'un retrait par un parent consanguin, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 30. Cependant, le contraire a été tout à fait affermi à Middelburg, voir les coutumes de Middelburg, art. 11, p. 47, de même à Flessingue, voir les coutumes, chap. 12, art. 1, p. 88.

[635] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* du Rijnland, art. 34 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 2, nb 56.

[636] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites *Keuren*, art. 27 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 2, nb 35 et 63 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata*, liv. XXVI, cap. 13, nb 6-7.

Van Leeuwen, sur les coutumes du Rijnland, et Voet, lib. 18, tit. 3, nb 30, signalent que, toutefois, quand l'associé est dans le même temps un parent consanguin, à raison du double lien, l'associé jouit d'un droit de préférence, et la Cour l'a ainsi aussi jugé le 9 septembre 1619, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, p. 336 ; *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 143.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLII. Dans le retrait propre à la famille, le parent consanguin plus éloigné aussi qui possède un bien-fonds voisin est préféré à un autre plus proche à raison d'un double titre, comme l'a jugé la Cour le 9 septembre 1619, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 143.

DCVLIII. Dans le retrait propre à la famille, ceux qui sont égaux en degré sont admis de façon égale, mais le droit de représentation n'entre pas ici en usage, les statuts eux-mêmes appelant seulement le proche parent consanguin, cf. la thèse DCXLIX.

DCVLIV. Le proche parent consanguin ayant renoncé expressément ou tacitement au retrait, le suivant est admis. Est aussi considéré renoncer tacitement celui qui a fourni son ministère au contrat d'achat, a donné garantie pour une éviction ou a souscrit au contrat écrit d'achat, voir en argument D. 20, 1 *(Des gages et des hypothèques, comment ceux-ci sont contractés et de leurs pactes)*, 26 § 1 ; D. 20, 6 *(De quelles façons un gage ou une hypothèque est délié)*, 8 § 5 ; voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.18, tit.3, nb 16.

DCLV. La raison du droit montre suffisamment que le retrait ne se présente pas plus au parent qui a refusé expressément l'achat qui lui a été offert du bien-fonds. Pour l'achat qui lui est offert, c'est à peine qu'il soit contraint d'y ouvrir son esprit, si ce n'est dans ces places où cela a été ainsi disposé, comme dans les *Keuren* de Zélande, chap. 2, art. 12, les *Keuren* de Putten, chap. 24, art. 1.]

§ 9. Dans le Rijnland, dans les ventes de terres, ceux qui sont situés le plus près de la terre ont un même droit que les parents, à savoir dans le cas où les parents ne font pas le retrait [637].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLVI. Il y a aussi parmi les places où le retrait propre à la famille a été reçu, qui, selon un droit particulier (voyez Cooren, *Observationes rerum judicatarum*, obs. 32, nb 62 et suivants, p. 217), admettent celui-ci à partir d'une cause de voisinage ou de communauté. Ainsi, dans le Rijnland, ces voisins dont les terrres s'attachent par la terre avec le bien-fonds vendu distingués seulement avec une légère clôture commune (*commune de feu et de terre)*, beaucoup plus, les associés ou copropriétaires usent du retrait légal, voir les coutumes du Rijnland, art. 25, et la même chose a été reçue sur la terre de Rijswick et de Nieuwkoop, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 75. Mais ailleurs le même droit a été accordé sans aucune distinction à n'importe quels voisins, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 75, p. 199, aussi à Middelburg, voir les coutumes de Middelburg, rubr. 11, art. 1 et 11, dont l'esprit des statuts comprend les associés copropriétaires, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 16, nb XI. Enfin, ailleurs, il est attribué aux seuls associés ou copropriétaires, non de même aux voisins, comme à Flessingue, voir les coutumes, chap. 12, art. 1.]

§ 10. Le retrait doit être institué dans l'année après que la vente a été faite [638] ou au moins après que celle-ci soit venue à la connaissance du retrayant, ce sur quoi, le retrayant peut être conduit à un serment [639].

---

[637] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite *keur*, art. 25.

[638] (Note de Groenewegen) Et accompli par le transfert, voir Cooren, *Observationes*, obs. 32, nb 73 ; *Keuren* du Rijnland, art. 21.

[639] (Note de Groenewegen) Voir Cooren dans ladite obs. 32, nb 74 et le ci-devant dit art. 21 [des *Keuren* du Rijnland].

[**Note de Willem Schorer sur la note 638 de Groenewegen van der Made**

L'auteur traité ici du temps fixé à l'avance pour le retrait et il signale qu'il doit être fait dans l'année, ce qui est vrai de façon ordinaire, à savoir s'y ajoutant la tradition, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note. En effet, la vente seule ne contient pas d'aliénation et ainsi a-t-il été disposé à Flessingue dans lesdites coutumes, chap. 12, art. 2, et à Middelburg, coutumes, art. 1. Ce délai est étendu à un an et un jour dans les villages et à la campagne, voir les *Keuren van Zeeland*, chap. 2, art. 12. Ce droit cesse dans un délai de sept semaines à Mideelburg entre personnes présentes ; mais, entre personnes absentes, il est prescrit pour un an, voir les coutumes de Middelburg, art. 1. De Clerck, *Commentarien op de Leenrechten van Philip Wielant*, tit. 177, obs. 1, nb 7, signale que, pour les fiefs, il dure tant que le seigneur n'aura pas investi le vassal.]

[**Sur la note 639 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne à bon droit dans cette note que, dans l'abstrait, cette année court pour le retrayant depuis le moment où le retrayant l'a su, bien que, communément, il soit rapporté par les interprètes que, contre la prescription du retrait, ni à partir d'une cause d'absence ni d'ignorance ni aussi de minorité, il n'y a lieu à une remise dans l'état initial. Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 29, de même Antonella, *De tempore legali*, cap. 7, nb 3 et suivants, donnent la raison de cette sentence, à savoir que le retrait a été introduit contre la nature et la raison du droit, et ainsi aussi [le dit] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 25, une raison que critique Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 14, et il signale opportunément que, si pour cette raison, cette doctrine devait être admise, il s'ensuivrait qu'aucun droit aussi ne serait en vigueur pour le retrait.

Nous avons déjà observé sur la note 626 que, dans les coutumes d'Anvers cependant, aucune remise en l'état initial n'était accordée contre l'écoulement du temps et Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 7, nb 30, p. 311, signale que d'autres le pensent ainsi. Cela a été expressément ainsi aussi fermement établi dans l'Édit perpétuel [de 1611], art. 37, aucun cas n'étant excepté, et elle court de moment à moment, comme cela a été jugé à Lille, voir *Précis du droit Belgique*, p. 222.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLVII. Le temps pour faire un retrait est varié, mais en général cependant, il est d'un an. Il est compté de façon régulière non depuis le jour de la vente, mais depuis [celui] de la livraison et, la cession en justice du bien vendu ayant été faite, il court aussi pour celui qui l'ignore. Une autre restitution ne semble pas devoir être accordée dans la plupart des places que celle à partir d'une cause de minorité ; en cela, joue la préface de la nouvelle loi portée en faveur de la terre de Voorn en 1661, voir la *Keur* de Voorn, p. 187 ; l'exposé de Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 24, p. 489.]

§ 11. Celui qui veut faire le retrait comparaît devant le lieutenant et le messager, et devant la majorité du tribunal ou devant sept voisins de la seigneurie et en leur donnant leur rétribution, il fait en leur présence un remuement de l'herbe et de la terre et fait en outre fixer une date pour apporter son achat, et, l'achat étant apporté, le retrayant est tenu de faire dans les vingt-quatre heures [640] et promettre tout ce que l'acheteur a fait devant lui ou promis ; celui-ci se le voyant demander, il doit déclarer sous serment qu'il fait le retrait

[640] (Note de Groenewegen) Mais, lorsque l'acheteur ne veut pas laisser suivre au retrayant le retrait, le retrayant peut faire satisfaction avec ce qui est surérogatoire à faire en justice, sans qu'il soit tenu par un refus de l'acheteur de placer l'argent sous le juge. Ce qui a aussi été jugé par le Haut Conseil de Hollande le 8 décembre 1600 dans l'affaire de Jacob Matthyzoon, demandeur de la révision, contre Frans Dirk, défendeur. Voyez Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 87, nb 4, et vol. VI, decis. 32 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 6, nb 63 et les suivants. De plus, lorsque des biens féodaux sont sujets à un retrait, le retrayant doit, en plus de ce que dit ici Hugo de Groot, auparavant rechercher et obtenir une investiture sans laquelle, autrement, il ne peut pas être autorisé au retrait de ces biens féodaux, voir Cooren, *Observationes*, obs. 32, nb 85 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ in consuetudine feudorum*, vol. VI, decis. 30, nb 1, decis. 82, nb 3, et decis. 83, nb 2.

avec son propre bien et son propre argent [641] et à son propre besoin et pour personne d'autre sans fraude ou ruse ; il doit aussi payer l'achat de vin (s'il en est payé un par l'acheteur) **[333]** deux fois, mais l'argent de Dieu, une seule fois [642].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 640, 641 et 642 de Groenewegen van der Made**

L'auteur, dans ces notes, traite de la solennité que le retrayant doit observer de façon exacte et au cordeau pour la norme ; car, s'il y a eu une petite faute dans la forme, le retrayant tombe de son droit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 20 ; *Précis du droit Belgique*, p. 221. Par conséquent, il est requis que toute la somme soit payée dans un certain délai avec toute la cause, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 12, art. 20 ; car, les espèces faisant défaut, il est tenu comme si rien n'avait été payé du tout, du fait que, dans ce cas, l'exception de contrat non rempli est toujours à bon droit opposée, voir Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 6, nb 21 et 22, p. 219, à moins cependant, que le prix ne dépasse de plus de la moitié la juste valeur, lorsque le retrayant use du bénéfice dans ce cas, voir C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, voir Reinking, ici même, quê"st. 6, p. 235, et elle se présente aussi au vendeur contre ke retrayant, voir Reinking, quæst. 5, nb 11, p. 185.

Un serment étant intervenu, s'il est réckamé, le retrayant est tenu de jurer, comme ici, dans la note 641, il use de ce droit pour sa propre utilité. À flessingue, il est présumé avoir fraudleusement fait le retrait, si, un an après le retrait, le retrayant àa denouveau vendu [le bien], à un point tel que le premier acheteur, à partir du droit primitif, est préféré au second, voir les coutumes de la ville de Flessingue, chap. 12, art. 5, p. 89, et cela est présumé dans de niombreux statuts, voir Jan-Baptiste De Clerck, *Commentarien op de Leenrechten van Philip Wielant*, tit.180, nb 4, ce qui est cependant accordé au seigneur direct retrayant le fief, du fait qu'il a cédé son droit à un autre, voir de même, tit. 177, obs. 3, nb 3.

En outre, il faut relever que le prix doit non seulement être offert à l'acheteur par ke retrayant, mais aussi que les dépenses nécessaires faites pour conserver une maison doivent être rendues, non toutefois les dépenses utiles et les petites, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 32, defin. 7. Cela est compensé avec les fruits, voir Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 6, nb 392, p. 280. À celui-ci, ajoutez Voet, lib. 18, tit. 3, nb 26 ; les coutumes d'Anvers, tit. 60 *(Des plaintes)*, art. 54, p. 180. La Cour de Frise a aussi adjugé les dépenses utiles à l'acheteur le 237 octobre 1739, voir Hamerster sur ledit art. 20, [liv. I, tit. 12 du statut de Frise].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLVIII. En Hollande et en Zélande, il ne semble pas être requis que, le procès quant au retrait étant en suspens, le prix lui-même et les autres accessoires soient offerts avec l'argent préparé, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 25 et 26, étant faussement en désaccord.

DCLIX. Celui qui use du retrait, dans la plupart des places, jure seulement qu'il excerce le retrait en sa propre faveur ; cependant, il doit ajouter en quelque endroit au serment que l'argent avec lequel il fait le retrait est le sien. Mais est aussi entendu l'argent qui est reçu en prêt, pourvu que le retrayant, outre le retrait des biens-fonds, ait assez dans ses biens d'où le payer. Mais, si cela même est contorversé, non seulement avec un serment, mais autrement, cela doit être prouvé, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 81.

DCLX. Celui qui exerce le retrait succède à la place et au droit de l'acheteur ; d'où, il peut demander avec l'action de l'achat (*action empti*) au vendeur le bien non encore cédé en justice, voir les coutumes de Middelburg, rubr. 11, art. 7 à la fin, mais aussi que le bien cédé à l'acheteur lui soit de nouveau cédé par le vendeur, comme si la première cession avait été faite avec un vice. Voet tient plusieurs effets, lib. 18, tit. 3, nb 27 et 28.

DCLXI. Une fois le retrait fait et adjugé, si, par la suite, le retrayant ne satisfait pas aux lois du retrait et que le bien reste ainsi dans les mains de l'acheteur, un autre, second dans l'ordre, ne peut pas en faire le retrait à l'acheteur, voir les coutumes du Rijnland, art. 32, la *Keur* de Nieuwkoop du 20 septembre 1637, art. 24, p. 56.]

---

[641] (Note de Groenewegen) Voir Damhouder, *Praxis civilis*, cap. 265, nb 15.

[642] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* du Rijnland, art. 28-29 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 6.

§ 12. Dans le Rijnland [643], le bailli a le retrait après les parents consanguins et le retrayant des terres voisines et, pour cela, lui est accordé le délai de six semaines après l'année. Ce droit est aussi exercé par différents seigneurs des seigneuries, aussi dans les endroits où les parents consanguins n'utilisent pas le retrait.

[**Note de Willem Schorer sur la note 643 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale que, dans le Rijnland, les baillis exercent ce droit, ce qu'il affirme aussi dans différents endroits au regard des gouverneurs, aussi là où le parents consanguins ne retraient pas, et ainsi aussi [le disent] Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, dans ladite decis. 29, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 11. Toutefois, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, refuse que ce droit se présente aux baillis, aux écoutètes et aux gouverneurs, bien que l'on puisse prouver que ceux-ci avaient autrefois joui de ce droit ; et il enseigne que ce droit avait été obtenu uniquement aux gouverneurs et aux autres à partir de la sujétion des terres ; du fait qu'aujourd'hui cette condition servile est tombée en désuétude, maintenant aucune retrait, si ce n'est à partir du droit du sang, de société et de voisinage, est admis ; en effet, la cause ayant cessé, l'effet cesse et van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 19, nb 14, rapporte que cela a été ainsi jugé par la Cour de Hollande au regard des baillis le 25 avril 1614, de même dans ses notes sur les coutumes du Rijnland, art. 35 ; et ainsi aussi [le disent] Voet, lib. 18, tit. 3, nb 11, et les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, p. 331. Cependant, il n' y a aucun doute que ce droit se présente aux gouverneurs en Zélande, chaque fois que quelqu'un, qui souhaite partir, a voulu détruire sa maison, car alors, les gouverneurs sont seulement tenus de payer autant que les ouvriers auront estimé les objets exceptés de la vente ; cela est aussi permis de la même façon au voisin, si quelqu'un habite dans une maison dont le bien-fonds n'appartient pas au gouverneur ; et, s'il ne veut pas user de son droit, le gouverneur jouit de ce privilège, la valeur du bâtiment ayant été payée au jugement des échevins, voir les *Keuren van Zeeland*, chap. 2, art. 17. Si, toutefois, le gouverneur est dans le même temps le seigneur qui sous-inféode, il jouira de ce droit comme nous l'avons déjà vu, § 4, sur la note 623, ce dont doute ici Grotius, ainsi, de sorte qu'il est étonnant qu'il ait voulu attribuer plus de droit à certains gouverneurs qu'aux seigneurs qui sous-inféodent.

Du reste, il faut relever que le retrait a non seulement lieu pour les immeubles, mais aussi pour les biens incorporels comme l'emphytéose, le cens, ainsi, de sorte que le seigneur direct jouit toujours du droit de retrait pour un bien sous emphytéose, voir Voet, lib. 6, tit. 3, nb 22, et l'auteur lui-même, liv. II, chap. XL, § 7, dans les notes 898 et 899, à un point tel qu'en concurrence, il est préféré au parent consanguin, également comme le seigneur direct d'un fief juste, voir Voet, lib. 18, tit. 3, nb 30. Ce droit se présente à lui dans l'année depuis le moment où il l'a su, et, s'il ne veut pas user de ce droit, à la faveur des dépenses du transfert, il reçoit la moitié de la rente, mieux parfois, pour la première année, le double de la rente, voir van Leeuwen sur les coutumes du Rijnland, art. 40, et l'auteur, liv. II, chap. XL, § 8, dans la note 902.

Mais il est demandé si ce droit se présentera aussi à l'emphytéote, du fait que le seigneur direct vend sa propriété directe. Cela est affirmé à partir de la raison *anastasienne*, dont [il sera] bientôt [parlé], § 14, sur la note 645, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 138, p. 233. Cependant, Voet, lib. 18, tit. 3, nb 11, accorde seulement à l'emphytéote le retrait dans ces places où il a été reçu dans la coutume, afin que le bien-fonds censuel fasse l'objet d'un retrait au débiteur chaque fois que celui auquel il est dû aura vendu [le bien] à un étranger, du fait qu'il y a peu de différence entre une rente annuelle et un cens dû. L'auteur lui-même, dans la note 644 qui suit, qu'a suivi aussi Bijnkershoek, lib. III, cap. 13, enseigne que le débiteur censuel jouit de ce droit chaque fois que le censier a aliéné le cens sans déclaration préalable. Toutefois, van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. II, cap. 17, refuse au seigneur censier le droit de retrait. Sur ce point aussi, il enseigne que le seigneur direct qui a un bail emphytéotique diffère du seigneur censier, comme [cela a été dit] déjà ci-dessus, liv. II, chap. XLVI, § 4, dans la note 1078. La raison en est que, dans le cens, la propriété est transférée au débiteur, alors qu'aucun transfert de

[643] (Note de Groenewegen) Voir ici les *Keuren*, art. 35.

la propriété n'est fait à l'emphytéote ; bien que cela soit vrai quant au droit, cependant, il a été disposé dans différents statuts que le seigneur censier et le seigneur qui avait un bail emphytéotique jouissaient également d'un droit de préférence, voir les coutumes du Rijnland, art. 19. Van Leeuwen, dans ses notes, tenant avec plusieurs choses et à peine constant avec lui-même, signale ici que le le seigneur qui a un bail emphytéotique et le seigneur censier marchent d'un pas égal. À celui-ci, on peut ajouter Matthæus, *De auctionibus*, lib. I, cap. 16, nb 45.

Du reste Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 13, signale que sur les dîmes et la terre bitumineuse (communément les *tourbières*), il en est de même du droit. Toutefois, il observe que cela ne doit pas être étendu à toute autre superficie vendue du bien-fonds ; et ainsi, Anne Robert, *Rerum judicatarum*, lib. III, cap. 9, atteste ici que le parlement de Paris avait autrefois jugé que l'on ne retrayait pas à bon droit les grands arbres.

Du fait qu'il n'y a aucune connexion entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, il s'ensuit aussi que le retrait est refusé à l'usufruitier. En effet, l'usufruit séparé de la nue-propriété n'est pas une part de la propriété, voir Voet, lib. 6, tit. 3, nb 11. Il est toutefois accordé à l'usufruitier d'un fief par certains, bien que cela ne soit pas d'un droit approprié, voir Jan-Baptiste De Clerck, *Commentarien op de Leenrechten van Philip Wielant*, tit. 177, obs. 3, nb 11.

Mais ce droit de préférence se présente en Zélande aux parents, cependant non aux enfants ; et ainsi a-t-il été jugé, selon ma mémoire, le demandeur ayant été condamné aux frais, le 20 octobre 1742 par les échevins de la terre de Middelburg, mais le procès a été assoupi entre les parties au procès avec une transaction ; de même, aux frères et aux sœurs et les enfants nés de ceux-ci, non au-delà, dans l'année et un jour, à moins que trois déclarations continues faites le dimanche n'aient précédé la vente, voir les *Keuren van Zeeland*, chap. 2, art. 12, ce qui triomphe aussi pour la terre de Putten, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 148, p. 428. L'auteur, § 5, dans la note 632, signale que cela est du ressort du droit partout.

Cependant, cela doit être étendu seulement entre les personnes présentes, non aux absents, et ainsi a-t-il été expressément établi fermement dans la coutume de la terre de Voorn, art. 59, de sorte qu'à celui qui habite outre-mer ou le fleuve, étant revenu dans l'année, ce droit est sauvegardé. Mais en tout cas, ces déclarations sont nécessaires dans l'année en Frise à un point tel que, celles-ci ayant été négligées par l'acheteur, il n'é »tait pas prescrit pour celui qui jouissait de ce droit, si ce n'est avec un délai de trente ans, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 12, art. 1, bien que la Cour de Frise l'ait autrefois jugé autrement, mais moins à bon droit, comme [le dit] ici le grand Hamerster dans ses notes. De Clerck, *Commentarien op de Leenrechten van Philip Wielant*, tit. 178, tient un grand nombre de choses.

De plus, il faut faire attention à ce qu'en Belgique autrichienne, ordinairement, n'importe qui fait un retrait, pourvu qu'à un degré très éloigné, il soit vis-à-vis du vendeur un parent consanguin et ainsi a-t-il été jugé en Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 221.

Van Leeuwen dans ses notes sur les coutumes du Rijnland, art. 19, indique ce qui a été disposé dans les différents statuts des places sur le retrait.

Du reste, il faut relever avec l'auteur, § 4 dans la note 629, que ce droit a seulement lieu dans les ventes et que ceux-ci sont semblables à des ventes, à des dations en paiement dans lesquelles le prix peut être rendu par le biais d'un retrait, voir Voet, lib. 18, tit. 3, nb 23, Hamerster [sur les statuts de Frise], liv. I, tit. 12, art. 1. Il y en a qui sont cependant en désaccord et n'admettent pas même le retrait dans une dation en paiement, comme nous le verrons ci-dessous, liv. III, chap. XXXI, § 6, sur la note 1096.

En outre, il faut faire attention à ce que ce droit se présente à ce point aux parents consanguins qu'aussi les fils placés sous la puissance du père, le vendeur, jouissent de ce droit, pourvu qu'ils soient protégés avec l'autorité légale des curateurs, voir Voet, lib. 18, tit. 3, nb 17. Ainsi, la Cour de Frise, le 19 décembre 1739, a-t-elle préféré le fils, qui était au moment de la vente sous la puissance paternelle, mais qui avait été émancipé cependant avant la troisième déclaration, aux autres parents consanguins, voir Chasseneuz sur la Coutume de Bourgogne, rubr. 10, art. 1, au mot *L'homme*, nb 89, qui est de nouveau repoussé par Boyer, *Decisiones Burdigaliæ*, decis. 12, et ainsi a-t-il été répondu, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 150. Cependant, cela doit tout à fait être refusé en Zélande aux enfants qui ne sont pas comptés parmi ceux qui ont ce droit, comme nous l'avons déjà vu, ni sur la terre de Putten, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 148. Mais celui-ci est accordé dans le tribunal saxon aux enfants sur les biens ancestraux, voir Carpzov, *Jurispruedentia forensis*, part. II, const. 31,

defin. 10, et l'enfant né ne trame rien, le statut le permettant, contre le respect dû aux parents, du fait que celui qui use de son droit ne fait injure à personne, dit Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 2, nb 434 et 435, p.105.]

§ 13. Un possesseur de terre qui est obligé par une hypothèque spéciale pour un rente certaine redimable ou non redimable, quand cette rente est vendue par le rentier à un tiers, en a un retrait dans l'année après que cela est venu à sa connaissance et il peut contraindre l'acheteur à un serment. Cependant, ce retrait n'a pas lieu dans le cas où l'achat a été offert au débiteur, dans lequel cas le débiteur a le choix de conserver pour lui l'achat ou de le quitter [644].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXII. Le revenu annul ayant été vendu ou au titre à la faveur duquel le bien-fonds est spécialement obligé en hypothèque, il appartient à l'acheteur d'offrir le retrait au débiteur qui fera le choix dans les huit jours ; mais, cette offre ayant été négligée, le débiteur exercera le droit de retrait dans l'année depuis le jour de sa connaissance dans le Rijnland, voyez le témoignage du 28 décembre 1559 chez van Leeuwen sur les coutumes du Rijnland, art. 57, p. 223 et suivantes. La même chose a été semblablement statuée à Amsterdam le 12 novembre 1475, voir les *Handvesten van Amsterdam*, p. 526. De même, le droit en a été étendu aussi dans les autres places aux titres personnels, voir les *Keuren* de Leyde, art.121 ; de Gouda, tit. *Van naasting (Du retrait)*, art. 1-4 ; de Oudewater en 1605, art. 139-141 ; de Putten, chap. 24, art. 2 ; de Flessingue, chap. 12, art. 8.]

§ 14. Quand un droit personnel est vendu à un tiers, le débiteur peut en tout temps [645], lorsqu'il est informé, retraire la dette.

[**Note de Willem Schorer sur la note 645 de Groenewegen van der Made**

Voyez aussi van Leeuwen dans sa note sur les coutumes du Rijnland, art. 19, nb 3, et ainsi a-t-il été aussi expressément disposé à Flessingue ; à moins que le créancier n'ait offert la dette au débiteur ; alors, le droit de retrait cessera après trois jours, voir les coutumes de la ville de Flessingue, art. 8, p. 90. La même chose a été affermie à Goes, si ce n'est que ce droit, la dette ayant été vendue par le biais d'une subhastation [vente sur décret] solennelle, est refusé au débiteur, comme aussi, si elles sont vendues par le biais d'un appariteur, pourvu que le débiteur en ait été rendu plus certain par une déclaration [faite] la veille, voie la résolution du 26

[644] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 4, 35, 22 ; la *Keur* de Delft dans le *Keurboek*, I, fol. 121 ; coutumes du Rijnland, art. 57 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 35 *(De l'action de mandat)*, 22.

Constitution d'Anastase à Eustathius, Préfet du Prétoire, et donnée en 506 : *« À travers différents appels faits devant nous, nous avons découvert que certains, qui convoitaient avidement les biens et les richesses d'autrui, se dépêchaient d'exposer les cessions des actions appropriées à eux-mêmes à d'autres et par ce moyen, d'affecter les personnes des litigants de diverses persécutions, comme il est certain que ceux-ci, à la faveur d'obligations indubitables, défendent mieux leurs droits, auxquels elles suffisaient antérieurement, que de vouloir les transmettre à d'autres. 1 - C'est pourquoi, par cette loi, nous ordonnons d'interdire un appui de ce type dans l'avenir ; il n'est en effet point douteux que ceux qui rachètent les litiges des autres sont considérés être ceux qui désirent se voir confier de telles cessions, de telle façon cependant que, si quelqu'un, ayant donné de l'argent, se chargeait d'une cession de ce type, il aurait permission d'exercer les actions jusqu'à seulement cette même somme d'argent payé et de ses intérêts, quoique, par l'instrument de la cession, y ait été insérée la dénomination de vente, 2 - étant exceptées les cessions qu'il arrive que l'on fasse entre cohéritiers en faveur des actions héréditaires et celles que, soit le créancier, soit celui qui possède quelques biens, à la faveur de la dette, reçoivent chez eux en garantie et en protection des biens qui seront établis, et aussi celles qu'il est nécessaire de faire en leur faveur entre cohéritiers ou fidéicommissaires, auxquels les dettes, les actions ou les autres biens ont été laissés. Le fait est que, une telle raison n'intervenant pas, celui qui rachète (comme on l'a dit plus haut) est plus celui qui se charge des actions d'autrui, une fois l'argent fourni. 3 - Mais, si au contraire, la cession a été faite par le biais d'une donation, que tous sachent qu'il n'y a pas lieu à une loi de ce type, mais que l'on observera les lois anciennes, afin que les cessions, quelles qu'elles aient été cédées ou le fussent, faites tant à la faveur de celles exceptées et particulièrement énumérées que pour d'autres causes, ou à faire, recevront la teneur des actions sans diminution ».*

[645] (Note de Groenewegen) Voir en argument ledit texte de C. 4, 35, 22 ; durant une année après que cela est venu à sa connaissance, voir la ci-devant dite *Keur* de Delft et les coutumes du Rijnland, art. 57.

décembre 1609. Communément, le *retrait* est appelé ANASTASIEN [ce qui fait référence à la loi d'Anastase donnéeen 506 que l'on trouve dans C. 4, 35, 22], voir Matthæus, *De auctionibus*, lib. I, cap. 16, nb 47 ; Brunemann sur C. 4, 35 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 22 et 23. Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 135, nb 3, [dit] qu'il a été jugé en 1644 que, l'équité le persuadant, cela s'accordait aux usages du Brabant. Cependant, à Anvers, il n'a pas été reçu, voir les coutumes d'Anvers, tit. 60 *(Des plaintes)*, art. 24, p. 176, et le *Précis du droit Belgique*, p. 184, signale que cette loi a été partout abrogée, à moins que l'on ne montre qu'elle a été simplement reçue dans un statut urbain.

Le droit des Flandres ne doit pas être passé sous silence, car ici, le débiteur retrait dans les sept jours et une nuit les biens meubles vendus avec un décret du juge au même prix auquel ils avaient été vendus, voir de Haan sur les lois municipales de Flandre, index général au mot DÉBITEUR.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXIII. Quand un tel droit n'a pas été établi, ledébiteur de la dette vendue en faveur de laquelle une hypothèque spéciale n'a pas été liée, cité en justice par l'acheteur, quoiqu'il n'ait pas ignoré que la dette avait été vendue, pouirra toujours user de la loi d'Anastase [*i. e.* C. 4, 35, 22], voir les thèses XIV et XVII, Groenewegen, dans sa note 645 sur ce chapitre et dans son *De legibus abrogatis* sur C. 4, 35 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 22, nb 4, et van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. 4, cap. 19, nb 25, étant vainement en désaccord. Les coutumes de la Hollande du Sud, chez van der Eick, p. 410, art. 39, d'Amsterdam, voir Roseboom, chap. 35, art. 22 joint au chap. 47, art. 9-11, de La Haye, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 76, p. 201, peuvent commodément être expliquées aussi dans ce sens.

DCLXIV. Cependant, la loi d'Anastase cesse 1°. pour la vente de tout le livre des comptes, voir *Hollandsche consultatien*, part. IV, cons. 195, nb 3 et 4 ; 2°. pour la vente des dettes publiques de Hollande, comme il a été à bon droit répondu, voir *Hollandsche consultatien*, part. V, cons. 89, et part. VI, 2e st., cons. 2, ce qu'aussi ont reconnu et confirmé avec les raisons appropriées les États de Hollande dans la réponse donnée aux États de Groningue le 28 décembre1759, voir le *Nerderlandsch Jaarboek* de 1760, p. 17-19.]

§ 15. Sur la matière d'un retrait, celui qui reçoit quelque chose moitié en don moitié par un achat est tenu comme acheteur [646]. Mais celui qui reçoit quelque chose en partie par un

[646] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 35, 23 ; voyez Reinking, *De retractu*, quæst. 5, nb 54 avec les suivants.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531-532 : *« Par l'empereur Anastase, de divine mémoire, une très juste constitution a été écrite emplie tant d'humanité que de bienveillance, afin que, pour que personne ne supporte la dette d'autrui avec une cession faite à lui et n'obtienne plus du débiteur que ce qu'il a payé à l'auteur de la cession, certains cas étant exceptés, qui sont spécialement, dans cette constitution, contenus. Mais, du fait que ceux qui, sur les frontières, demeurent n'ont pas accordé que cette pieuse disposition reste dans sa nature, trouvant une machination, pour que les créanciers transfèrent une partie, certes, de la dette au titre d'une vente à un autre, mais cèdent la partie restante par une une couleur de donation, venant au secours de la constitution d'Anastase, de façon générale, nous consacrons qu'à personne, il n'est permis de céder une partie, certes, de la dette, l'argent ayant été reçu et la vente des actions ayant été tenue, mais qu'il est considéré en transférer une partie au titre d'une donation et, s'il l'a voulu, donner purement et simplement toute la dette ou, par une donation, transférer les actions, ne pas recevoir de façon cachée ni par des savoir-faire, de l'argent clandestin, publiquement, faire une donation simulée, mais faire partout une donation simple et non dissimulée ; en effet, à des cessions de cette sorte, nous ne sommes pas opposés. 1 - Si quelqu'un, de façon cachée, entreprend de faire, certes, autre chose, qu'il a reçu l'argent pour partie et a vendu en particulier les actions, qu'il simule donner une partie à celui qui supporte l'achat de l'action ou, peut-être, à un autre par le biais d'une personne supposée (parce que nous avons appris que cela avait été assez souvent fait)nous supprimons tout à fait une machination de cette sorte, afin qu'il ne reçoive rien en plus que lui-même, avec un vrai contrat, en réalité, a payé ; mais tout ce qui est de reste et transféré par une donation figurée, nous pensons que cela est sans effet des deux côtés, afin que, ni à celui qui cède les actions ni à celui qui a veillé à les recevoir, rien d'un profit ne soit fait, que ne reste quelque action contre le débiteur ou que, pour les biens lui appartenant, pour les deux de ceux-ci, il y ait une action. 2 - Mais, si quelqu'un a simulé faire une donation, certes, de tout la dette, pour que la donation soit considérée être entière, qu'il a reçu quelque chose de façon cachée, il est approuvé que le prélèvement, pour ce qui a été donné, est seulement partagé et, si cela, par le débiteur, est payé, aucune inquiétude, contre lui ou sa richesse, d'une donation dissimulée, ne naît. 3 - Et il était certes juste que ce remède, aux débiteurs, depuis l'époque d'Anastase, soit accordé, [époque] à partir, aussi, de laquelle la loi a été portée, dont les hommes ont pensé avec ruse qu'elle devait être déchirée. Mais, pour que nous ne soyons pas considérés permettre dans la si grande bienveillance de notre époque*

échange, en parie par un achat est tenu pour acheteur dans le cas où la valeur d'achat porte plus que la valeur échangée [647].

[**Note de Willem Schorer sur la note 646 de Groenexwegen van der Made**

Celui qui acquiert quelque chose en partie avec une donation, en partie avec un achat, est tenu pour l'acheteur. La raison en est que la donation est crue imaginée [faite] en fraude du retrait, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 3, nb 23 ; Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 5, nb 55, p. 192. Mais qu'en est-il du droit quand le bien a été en partie vendu et en partie échangé ? Outre l'auteur, on peut voir ce que tient van Leeuwen dans sa note sur les coutumes du Rijnland, art. 20, nb 2, p. 173. Dans une simple donation, de même, dans un échange, le retrait cesse aussi à Anvers, voir lesdites coutumes, tit. 60 *(Des plaintes)*, art. 27, p. 177. Cette règle est, de façon ferme, générale. Cependant, Anselmo, sur l'Édit perpétuel [de 1611], art. 21, p. 37, signale que cela a été autrement reçu en usage dans les usages du Brabant. Enfin, sur le retrait, il faut faire attention à ce que le prix doit être payé à cette valeur à laquelle il avait été à l'époque contracté, voir Reinking, *De retractus quæstionibus*, quæst. 6, p. 262 et 291 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 22, nb 3 et 7.]

§ 16. Nous avons dit que le retrait est *un droit aussi bien sur un bien vendu que contre le vendeur et l'acheteur* ; car le retrayant peut appeler en justice le bien pour en faire **[334]** le retrait [648], (à savoir dans le cas où le vendeur est propriétaire ; car, autrement, il ne peut avoir aucune action en justice sur le bien [649]) ou il peut actionner en justice contre le vendeur pour apporter le bien [650], comme il est dit, et contre le vendeur pour permettre une telle chose.

§ 17. Les fruits du bien vendu suivent le retrayant [651] après qu'il a consigné en justice l'argent [652].

[§ 17a. À Amsterdam, des biens immeubles ou des navires étant vendus par le fait de gagner un procès, l'achat peut être approché par l'ancienne lettre des échevins ou la connaissance qui vient préjudicier ses arrérages en donnant au premier acheteur d'un tel bien vendu le centième denier de ce qu'il a avant promis de payer. Mais cette approche doit

---

quelque chose de plus pénible, dans les cas futurs après la présente loi, nous pensons que cela est observé, afin que tout ce qui, contre la loi d'Anastase, a été réfléchi, dans le futur, jouisse de notre remède ».

[647] (Note de Groenewegen) Voir Reinking, *De retractu*, quæst. 4, nb 86 avec les suivants ; Tiraqueau, *De utroque retractu municipali*, art. 30 [de la coutume de Poitou], glos. 1, nb 2 avec les suivants, *De retractu conventionali*, liv. XXV, tit. 2, nb 2. En argument ; D. 1, 5, 10 ; la *Keur* de Delft, dans le *Keurboek*, I, fol. 121 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 257 ; voyez en outre la cons. 225.

Extrait du livre I[er] *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« On demande : à qui comparerons-nous un hermaphrodite ? Je pense qu'il faut plutôt juger du sexe qui prévaut en lui ».*

[648] (Note de Groenewegen) Voir Tiraqueau dans ledit traité, § 8, glos. 5, nb 8 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 9, nb 77 avec les suivants, et nb 108 avec les suivants ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. I, decis. 211, nb 4 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata*, liv. XXVI, tit. 13, nb 4 ; Gail, *Observationes,* liv. II, obs. 19, nb 7 ; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 10, art. 11, aux mots *ou deteneur.*

[649] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 17, 54 et 175 § 1 ; règle LXXIX dans le Sexte.

Extrait du livre XLVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'a lui-même ».*

Extrait du livre XI *Sur Plautius* de Paul : *« 1 - Je ne dois pas être d'une meilleure condition que mon garant, duquel le droit passe sur moi ».*

Règle LXXIX : *« Personne ne peut transférer plus de droit à un autre qu'il est reconnu s'en présenter à lui ».*

[650] (Note de Groenewegen) Voir Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 10, art . 11 au mot *acheteur* ; Reinking, *De retractu*, quæst. 9, nb 77.

[651] (Note de Groenewegen) Voir Reinking, *De retractu*, quæst. 8, nb 17 avec les suivants.

[652] (Note de Groenewegen) Voir Reinking dans ladite quæst. 8, nb 69 ; Tiraqueau, *De retractu municipali*, art. 15 [de la coutume de Poitou], glos. 2, nb 15-16 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata juris*, liv. XXVII, cap. 21, nb 6. Voyez en outre ci-devant, § 11, la note 640.

être faite pour les biens immobiliers dans les six semaines et, pour les navires, dans les vingt-quatre heures] [653]

§ 18. En dehors des circonstances ci-devant dites, aucun retrait n'a lieu [654].

[**Note de Willem Schorer sur la note 654 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici qu'outre les autres cas énumérés par lui, [le retrait] n'est pas accordé et ainsi a-t-il été jugé en France le 22 avril 1583 que, pour la vente de grands arbres, de même pour celle de la coupe d'une forêt, il n'y avait pas lieu au retrait, voir Anne Robert, *Rerum judicatarum*, lib. III, cap. 9, nous avons déjà relevé cela ci-dessus § 12, sur la note 643. Cependant, l'avisé Reitz, dans son *Exemplaire juridique inaugural*, p. 42, a indiqué que l'unique exception avait été reçue à Flessingue.]

*

Chapitre XVII
De l'annulation de l'achat [655]

§ 1. L'*annulation de l'achat* a lieu en premier lieu dans le cas où les parties se font mutuellement une remise [656].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXV. Si, avec un consetement mutuel, on s'est écarté d'un achat déjà consommé, il y a un nouvek achat, voir D. 2, 14 *(Des pactes)*, 58, à plus forte raison, quant à un bien immeuble, de nouveau, le quarantième doit être payé, voir la loi du 9 mai 1744, art. 7, à moins qu'avant la cession en justice, pour éviter un procès avec l'acheteur, on ne se soit retité de l'achat, comme cela a été décidé par les États le 5 février 1768, voir *Groot Placaet-boek*, part. IX, p. 1031.]

§ 2. En second lieu, dans le cas où le bien vendu, avant l'accomplissement de l'achat, périt [657].

---

[653] (Note du traducteur) Ce paragraphe a été rajouté dans le manuscrit de Lund.

[654] (Note de Groenewegen) Voyez Reinking, *De retractu*, quæst. 2, 3 et 4.

[655] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)* et C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*.

Ce titre du Digeste comporte 9 extraits et celui du Code, 18 constitutions.

[656] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxix, § 4 ; D. 50, 17, 35.

« § 4. En plus de cela, ces obligations qui, avec le consentement, sont contractées, par une volonté contraire, sont dissoutes. Car, si Titius et Seius ont entre eux consenti à ce que Seius ait l'achat du bien-fonds Tusculan pour cent pièces d'or, qu'ensuite, la chose ne s'étant pas encore ensuivie, , c'est-à-dire le prix n'ayant pas été payé ni le bien-fonds livré, on a agréé entre eux que l'on se retire de l'achat et de la vente, réciproquement, ils sont libérés. Il en est de même pour la prise de bail et l'offre de bail et tous les contrats qui, du consentement, proviennent, comme il a été déjà dit ».

Extrait du livre XLVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il n'y a rien d'aussi naturel que de dissoudre quelque chose comme cela a été assemblé. C'est pourquoi une obligation conclue par des paroles* (verbis) *se supprime par des paroles ; une obligation par un consentement nu se dissout par un consentement contraire ».*

[657] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 57.

Extrait du livre V *Sur Plautius* de Paul : *« J'ai acheté une maison, alors que moi et le vendeur, nous ignorions que celle-ci avait brûlé. Nerva et Sabinus disent que rien n'est vendu, bien que le terrain demeure et que l'on peut réclamer avec une condiction l'argent payé. Mais, si une partie de la maison reste, Neratius dit que, pour cette question, il importe beaucoup [de savoir] quelle partie de la maison détruite par l'incendie demeure, afin que, si certes, la plus grande partie de la maison a été détruite, l'acheteur ne soit pas contraint de réaliser l'achat, mais aussi qu'il réclame peut-être ce qui a été payé par lui ; mais, si au contraire, une moitié ou une moindre partie que la moitié a été détruite, alors, l'acheteur doit être contraint d'accomplir la vente, l'évaluation étant tenue à l'arbitrage d'un homme de bien, de sorte que, ce qui, du prix à cause de l'incendie, a été trouvé le diminuer, du paiement de celui-ci, il soit libéré. 1 - Mais, si au contraire le vendeur savait, certes, que la maison avait été détruite, mais que l'acheteur l'ignorait, aucune vente ne tient, si toute la maison, avant la vente, a été détruite ; mais, si n'importe quelle partie de la construction demeure, la vente tient et le vendeur rendra à l'acheteur ce qui est de son intérêt. 2 - De façon semblable aussi, du point de vue opposé, il faut débattre [de savoir] quand l'acheteur, certes, le savait, mais que le vendeur*

§ 3. En troisième lieu, dans le cas où la totalité de l'achat est conclue par une fraude du vendeur ou autrement, aurait été abandonnée, ainsi, cet achat est annulé à la demande de l'acheteur [658] ; mais, si la mauvaise foi a été des deux côtés, comme supposons deux personnes avaient **[335]** contracté d'un bien qu'elles savaient être volé, ainsi, l'achat aurait été nul depuis le commencement comme s'opposant aux lois [659].

---

l'ignorait ; en effet, ici, il faut que la vente tienne et que tout le prix, par l'acheteur, au vendeur, s'il n'a pas été payé, soit payé ou, s'il a été payé, qu'il ne soit pas réclamé. 3 - Si les deux savaient, l'acheteur et le vendeur, que la maison avait été détruite en totalité ou en partie, rien n'a été fait avec un dol entre les deux parties, en compensant l'action qui provient de la bonne foi, sans accorder que [la vente] tient avec le dol qui, de l'une et de l'autre partie, vient ».

[658] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 44, 5 ; D. 4, 3, 7.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudius Rufus et donnée en 293 : *« Si, étant allé le trouver, le gouverneur de la province a reconnu que, trompé par le dol de l'adversaire, tu avais fait la vente d'un bien-fonds, sachant que dol dol est contraire à la bonne foi qui, principalement, dans les contrats de cette sorte, est demandée, il ordonnera que la vente soit annulée. 1 - Si, légalement, la vente a été réalisée par un majeur de vingt-cinq ans, tu dois entendre que la vente réalisée avec un consentement mutuel ne peut pas être résolue ».*

Extrait du livre XI sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« Et, finement, Pomponius reçoit ces termes "s'il n'y a pas d'autre action", comme si la chose, avec une autre façon, pour celui auquel cette chose appartient, n'a pu être sauvegardée. Ne semble pas, à cette sentence, s'opposer ce que Julianus, dans son livre IV, écrit, [à savoir] que, si un mineur de [moins de] vingt-cinq ans, avec le conseil d'un esclave, circonvenu, l'a vendu avec son pécule et que l'acheteur l'a affranchi, doit être accordée contre l'affranchi, quant au dol, l'action en justice (en effet, nous recevons que l'acheteur est exempt de dol, de sorte que, sur le fondement de l'achat* (ex empto)*, il ne puisse être tenu) ou que la vente est nulle, si, pour cela même qu'il le vende, il a été circonvenu. Et le fait qu'un mineur soit présenté n'induit pas sa remise en l'état initial ; car, contre l'affranchi, aucune remise en son état initial ne peut avoir lieu. 1 - Suivant cela, si, avec une action pénale, à l'indemnisation de celui-ci, l'on peut aviser, il faudra dire que cesse, quant au dol, l'action. 2 - Mais Pomponius dit que, même si l'action est populaire, cesse [de jouer], quant au dol, l'action. 3 - Mais non seulement s'il n'y a pas d'autre action, mais aussi si l'on doute [de savoir] s'il en existe une autre, Labéon pense que, quant au dol, l'action doit être accordée et il fournit l'espèce suivante. Celui qui me devait un esclave sur le fondement d'une vente ou d'une stipulation, lui a donné un poison et l'a ainsi livré, ou bien un bien-fonds et, tandis qu'il le délivre, lui a imposé une servitude ou a détruit des maisons, y a coupé des arbres ou les a déracinés ; Labéon dit que, qu'il ait donné garantie quant au dol ou non, doit être accordée contre lui, quant au dol, l'action en justice, parce que, s'il a donné garantie, il est douteux [de savoir] si se présentera l'action sur le fondement de la stipulation. Mais il est plus vrai que, si, certes, quant au dol, il a été donné garantie, cesse [de jouer] l'action quant au dol, parce qu'il y a l'action sur le fondement de la stipulation ; s'il n'a pas été donné garantie, dans l'action sur le fondement de l'achat, certes, cesse [de jouer], quant au dol, l'action, parce qu'il y a l'action sur le fondement de l'achat, dans l'action sur le fondement de la stipulation, quant au dol, l'action est nécessaire. 4 - Si un propriétaire tue un esclave en usufruit, à l'action de la Loi Aquilia et pour la production, elle s'ajoute, si le propriétaire qui le possède le tue et c'est pourquoi, quant au dol, l'action cesse [de jouer]. 5 - De même, si l'héritier a tué un esclave légué avant l'acceptation de la succession, parce qu'avant qu'il soit devenu [l'esclave] du légataire, il a été tué, cesse [de jouer] l'action de la Loi Aquilia ; mais, quant au dol, l'action en justice, quel que soit le moment où il l'a tué, cesse [de jouer], parce que l'action sur le fondement du testament se présente. 6 - Si ton quadrupède, avec le dol d'autrui, m'a causé un dommage, il est demandé si, quant au dol, j'aurai contre lui, une action. Et pour moi, est décidé ce que Labéon écrit, [à savoir] que, si le propriétaire du quadrupède n'est pas solvable, doit être accordée, quant au dol, l'action en justice, bien que, si l'abandon noxal ne s'est pas ensuivi, je ne pense pas qu'elle doive être accordée, ni sur ce qui est en excédent. 7 - De même, Labéon demande, quand tu as délié mon esclave entravé, si, quant au dol, l'action devra être accordée. Et Quintus, qui le relève sur lui, dit : si, non conduit par la pitié, tu l'as fait, de l'action de vol, tu seras tenu ; si [c'est] avec pitié, une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *doit être accordée. 8 - Un esclave a donné un garant* (reus) *d'un accord à la faveur de sa liberté à son maître sous cette condition qu'après sa liberté, serait transférée sur lui l'obligation ; ayant été affranchi, il n'a pas souffert que, sur lui, l'obligation soit transférée. Pomponius écrit qu'a lieu, quant au dol, l'action en justice. Mais, s'il a tenu au patron d'empêcher que l'obligation soit transférée, il doit être dit que le patron, avec une exception, par le garant, doit être repoussé. Moi, je suis ébranlé : comment, quant au dol, l'action sera-t-elle accordée, lorsqu'il y a une autre action ? À moins, peut-être, que l'on ne dise que, parce qu'avec une exception, le patron peut être repoussé s'il agit en justice contre le débiteur, il doit être dit, comme s'il n'y avait aucune action qui, avec l'exception, est repoussée, quant au dol, elle doit être décidée ; pourtant, le patron est alors repoussé s'il ne veut pas, comme garant, recevoir l'affranchi. Au garant* (expromissor)*, clairement, contre l'affranchi, devra être accordée l'action quant au dol ; ou bien, si n'est pas solvable le garant, au maître, elle sera accordée. 9 - Si, avec un dol, un procurateur a souffert de vaincre mon adversaire, afin qu'il soit absous, il peut être demandé si, quant au dol, à moi, contre celui qui a vaincu, il va se présenter. Et je pense qu'elle ne se présente pas, si le défendeur s'est préparé à transférer l'action sous cette exception "s'il y a eu collusion" ; autrement, quant au dol, l'action devra être accordée, à savoir, si, contre le procurateur, on ne peut pas agir en justice, parce qu'il ne sera pas solvable. 10 - De même, Pomponius rapporte que le préteur Cæcidianus n'avait pas accordé, quant au dol, l'action contre celui qui avait affirmé qu'était approprié celui auquel un prêt d'argent était remis, ce qui est vrai ; car, si ce n'est à partir d'une grande et claire tromperie, ne doit pas, quant au dol, être accordée l'action ».*

[659] (Note de Groenewegen) Voir D. 18, 1, 34 § 3.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der keessel**

DCLXVI. L'achat auquel le dol du vendeur a donné lacause peut être annulé sans remiise en l'état initial ou plutôt, doit être déclaré nul, avec la naissance d'une action ordinaire sur le fondement de ce même contrat.]

§ 4. En quatrième lieu, dans le cas où l'acheteur, par un fraude du vendeur, sans le savoir, a acheté quelque chose de défectueux, ainsi, l'achat eut être annulé à la demande de l'acheteur, dans ce cas, autrement, il n'aurait pas conclu l'achat ou aussi, si une telle chose n'était pas, dans le cas où le défaut donne un empêchement à l'utilisation de la chose et que l'acheteur le demande dans l'année, comme cela est dit ci-dessus [660].

[**Note de Willem Schorer sur la note 660 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici quant à l'annulation de la vente est vrai, cependant, avec une certaine limitation dont [nous avons] déjà [parlé] ci-dessus, chap. XV, § 7, sur la note 612.]

§ 5. En cinquième lieu, dans le cas où l'acheteur ou le vendeur, sur le prix d'achat, ont payé au-dessus de la moitié de la juste valeur ; bien qu'il n'y ait eu aucune fraude d'un côté ou de l'autre, ainsi, la partie lésée peut donner le choix à l'autre [de voir] si elle veut annuler l'achat, alors, si elle veut augmenter ou diminuer la valeur d'achat selon la juste valeur [661] ; mais, puisque cette manière de restauration concerne le plus souvent tous les contrats, il en sera parlé en général plus largement par la suite [662].

*

Chapitre XVIII
De la concession d'une emphytéose [663]

§ 1. Une *concession d'emphytéose* est *une convention par laquelle quelqu'un s'oblige sur son service à donner à un autre un droit d'emphytéose et l'autre, à accepter cela contre un devoir d'emphytéose* [664].

§ 2. *Une convention* ; ci-dessus [665], nous avons parlé **[336]** du droit d'emphytéose pour autant qu'il est une propriété incomplète ; ici, nous parlons de la convention qui, en elle-même, ne peut donner aucune propriété pleine ou incomplète, mais qui y donne seulement un droit.

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même, si l'acheteur et le vendeur savent que ce qui est vendu est volé, par aucune des deux parties, l'obligation n'est contractée ; si l'acheteur seul le sait, le vendeur ne sera pas obligé et, cependant, sur le fondement de la vente, rien ne peut être obtenu, s'il ne fournit pas ce que l'on a convenu de part et d'autre ; si le vendeur le sait et que l'acheteur l'a ignoré, de part et d'autre, l'obligation est contractée et ainsi, Pomponius aussi l'écrit-il ».*

660 (Note de Groenewegen) Voir dans le chapitre XV, § 7, notes 611, 612 et 613.

661 (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 44, 2.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Lupus et donnée en 285 : *« Si toi ou ton père, vous avez vendu un bien de grand prix à un prix moindre, il est humain qu'en rendant le prix aux acheteurs, tu reçoives le bien-fonds, l'autorité du juge intervenant, ou si l'acheteur l'a choisi, que tu reçoives ce qui manque au juste prix. Mais un prix est considéré être moindre, si la moitié du véritable prix n'a pas été payée ».*

662 (Note de Groenewegen) Dans le dernier chapitre.

663 (Note de Groenewegen) Voir D. 6, 3 *(Si une terre louée pour de l'argent, c'est-à-dire emphytéotique, est réclamée)* et C. 4, 66 *(Du droit emphytéotique)*.

Le titre du Digeste renferme 3 extraits et celui du Code, 4 constitutions.

664 (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *Si ager vectigalis*, nb 2.

665 (Note de Groenewegen) Voir le liv. II, chap. XL.

§ 3. *Donner* ; qu'il stipule un certain argent comptant ou non ; et ceci peut aussi être fait sans un écrit [666].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXVII. Grotius enseigne à bon droit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 3, que le contrat d'emphytéose peut être conclu sans un écrit.]

§ 4. *Contre un devoir de l'emphytéote* ; à savoir contre le paiement annuel de la rente emphytéotique [667] à laquelle l'emphytéote peut être contraint, bien que, déjà il n'ait pas joui du bien avant un certain temps [668], à moins que la rente emphytéotique ne soit très lourde [669] et que la cause d'empêchement ne durât longtemps, comme une guerre [670], ou qu'autrement, il n'apparaisse que, dans la convention sur les fruits, une considération ne fût prise [671].

§ 5. Du droit de cessation par défaut de paiement, il est parlé ci-dessus [672].

---

[666] (Note de Groenewegen) Voir Willem Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 24 ; Wesembeck, *Paratitla*, *Si ager vectigalis*, nb 2 ; les docteurs sur C. 4, 66 *(Du droit emphytéotique)* ; Guido de Suzaria dans son traité *De jure emphyteutico*, nb 4. Voyez en outre le livre II, chapitre XL, § 3, note 894.

[667] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 3 ; D. 6, 3 1 et 2.

« § 3. Mais la vente et l'achat sont considérés avoir quelque parenté entre eux, de même le louage et la prise de bail, d'une façon telle que, dans certaines causes, on demande ordinairement si un achat et une vente sont contractés ou une offre de bail et une prise de bail. Comme par exemple, quant aux biens-fonds, à perpétuité, à certains, sont livrés pour en jouir, c'est-à-dire aussi longtemps que le loyer ou le revenu en faveur de ceux-ci, au propriétaire, est payé et, au preneur lui-même ni à son héritier ou à celui auquel le preneur ou son héritier l'a vendu, donné, au titre de la dot, remis ou avec un autre moyen, aliéné, il ne sera pas permis de l'enlever. Mais un tel contrat, parce que, parmi les anciens, on en doutait et que par certains était pensée une vente, par certains autres, une offre de bail, une loi a été faite par Zénon (cf. C. 4, 66, 1) *qui, pour le contrat d'emphytéose, a statué une nature propre qui n'inclinait ni sur une vente ni sur une offre de bail, mais qui, avec leurs pactes, devait être soutenue et, si, certes, quelque chose avait été conclu, cela faisait ainsi comme si le contrat était naturel ; mais si au contraire, rien, quant au risque, n'avait été conclu, alors, si, certes, la disparition de tout le bien s'était ajoutée, sur le propriétaire, sur cela, le risque retombait ; mais, si au contraire [il est] particulier, sur l'emphytéote, un dommage de cette sorte revient ».*

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Certaines terres des cités sont appelées [des terres] louées pour de l'argent, d'autres non. Sont appelées louées pour de l'argent celles qui, à perpétuité, sont louées, c'est-à-dire, sous cette loi qu'à la faveur de celles-ci, la rente est acquittée aussi longtemps, non pour ceux-là mêmes qui les ont prises à bail ; et, à ceux qui, à leur place, ont succédé, il ne sera pas permis de les leur enlever ; ne sont pas louées pour de l'argent celles qui, pour être cultivées, sont données, d'une façon telle que nous sachions qu'à titre privé, nous donnons ordinairement nos terres pour les cultiver. 1 - Ceux qui, à perpétuité, ont pris à bail un bien-fonds pour en jouir des concitoyens des municipes, bien qu'ils n'en soient pas faits propriétaires, cependant, on a décidé que se présentait à ceux-ci une action sur le bien* (in rem) *contre n'importe quel possesseur, mais aussi contre les concitoyens des municipes eux-mêmes, … »*

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« …, ainsi, cependant, s'ils acquittent la rente ».*

[668] (Note de Groenewegen) Voyez Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 8, nb 5 ; D. 19, 2, 25 § 2.

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 2 - Si, un voisin construisant, les lumières de la salle à manger sont obscurcies, le bailleur en est tenu envers le locataire ; mieux, de façon certaine, il sera permis au colon ou au locataire de laisser la prise de bail, il n'y a aucun doute. Quant aux loyers aussi, si, contre lui, on agit en justice, il faut tenir compte de l'examen. Nous entendons la même chose, si le bailleur ne remet pas en leur état initial les portes ou les fenêtres trop endommagées ».*

[669] (Note de Groenewegen) Voir Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 23, nb 24 dans le passage 9 de la limitation et nb 25.

[670] (Note de Groenewegen) Voir Gail dans ladite obs. 23, nb 23 ; Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 8, nb 6 ; Fachinæus, liv. VIII, cap. 90.

[671] (Note de Groenewegen) Voir en argument *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 3 aux mots *si quidem aliquid pactum* ; C. 4, 66, 1 aux mots *in quo cuncta.*

« § 3. (…) et, si, certes, quelque chose avait été conclu, cela faisait ainsi comme si le contrat était naturel ; (…) ».

Constitution de Zénon adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476/484 : *« (…) dans lequel toutes les choses qui sont décidées entre les deux parties cocontractantes sur tous les cas, même fortuits, dans les accords passés et mis par écrit, devront être gardées par tous moyens intégralement et fermement de façon stable et perpétuelle (…) ».*

[672] (Note de Groenewegen) Dans le liv. II, chapitre XL, § 19.

§ 6. L'emphytéote est tenu de ce paiement à la fin de chaque année [673] sans qu'il puisse contraindre le propriétaire à recevoir une année en provision [674].

§ 7. Cette convention peut être faite comme les autres sous une condition ou sous un terme [675].

§ 8. Toutes les charges qui reviennent annuellement sont supportées par l'emphytéote [676], mais les autres charges **[337]**, par le propriétaire, à moins que, par les lois, il ne fût fait mention de l'emphytéote ou qu'il n'apparût que considération fût prise sur les fruits [677].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

[673] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *emphteusis*, quæst. 12, nb 1 ; les docteurs sur C. 4, 66 [*Du droit emphytéotique*], 2 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 609, lettre C, vol. VI, concl. 273, lettre P, vol. VII, concl. 335, lettre S ; D. 45, 1, 24.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Paul : *« Si, sur le fondement d'une stipulation, un pupille doit Stichus, on ne considérera pas que, par son biais, un retard soit fait, de sorte que, lui étant mort, il en soit tenu, si ce n'est avec l'autorité de son tuteur ou si le tuteur seul en est empêché ».*

[674] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 12, nb 2 ; les docteurs sur ledit texte de C. 4, 66, 2 ; Decio sur D. 50, 17 *(Des règles du droit ancien)*, 17, nb 7.

[675] (Note de Groenewegen) Voir en argument *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 3 aux mots *si quidem* ; C. 4, 66, 2, et là, Azon.

« § 3. (…) et, si, certes, quelque chose avait été conclu, cela faisait ainsi comme si le contrat était naturel ; (…) ».

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Dans les contrats emphytéotiques, nous consacrons que, si certes des accords avaient été rédigés dans des instruments emphytéotiques, ceux-ci seront observés dans tous les autres articles et au sujet de la récusation de celui qui reçoit l'emphytéose, s'il n'a pas fourni le loyer ordinaire ou les quittances des fonctions publiques. Mais, si au contraire, rien n'a été accordé sur cet article, mais qu'il n'a pas payé l'argent durant la totalité des trois années, ni remis les quittances au responsable des tributs, il sera permis à celui qui le veut de le chasser des terres emphytéotiques, nulle allégation au titre d'une amélioration de ce que l'on appelle des travaux d'amélioration* (εμπονεματα) *ou d'une peine ne lui étant opposée à l'avenir ; mais, lui devant être de toute façon chassé (si le propriétaire le voulait) et ne prétextant pas qu'il n'a pas été inquiété sur cette cause, alors qu'il faut que personne n'attende une convention ou un avertissement, mais se présente de son propre mouvement et paie totalement sa dette avec une volonté spontanée, suivant ce qui a été prévu par une loi précédente de notre divinité. Mais, pour que, sur le fondement de cette raison, une possibilité ne naisse pas pour les propriétaires de chasser leurs preneurs emphytéotiques et de ne pas vouloir recevoir le revenu, de sorte qu'à partir d'une machination de cette sorte, les trois années étant écoulées, celui qui a reçu l'emphytéose tombe de son droit, nous lui accordons l'autorisation, l'attestation ayant été fournie à l'avance, de présenter l'argent, ceci ayant été scellé et déposé selon la loi, et de ne pas craindre le risque d'une récusation ».*

[676] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 2 aux mots *sin autem* et là, Giasone del Maino, nb 2 et les autres docteurs ; Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 46.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« (…) Mais, si au contraire, rien n'a été accordé sur cet article, mais qu'il n'a pas payé l'argent durant la totalité des trois années, ni remis les quittances au responsable des tributs, il sera permis à celui qui le veut de le chasser des terres emphytéotiques, nulle allégation au titre d'une amélioration de ce que l'on appelle des travaux d'amélioration* (εμπονεματα) *ou d'une peine ne lui étant opposée à l'avenir ; (…) ».*

[677] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 7, 2, 7 §§ 2-3.

Extrait du livre XVII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - D'un bien immobilier, comme par exemple une maison, l'usufruit ayant été légué, tout le revenu qui en vient appartient à l'usufruitier et chaque revenu qu'il y a provenant des bâtiments, des terrains et des autres choses, et tout ce qui appartient aux maisons. D'où, on a décidé que ce celui-ci était mis en possession des maisons voisines à raison du dommage non encore survenu* (damnum infectum) *et que, selon le droit de propriété, il posséderait ces maisons, si l'on continuait à ne pas en donner garantie et qu'il ne perdait rien, une fois terminé l'usufruit. Avec cette raison, Labéon écrit qu'il n'était pas permis au propriétaire, contre ton gré, de l'élever plus haut, de même que, l'usufruit d'une surface ayant été légué, une construction, sur la surface, ne peut être placée ; je pense cette opinion vraie. 2 - En conséquence, parce que tout le fruit du bien lui appartient, Celsus, dans le livre XVIII de ses Digestes, écrit qu'il est aussi contraint par l'arbitre, de réparer les maisons, cependant seulement jusqu'à ce point, de sorte qu'il l'ait en bon état d'entretien ; si, par quelque vétusté, ils s'écroulaient, qu'aucun d'entre eux n'est contraint de les réparer, mais que, si l'héritier les avait réparés, il souffrirait que l'usufruitier en use. D'où Celsus, quant au moyen de les avoir en bon état, pose la question [de savoir], quand, par quelque vétusté, elles s'écroulent, si [l'usufruitier] n'est pas contraint de les réparer ; en conséquence, la réparation lui revient, parce qu'il reconnaît d'autres charges avec le legs de l'usufruit, comme par exemple la contribution, le tribut, les gages ou les aliments laissés par ce bien. Et ainsi, Marcellus l'écrit-il dans son livre XIII ».*

DCLXVIII. Les charges extraordinaires imposées aux biens immeubles sont considérées regarder dans l'emphytoéose non le propriétaire direct, mais l'emphytoéote, à raison du droit perpétuel qu'il a ; la cause de l'usufruitier ou de celui qui a été grevé d'un fidéicommis est différente.]

§ 9. Cette convention est dénouée non seulement par une destruction de la chose [678] et par les autres manières dites dans l'exposé du droit d'emphytéose [679], mais aussi par le consentement du propriétaire et de l'emphytéote [680].

§ 10. La convention étant terminée en dehors d'un délit de l'emphytéote, tous les bâtiments et autres améliorations de la chose appartiennent à l'emphytéote ; le propriétaire doit les lui faire suivre ou en payer la valeur [681].

[**Note de Willem Schorer sur la note 681 de Groenewegen van der Made**

Mieux, bien que l'emphytéose, à raison de la faute de l'emphytéote, tombe dans une confiscation, pour cette raison, elle n'admet pas d'améliorations, du fait que la pénalité avait été établie sur celui qui établit l'emphytéose, mais non sur la perte des améliorations, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 52.

Pour recouvrer les améliorations, il faut observer que, si, certes, il a été dépensé plus que vaut maintenant l'amélioration, seule l'estimation de l'amélioration doit être rendue ; mais, si au contraire, il a été dépensé moins que vaut l'amélioration, les seule dépenses doivent être restituées, voir Voet, lib. 6, tit. 3, nb 53, et ci-dessus, liv. II, chap. X, § 8, note 269.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCVLXIX. L'emphytéose ayant été confisquée par une faute, l'emphytéote, pas même au titre des améliorations qu'il n'était pas tenu de faire à partir de la loi du contrat, ne doit être conservé préservé de tout dommage par le propriétaire direct, voir C. 4, 66 *(Du droit d'emphytoéose)*, 2, loi dont les arguments portés au contraire par Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 6, tit. 3, nb 52, ne peuvent pas vaincre l'autorité.]

---

[678] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 66, 1.

Constitution de Zénon adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 476/484 : *« Nous avons établi que le droit emphytéotique ne doit pas être ajouté aux titres de la location et de la vente, mais que ce droit est un troisième droit, séparé des deux autres par l'association ou la ressemblance des contrats rappelés : il a une expression et une définition propres et il est juste qu'il soit un contrat valide dans lequel toutes les choses qui sont décidées entre les deux parties cocontractantes sur tous les cas, même fortuits, dans les accords passés et mis par écrit, devront être gardées par tous moyens intégralement et fermement de façon stable et perpétuelle, de telle façon que, si, entre-temps, ces choses survenaient par cas fortuits, qui n'avaient pas été définies dans l'accord de la convention, si du moins un grand dommage apparaissait qui causerait encore la destruction de la chose même qui avait été donnée par l'emphytéose, il serait imputé, non au preneur emphytéotique, auquel il n'est rien resté, mais au propriétaire du bien qui n'avait envisagé dans aucun contrat ce qui surviendrait par fatalité. Mais, si au contraire, se produit un dommage particulier ou autre de peu d'importance, par lequel la substance même de la chose serait à peine endommagée, il ne fait aucun doute que cela doive être à la charge propre du preneur emphytéotique ».*

[679] (Note de Groenewegen) Voir dans le liv. II, le chapitre XL.

[680] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 17, 35.

Extrait du livre XLVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il n'y a rien d'aussi naturel que de dissoudre quelque chose comme cela a été assemblé. C'est pourquoi une obligation conclue par des paroles* (verbis) *se supprime par des paroles ; une obligation par un consentement nu se dissout par un consentement contraire ».*

[681] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. xxviii, § *si vassalus* ; Nieuwstadt, obs. 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 6, defin. 6 ; Clarus, § *emphyteusis*, quæst. 45 ; Coras sur C. 4, 66 [*Du droit emphytéotique*], 2, nb 19 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. III, concl. 225, lettre E ; Garcia, *De expensis et meliorationibus*, cap. 6, nb 23 ; Ayres Pinhel sur C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, part. II, cap. 3, nb 8-9 ; Paul van Christijnen, *Decisiones curiæ Belgicæ*, vol. III, decis. 121, nb 7 ; Dumoulin sur la coutume de Paris, art. 1, glos. 5, nb 76 avec les suivants ; Fachinæus, liv. I, cap. 92 à la fin ; *Codex Fabrianus*, liv. III, tit. 43, defin. 24 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 121, nb 15.

« Si le vassal a fait quelque construction sur son fief, ou l'a amélioré avec son argent et qu'il arrive par la suite que le vassal décède sans fils mâle, le seigneur souffrira que l'on enlève la construction, ou paiera le prix de l'amélioration. De même, je dis que, s'il acquiert une servitude pour le fief à un prix, certains autres disent qu'il appartient absolument au seigneur ».

*

Chapitre XIX
De l'offre de bail et de la prise de bail [682]

§ 1. Un *louage est une convention par laquelle quelqu'un à faire suivre à un autre son propre service, le service d'un autre homme ou animal, ou l'utilisation de quelque autre chose, et l'autre s'oblige au paiement d'un loyer* [683].

§ 2. Une *convention* [684], laquelle est entendue être conclue non seulement par des termes exprès, mais **[338]** aussi tacitement, dans le cas où le bailleur, après l'expiration du bail, reste dans la jouissance de quelque maison, car, par là, le bail est entendu être prolongé pour autant de temps que celui-ci était auparavant conclu [685].

[**Note de Willem Schorer sur la note 685 de Groenewegen van der Made**

Du fait qu'il a agréé aux États de Hollande de promulguer l'édit du 3 avril 1677, voir dans le vol. III, des ordonnances, p. 1037, dans lequel il a été disposé que la location des biens-fonds ruraux ou urbains ne soit pas faite sans un écrit ou un papier scellé, l'action pour le loyer , l'hypothèque légale ou la rétention sur ce qui y a été amené ou apporté ayant été refusées au bailleur, mais ai preneur privé de toute poursuite de l'usage, bien que l'offre de bail et la prise de bail soient incontestées, outre l'imposition d'une amende pécuniaire envers les transgresseurs, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 2, il s'ensuit que maintenant, la sentence de l'auteur est tout à fait tombée en désuétude.

En effet, l'ordonnance alléguée a été par la suite renouvelée le 28 août 1716 (voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. V, p. 1123) et dernièrement, dans l'édit des États de Hollande quant au papier scellé, où il a été en outre statué qu'aussi le prix convenu tombait en confiscation. De plus, si la location d'un bien-fonds urbain n'a pas été rédigée par écrit dans les trois mois, mais celle d'un bien-fonds rural dans les six mois, le loyer d'un an, pourvu qu'il ne dépasse pas le montant de 600 florins, est confisqué, voir l'ordonnance sur le petit sceau du 30 septembre 1744, art. 61.

La même chose a été aussi disposée en Zélande tout récemment dans presque les mêmes termes, si ce n'est aussi que, dans le premier cas, on cède au fisc les loyers seulement jusqu'à 600 florins. En outre, ici, le bailleur qui grève les biens du preneur avec un arrêt, subit une peine de 25 florins. Voyez l'art. 38 de l'ordonnance du petit sceau du 6 septembre 1764 (*Lyst van der ordinatien op de Gemeene middelen van Zeeland [Liste des ordonnances sur les moyens communs de Zélande]*, part. III, lettre 6 M).

---

[682] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, D. 19, 2 *(De l'action de louage et de prise de bail)*, C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*.

Le titre des *Institutes* est composé, outre le prologue, de 6 paragraphes. Le titre du Digeste renferme 62 extraits et celui du Code, 34 (ou 35, si l'on y rajoute le texte grec ajouté par Mommsen) constitutions.

[683] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *D. locati* [D. 19, 2], nb 3.

[684] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 52 ; C. 4, 65, 11 ; D. 39, 4, 9 § 1.

Extrait du livre XXXI *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si, pour dix, je te loue un bien-fonds, mais que toi, tu juges qu'à cinq, tu l'as pris à bail, il n'est rien fait ; mais, si moi, j'ai pensé le louer à moins et que, toi, tu le prenais pour plus, en tout cas, la prise à bail ne sera pas à plus que ce que, moi, je l'ai pensée ».*

Constitution de Philippe adressée à Aurelius Theodorus et donnée en 244 : *« Tu exposes que le dommage qui, par une agression de brigands, sur les possessions louées de ton bien, a été porté, par la propriétaire de ces mêmes possessions que tu dis ne pas faire l'accusée d'un crime, sans raison, tu souhaites qu'il soit réparé ».*

Extrait du livre V des *Sentences* de Paul : *« . 1 - De prendre à bail l'impôt, contre son gré, personne n'est contraint et c'est pourquoi, la période en étant accomplie, ils doivent être reproposés en bail ».*

[685] (Note de Groenewegen) Mais d'autres juristes entendent que la location, dans ce cas, n'est pas prolongée plus loin que pour le temps que le bailleur a habité la maison après le départ de la maison et, selon cela, il est tenu de vider la maison dans un temps convenable tel qu'il a comme nécessaire pour se trouver convenablement d'un autre logement dans le sien, voir D. 19, 2, 13 § 11, selon l'entendement commun, la glose et les docteurs, voir ici, §§ 4 et 5, les notes 690 et 691. Cela s'accord avec la pratique d'aujourd'hui, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 16. En outre, [pour voir] si et comment cela a lieu pour le louage de terres, voir Groenewegen dans ledit endroit.

Il n'y a pas lieu au renouvellement tacite de la location chaque fois que le bailleur a commencé à être fou ou est mort et qu'il n'y a pour lui aucun héritier, la location étant finie, voir Voet, lib. 19, tit. 2, nb 11.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXX. L'offre de bail et la prise de bail des birns-fondsurbainbs (nous parlerons de même séparément des biens-fonds ruraux) peuvent être faite sans un écrit, comme onb peut le raasssembler à partir de ces mêmes lois quant à la taxe du sceau de 1677, art. 59, de 1744 et 1794, art. 61 dont les objets ne sont pas en désaccord.

DCLXXI. En conséquence, la location d'une maison peut être continuée avec un consentement tacite ;dans ce cas, il semble avoir été reçu dans l'usage que, qu'elle ait été contractée aupravant pour un certain temps par un écrit ou non, la location dure tant quer le preneur y a habité après la fin de la première [location], voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 16 ; toutefois, cela aété trempéré dans certains statuts ainsi, afin qu'avant un certain temps, le preneur ne soit pas chassé, voir Roseboom, *Keuren van Amsterdam*, chap. 5, art. 11 ; *Keuren* de Leyde, art. 133 ; voyez les *Rechtsgeleerde obse »rvatien*, part. II, obs. 78. Le satut de Haarlem sur les locations du 9 septembre 1710 et les *Keuren* de Haarlem, part.I, p. 211, ont jugé que tout doute devait ici être supprimé avec unedéclarationvenant en son temps. Mais Roseboom, sur lesdits art. 33 et suivants, enseigne ce qui aura été reçu à Amsterdam pour la location de greniers.]

§ 3. Mais une location de terres ne peut pas être conclue en Hollande sans la connaissance des échevins [686] ou un écrit signé par le propriétaire ; autrement, la location est non seulement nulle, mais le bailleur ou son héritier, ou celui qui a obtenu son droit, restant en possession de la terre et se faisant citer en justice sur cela, en plus de l'évacuation, de tous les frais, dommages et pertes, est tenu à la moitié de la valeur du bien loué comptée à cinq pour cent d'après le dernier loyer, bien qu'aussi, après le procès, ils se connussent dissemblables et qu'ils eussent consenti à l'évacuation ; mais, dans le cas où ils persistent dans la possession jusqu'au jugement définitif, ainsi, ils encourent, outre les ci-devant dits frais, dommages et pertes, le paiement de la valeur entière des biens comme dit auparavant. Cela a été ordonné anciennement [687] et récemment [688] pour contraindre la hardiesse des emphytéotes en entretenant avec force cela sous des prétextes frivoles de location ou de nouvelle location des propriétaires.

[**Note de Willem Schorer**

Mais une location de terres. L'auteur enseigne ici que la location n'est pas valide à moins de n'être faite devant la loi du lieu ; toutefois, cela n'a pas été reçu dans les usages, du fait qu'aujourd'hui, elle n'attribue aucun droit sur le bien, bien que la location soit faite pour une longue durée, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. 24, cap. 22, nb 5 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 1, et les auteurs ici allégués.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

[686] (Note de l'éditeur) Mais voyez en outre ledit traité *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 24.

[687] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 22 janvier 1515 ; C. 4, 65, 34. Pour cela, est utile le privilège du duc Philippe de Bourgogne du 18 juin 1452.

Constitution de Zénon adressée à Sebastianus, Préfet du prétoire, et donnée en 484 : *« Les preneurs qui détiennent la possession des biens d'autrui ou une autre possession de n'importe quel bien à titre précaire, ou leurs héritiers, s'ils n'ont pas restitué celle-ci aux propriétaires qui veulent la recouvrer, mais ont attendu le procès jusqu'à la sentence définitive, non seulement sont contraints à payer le bien loué, mais aussi, l'estimation de celui-ci à la partie gagnante à la ressemblance de l'envahisseur de la possession d'autrui ».*

[688] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de police, art. 30, 31 et 33. Cela n'est cependant pas observé si strictement dans ces pays ni en France, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 34.

DCLXXII. La sentence commune des interprètes du droit hollandais [qui dit] que l'offre de bail et la prise de bail des biens-fonds ruraux ne sont valides sans un écrit ni à partir de la loi de Charles Quint du 22 janvier 1514, ni à partir de l'ordonnance de police, art. 31, mises en lumière par les lois du 26 septembre 1658 et du 24 février 1696, peut être approuvée. La sentence de ces lois est que les colons, sous la couleur d'une continuation ou d'un renouvellement de la location, contre le gré du propriétaire, ne peuvent pas rester sur le bien-fonds, mais que, la période du contrat étant terminée, ils doivent aussitôt partir de la terre prise à bail, à moins qu'ils ne prouvent par le biais d'une écrit que la location a été continuée. Mais, cet écrit faisant défaut, ceux-ci, après qu'ils ont quitté la terre, ne doivent pas moins être entendus en justice, c'est-à-dire qu'ils peuvent soutenir que la location a été continuée sans un écrit et les termes desdites loi l'attestent, et, à partir de ces mêmes lois sur la taxe du sceau public, art. 61, cela est facilement prouvé ; à partir des décisions de la Cour, dans les *Sententien van den hooge en provinciaale Raad*, decis. 27, et chez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 24, nb 5, qui admettent ici une autre preuve, cela est confirmé de façon appropriée.

Il semble que cette même doctrine doit être reçue aussi quant au droit de Zélande à partir de la loi du 26 janvier 1664, art. 1, et de la loi sur la taxe du sceau du 21 septembre 1756, art. 40.]

§ 4. *Le service* ; car c'est la même chose si je promets **[339]** mon service ou le service d'un autre homme ; mais, dans le cas où quelqu'un promet à quelqu'un de faire un anneau et d'y fournir le matériau, puisqu'ici, une vente et une prise de bail viennent ensemble, ainsi, un contrat de cette sorte, d'après ce qui vaut le plus, est jugé et c'est pourquoi il est tenu pour une vente [689] ; mais, dans le cas où quelqu'un donne à vendre son bien sous une certaine évaluation à un autre, une telle chose n'est pas tenue pour un achat ni pour un mandat ni pour un bail seulement, mais pour un contrat particulier par lequel un tel bien, après la convention, vient immédiatement au risque de celui qui le reçoit [690].

[**Note de Willem Schorer**

[Un contrat particulier] par lequel un tel bien. Grotius signale que le risque du bien vendu passe immédiatement à celui qui le reçoit, ce qui est vrai sans limitation ; car le risque regarde celui qui

---

[689] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv, § 4 ; D. 19, 2, 2 § 1.

« § 4. Mais l'achat et la vente sont considérés avoir une certaine familiarité entre eux, de même, l'offre de bail et la prise de bail, à un point tel que, dans certaines causes, on demande ordinairement si un achat et une vente sont contractés ou une offre de bail et une prise de bail. Comme par exemple, quant aux biens-fonds qui, à perpétuité, à certains, pour en jouir, sont livrés, c'est-à-dire pour qu'aussi longtemps que le loyer ou le revenu pour ceux-ci, au propriétaire, est payé et qu'au preneur lui-même ni à son héritier ou celui auquel le preneur ou son héritier n'a vendu ou donné ce bien-fonds, au titre d'une dot, ne l'a donné ou d'une autre façon, ne l'a aliéné, il sera permis de l'obtenir. Mais un tel contrat, parce que, parmi les anciens, il était douté par certains si une location était pensée, par d'autres, une vente, la loi de Zénon (cf. C. 4, 66, 1) *a été portée, pour le contrat d'emphytéose, a statué sa nature propre qui n'inclinait ni pour une location ni pour une vente, mais qui, avec ses pactes, devait être soutenue ; et, si, certes, quelque chose a été accordé, cela tient ferme comme si le contrat était naturel ; si au contraire, rien, quant au risque, du bien, n'avait été accordé, alors, si, certes, la disparition de tout le bien s'est ajoutée, sur le propriétaire, sur cela, retombe le risque, s'il est particulier, sur l'emphytéote, un risque de cette sorte vient. De cette règle, nous usons ».*

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« 1 - Mais l'achat et la vente sont considérés avoir quelque parenté, de même, l'offre de bail et la prise de bail, à un point tel que, pour certaines choses, l'on a coutume de demander si ce sont un achat et une vente ou une offre de bail et une prise de bail. Comme, quand, avec un orfèvre, j'ai convenu que ce dernier me fasse, à partir de son or, des anneaux d'un certain poids et d'une certaine forme, et qu'il a accepté trois cents, est-ce un achat-vente, ou une offre de bail-prise de bail ? Mais on a décidé qu'il y avait une seule affaire et qu'elle était plutôt un achat-vente. Si moi, j'ai remis de l'or en loyer pour un travail fixé, il ne fait pas de doute qu'il y a offre de bail-prise de bail ».*

[690] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 3, 1 § 1 ; voyez Costalius là, et D. 19, 5, 17 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais l'évaluation joue au risque de celui qui reçoit [le bien à évaluer] : en conséquence, il devra rendre la chose elle-même en bon état ou l'évaluation dont on a convenu ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si je t'ai remis des perles à évaluer pour que tu m'apportes les mêmes ou leur prix, qu'ensuite, celles-ci ont péri avant la vente, à qui revient le risque ? Labéon dit que, et c'est ce que Pomponius a écrit, si, certes, moi, le vendeur, je te l'ai demandé, le risque est le mien ; si toi, [tu me l'as demandé], [il est] le tien ; si aucun de nous deux [ne l'a demandé], mais seulement, si nous y avons consenti, tu en es tenu jusqu'à seulement, me garantir le dol et la faute. Mais l'action, sur le fondement de cette cause, sera en tout cas "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *».*

donne, si celui-ci a consulté celui qui le reçoit, tandis que, pour lui, il n'y a pas une abondance d'espèces [monétaires] ; en sens contraire, le risque regarde celui qui le reçoit, si la vente a été faite en sa faveur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 3, nb *2*.

Si celui qui a reçu un bien à vendre à un certain prix l'a vendu moins cher, il n'est pas moins tenu de remettre le prix entier au propriétaire, si au contraire, [il l'a vendu] plus cher, il restitue aussi au propriétaire ce qui dépasse l'estimation, voir Voet, lib. 19, tit. 3, nb 2.]

§ 5. *Quelque autre bien*, meuble ou immeuble, propre ou sur lequel quelqu'un a quelque droit, comme par exemple un usufruit viager [691] ou aussi, à quelqu'un de totalement étranger [692] ; dans ce cas, le bailleur qui ne peut pas apporter l'utilisation est tenu à tous les frais, dommages et pertes [693], de la même façon qu'il est dit d'un vendeur ; mais le contrat par lequel quelqu'un loue ce qui lui appartient en pleine propriété ou en droit d'usage est tenu pour nul [694].

---

[691] (Note de Groenewegen) Voir D. 7, 1, 13 § 8 et 27 § 1. Voyez en outre D. 19, 2, 89 § 1.

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 8 - De même, si l'usufruit d'une maison a été légué, l'usufruitier ne doit pas faire à cet endroit des appartements, ni les diviser par pièces, [vis-à-vis] des maisons ; pourtant, il peut la louer, mais il faudra que, comme une maison, il la loue. Un bain ne doit pas y être fait. Mais, [quant à] ce qu'il dit qu'il ne ferait pas d'appartements, reçois ainsi ce que l'on appelle communément des hôtelleries et des fouleries. Moi, certes, si un bain, dans la maison, a été, aux usages du propriétaire, ordinairement consacré dans une partie intime de la maison ou entre des corps de logis agréables, ni à bon droit, ni à partir du jugement d'un homme de bien, il ne le fera, s'il a commencé à le louer pour que, publiquement, on s'y baigne, pas plus que s'il avait loué la maison pour l'emplacement d'animaux de trait ou s'il avait loué l'étable qui était le logis vacant des animaux de trait et des chariots à une boulangerie ».*

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Si le [nu] propriétaire use ait ordinairement d'une boutique pour ses marchandises ou pour le commerce, en tout cas, il serait permis à l'usufruitier de les mettre en location pour d'autres marchandises et il faut seulement observer que l'usufruitier n'en abuse pas ou, de façon injurieuse ou outrageante, n'use de l'usufruit ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - On peut ici ajouter ce que Marcellus, dans le livre VI de ses Digestes, a écrit : si un usufruitier a offert en bail un bien-fonds pour cinq ans et qu'il est mort, son héritier n'est pas tenu de garantir que l'on jouisse, pas plus qu'une fois un immeuble de rapport détruit par le feu, le bailleur n'est tenu envers le preneur. Mais, [savoir] si, sur le fondement du louage* (ex locato)*, le preneur est tenu de payer le loyer en fonction du temps durant lequel il en a joui, Marcellus demande comment il paiera, s'il a pris à bail les services de l'esclave de l'usufruitier ou le logement ; et plus, il admet qu'il en soit tenu, et cela est tout à fait juste. De même, il demande, s'il a fait des frais sur le bien-fonds, comme pour en jouir pendant cinq ans, s'il les paiera. Et il dit que ce ne sera pas payé, parce qu'il devait prévoir que cela pouvait arriver. Cependant, qu'en est-il, si ce n'est pas en tant qu'usufruitier qu'il lui a loué, mais en tant que propriétaire du fonds ? Il est clair qu'il en sera tenu ; en effet, il a abusé le preneur ; ainsi, l'Empereur Antonin, avec le divin Sévère, l'a-t-il dit dans un rescrit. Pour la maison détruite aussi par le feu, pour le temps durant lequel le bâtiment était debout, ils ont dit dans un rescrit que le loyer devait être payé ».*

[692] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 7.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si je t'ai offert en bail l'immeuble de rapport d'autrui pour cinquante, que toi, pour soixante à Titius, tu l'as loué et que Titius, par le propriétaire, a été empêché d'y habiter, on décide que, toi agissant en justice sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, tu devais obtenir les soixante, parce que tu étais toi-même, envers Titius, tenu pour soixante ».*

[693] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 19, 2 7 et D. 19, 2, 8.

Le premier texte est donné dans la note précédente.

Extrait du livre IX des *Discussions* de Tryphoninus : *« Nous, envisageons que ni soixante ni cinquante ne doivent être payés, mais autant qu'il est de l'intérêt de jouir de la prise de bail et que l'intermédiaire obtienne autant qu'il doit payer à celui qui, de lui, a pris à bail, parce que la rémunération de la prise de bail, pour la comparaison d'un plus grand loyer, rend la condamnation comptée plus grande. Et cependant, le premier locataire aura le compte des cinquante que, de lui, il percevrait, si le propriétaire de l'immeuble de rapport n'avait pas interdit qu'un tout nouveau preneur y habite ; nous usons de cette règle ».*

[694] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 9 § 6 ; C. 4, 65, 20 ; D. 50, 17, 45 pr.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Si tu m'as loué la maison d'autrui et que celle-ci a été léguée ou donnée, je ne suis pas tenu envers toi sur le fondement du louage* (ex locato) *à raison du loyer ; mais, quant au temps écoulé, voyons si quelque chose du loyer, avant le jour du legs, est dû ; et je pense que cela doit être payé ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Carpophorus et donnée en 293 : *« Celui qui prend à bail son bien propre le pensant à autrui, ne transfert pas la propriété, mais il fait un contrat de prise de bail sans effet ».*

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Ni le gage, ni le dépôt, ni le précaire, ni l'achat, ni le louage de son propre bien ne peuvent se présenter ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 694 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne à partir de cette loi indiquée dans sa note par Groenewegen que la prise à bail d'un bien propre faite par ignorance n'est pas valide ; [il en est] ainsi cependant, de sorte que que le premier preneur soit tenu de restituer la possession et alors, dfe faire un procès quant à la nue-propriété, voir C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 25 ; Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 7, nb 7. Et cela est vrai, bien que, peut-être, la preuve de la propriété soit plus facile pour le preneur.]

§ 6. Un *paiement de loyer*, à savoir en argent, cependant, il est reçu qu'aussi, le loyer peut consister en d'autres biens mesurables, comptables ou pesables [695] ; semblablement aussi, la convention par laquelle quelqu'un [696] reçoit une terre à cultiver pour une certaine partie des fruits est gouverné selon les propriétés du bail [697] ; mais une utilisation pour une utilisation fait un contrat en soi qui n'a pas de nom propre [698].

---

[695] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 2 ; *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, pr ; Wesembeck, *Paratitla*, *D. Locati* [D. 19, 2], nb 7.

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« L'offre de bail et la prise de bail sont proches de l'achat et de la vente, et elles s'arrêtent aux mêmes règles ; car, comme un achat et une vente ainsi se contractent, si, du prix, l'on a convenu, de même l'offre de bail et la prise de bail sont entendues être contractées, si, du loyer, l'on a convenu. 1 - Mais l'achat et la vente sont considérés avoir quelque parenté, de même, l'offre de bail et la prise de bail, à un point tel que, pour certaines choses, l'on a coutume de demander si ce sont un achat et une vente ou une offre de bail et une prise de bail. Comme, quand, avec un orfèvre, j'ai convenu que ce dernier me fasse, à partir de son or, des anneaux d'un certain poids et d'une certaine forme, et qu'il a accepté trois cents, est-ce un achat-vente, ou une offre de bail-prise de bail ? Mais on a décidé qu'il y avait une seule affaire et qu'elle était plutôt un achat-vente. Si moi, j'ai remis de l'or en loyer pour un travail fixé, il ne fait pas de doute qu'il y a offre de bail-prise de bail ».*

« L'offre de bail et la prise de bail sont proches de l'achat et de la vente, et aux mêmes règles de droit, elles s'arrêtent. Car, pour qu'un achat et une vente soient ainsi contractés, si, quant au prix, on a convenu, ainsi aussi, une offre de bail et une prise de bail sont entendues être contractées si un loyer a été établi. Et, au bailleur, certes, se présente l'action d'offre de bail (locati)*, mais au preneur, l'action de prise de bail* (conducti) *».*

(Note du traducteur) Cette expression "biens mesurables, comptables et pesables" reprend la façon utilisée par les jurisconsultes romains pour parler des "choses de genre", une expression à laquelle Grotius semble ici et ailleurs se tenir.

[696] (Note du traducteur) Grotius met dans la marge pour qualifier ce personnage l'expression latine *colonus partiarius*, reprise par le Code rural français qui parle du colonat partiaire dans ses articles L. 417-1 à L. 417-10 et le définit ainsi : *« Le bail à colonat partiaire ou métayage est le contrat par lequel le possesseur d'un héritage rural le remet pour un certain temps à un preneur ou colon qui s'engage à le cultiver, sous la condition den partager les fruits avec le bailleur »* (art. L. 417-1).

[697] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 25 § 6 ; C. 4, 65, 21. Voyez Wesembeck, *Paratitla*, *D. Locati*, dans ledit nb 7.

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« . 6 - La force majeure, que les Grecs appellent* θεου βιασ*, ne doit pas, pour le preneur, être préjudiciable, si les fruits ont été endommagés plus qu'il est tolérable ; du reste, le colon doit supporter le dommage de peu d'importance d'une âme égale, [lui] auquel n'a pas été ôté un gain excessif. Il appert, certes, que l'on parle du colon qui a loué pour un loyer en argent compté ; autrement, le colon partiaire partage avec le propriétaire du fonds, comme selon la loi de la société, le dommage et le profit ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Antonia et donnée en 293 : *« Si, avec une considération certaine d'huile, tu as loué les fruits d'une année, du contrat de bonne foi tenu à raison de cela seul qu'un autre ait apporté un plus grand poids, il ne faut pas se retirer ».*

(Note du traducteur) Le manuscrit de Lund permet de corriger ici un erreur du texte qui écrit *Huys-eygenschappen* ou "propriétés d'une maison", alors qu'il faut lire *Huyrs-eygenschappen* ou "propriétés du bail".

[698] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 2.

« § 2. En outre, de même que, communément, il était demandé si, avec une échange de biens, un achat et une vente étaient contractés, de même, on le demandait ordinairement quant à l'offre de bail et la prise de bail, si, peut-être, pour en user ou en jouir, quelqu'un t'avait donné quelque bien et que, réciproquement, de toi, il en avait reçu un autre pour en user ou en jouir. Et l'on a décidé que ce n'était ni une offre de bail ni une prise de bail, mais que c'était une sorte propre de contrat. Comme si, alors que quelqu'un a un bœuf et son voisin un, qu'il était décidé entre eux que, pendant dix jours, réciproquement, ils prêteraient à usage les bœufs pour qu'ils fassent le travail et que, chez, l'un, un bœuf a péri ; ne se présente ni l'action d'offre de bail ou de prise de bail, ni l'action de commodat, mais, avec une action "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis)*, il faut agir en justice ».*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 696 et 697 de Groenewegen van der Made**

Le prix consiste régulièrement en un paiement en monnaie. Cependant, en faveur de l'agriculture, il a été permis qu'un propriétaire puisse louer une terre pour un certain poids ou une certaine mesure des fruits et que, dans ce contrat aussi, à raison d'une stérilité inhabituelle dont l'auteur [parle] dans ce chapitre, § 12, dans la note 735, la fourniture de la quantité promise des fruits soit diminuée.

Si une quantité certaine n'a pas été établie, mais une partie, peut-être la moitié ou le tiers, le colon est appelé partiaire et cette convention s'approche plus d'une société que d'une prise de bail ; en effet, le colon souffre ici le dommage et l'avantage avec le propriétaire du bien-fonds ; de là aussi, quant à la remise du loyer, il ne peut y avoir aucune controverse, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 16, tit. 2, nb 8.]

§ 7. Un bail est tenu pour accompli quand d'un côté, la chose ou le service qui est loué est certain et, de l'autre côté, le loyer qui est ici **[340]** appelé une sécurité comme il est dit ci-dessus de la valeur d'achat [699].

§ 8. Un bail ne peut être autrement conclu que pour un temps [700] ; car cela deviendrait autrement une concession d'usufruit ou quelque chose d'autre ; mais, si aucun temps n'était indiqué, le bail d'une terre serait entendu pour un an [701], celui d'une maison, jusqu'à ce que l'une ou l'autre partie cesse le bail [702], ce qui doit cependant être fait au moment convenable, d'une façon telle que le bailleur ait une occasion de louer sa maison et que le preneur ait celle d'envisager pour lui celui d'une autre maison [703].

---

[699] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, pr et D. 19, 2, 2 pr.

« L'offre de bail et la prise de bail sont proches de l'achat et de la vente, et aux mêmes règles de droit, elles s'arrêtent. Car, pour qu'un achat et une vente soient ainsi contractés, si, quant au prix, on a convenu, ainsi aussi, une offre de bail et une prise de bail sont entendues être contractées si un loyer a été établi. Et, au bailleur, certes, se présente l'action d'offre de bail (locati)*, mais au preneur, l'action de prise de bail* (conducti) *».*

Extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« L'offre de bail et la prise de bail sont proches de l'achat et de la vente, et elles s'arrêtent aux mêmes règles ; car, comme un achat et une vente ainsi se contractent, si, du prix, l'on a convenu, de même l'offre de bail et la prise de bail sont entendues être contractées, si, du loyer, l'on a convenu ».*

[700] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *D. Locati*, nb 8.

[701] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 13 § 11.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Celui qui, une fois le temps de la prise à bail écoulé, demeure dans la prise de bail sera considéré non seulement avoir repris à bail, mais aussi les gages engagés seront considérés durer. Mais cela est vrai dans ces conditions, si un autre, en sa faveur, n'a pas obligé les biens lors de la première prise à bail ; en effet, de ce dernier, un nouveau consentement sera nécessaire. La cause sera la même, si des biens-fonds du domaine public ont été loués. Aussi ce que nous avons dit, [à savoir] que, dans le silence des deux parties, le colon était considéré avoir de nouveau pris à bail, doit être reçu d'une façon telle que, dans la même année où ils se sont tus, ils soient considérés avoir renouvelé ce même louage, non aussi pour les années suivantes, quoiqu'un lustre eût été peut-être garanti au départ pour la prise de bail. Mais, si, la seconde année après que le lustre a été terminé, rien n'a été fait en sens contraire, ce même louage est considéré avoir demeuré pendant cette même année : en effet, durant ce même temps où ils se sont tus, ils sont considérés avoir consenti. Et cela, pour chaque année qui suit, doit être observé. Mais, pour les biens-fonds urbains, nous usons d'une autre règle, de sorte que, selon que chacun a habité, il sera ainsi obligé, à moins que, dans l'écrit, une durée certaine n'ait été, pour la prise de bail, incluse ».*

[702] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 13 § 11 à la fin.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - (…) Mais, pour les biens-fonds urbains, nous usons d'une autre règle, de sorte que, selon que chacun a habité, il sera ainsi obligé, à moins que, dans l'écrit, une durée certaine n'ait été, pour la prise de bail, incluse ».*

[703] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 13, 6, 17 § 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 6, defin. 1.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que prêter à usage tient plus de la volonté et de la civilité que de la nécessité, de même, la mesure et le terme du commodat appartiennent à celui qui a procuré l'avantage. Mais, quand il l'a fait, c'est-à-dire après qu'il a prêté à usage, alors, non seulement la civilité ne l'empêche pas de prescrire une limite, de revenir en arrière et, de façon intempestive, d'enlever l'usage du bien prêté à usage, mais aussi l'obligation assumée entre celui qui donne et celui qui reçoit. En effet, l'affaire est portée de façon réciproque et c'est pourquoi, réciproquement, les actions ont été disposées, afin qu'il apparaisse que ce qui, au commencement, appartenait à un avantage et à la seule volonté, soit tourné en*

§ 9. Cependant, on peut aussi louer à quelqu'un aussi longtemps que l'on veut [704] ; ce bail est entendu finir avec la mort [705], bien que les autres baux dont le temps est indiqué demeurent après la mort du preneur et passent à son héritier [706].

[**Note de Willem Schorer sur la note 704 de Groenewegen van der Made**

La limitation que tien Groenewegen sur ce § dans sa note, doit être à peine admise, comme nous l'avons vu ci-dessus, § 3, sur les mots *Mais une location de terres*, dans ce chapitre. Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, cas. 3, tient aussi le contraire.

Les choses jugées ajoutées à cette fin sont réfusées, voir *Resolutien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 331 dans la note, et van Leeuwen refuse aussi cette sentence de Groenewegen et signale, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 21, nb 9, que le contraire est aujourd'hui observé pour les abbés et les biens ecclésiastiques.]

[**Sur la note 705 de Groenewegen van der Made**

Si le contrat a été fait au bon plaisir du bailleur et du preneur, il expirera avec la mort de l'un ou de l'autre, parce qu'alors, la volonté cesse, voir Brunemann sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 10.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXIII. L'offre de bail et la prise de bail des biens-donds sur une longue période, aussi au-delà de dix ans, est accomplie à bon droit avec une convention privée, non obstant la décision de la Cour du 8 avril 1609, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland* ; decis. 331, sentence de laquelle van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 21, nb 9, s'est écarté. Si, cependant, la location a été contractée pour vingt-sinq ans ou un plus grand nombre d'années, il y a besoin du paiement du quarantième et d'une cession solennelle en justice, voir la loi du quarantième de 1744, art. 9, joint à l'art. 19.]

§ 10. Un preneur peut en retour louer le bien loué à un autre [707], à moins que cela ne fût autrement stipulé [708] ; cependant, ceci n'a pas lieu dans un louage de service [709] ; et,

---

prestations et actions civiles réciproques. Comme cela se produit pour celui qui a commencé à administrer les affaires d'un absent ; en effet, impunément, il ne les laissera pas périr ; en effet, un autre les aurait peut-être entreprises, s'il ne l'avait commencé ; en effet, il appartient à la volonté d'accepter un mandat, à la nécessité, de l'accomplir. En conséquence, si tu m'as prêté à usage des tablettes, pour que le débiteur me donne garantie, à bon droit, tu n'agiras pas en les réclamant de manière inopportune ; car, si tu les as refusées, je les aurais achetées ou bien employé des témoins. De même, il en est, si, pour bâtir un immeuble de rapport, tu me prêtes à usage du bois et qu'ensuite, tu le reprends ou que, le sachant, tu m'as prêté des bois défectueux ; mieux, il faut que nous soyons secourus et que nous ne soyons pas trompés avec un avantage. Pour ces causes, il faut dire encore que l'action judiciaire en sens contraire est utile ».

[704] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu que, dans tous les cas, les biens immeubles ne peuvent pas être loués plus de dix ans, à moins que la clause du bail ne fût accordée devant le tribunal de la place où ces biens sont situés, ce qui a été aussi jugé par la Cour de Hollande dans l'audience du 18 mai 1609, confirmant l'appointement des commissaires du 8 avril dans l'affaire de Gerrit Janszoon Opperman à Delft, demandeur, contre Coenraet Janszoon Lakenbereyder, défendeur, enregistré dans le rôle scellé avec la lettre X sur la réception du 30 avril ; voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 5.

[705] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 4.

Extrait du livre XVI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« La location ou la demande d'un précaire ainsi faite tant que celui qui a loué ou l'a remis le veut, avec la mort de celui qui a loué, est supprimée ».*

[706] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 6 ; C. 4, 65, 10. Voyez en outre ci-après, § 16, la note 741.

« § 6. Le preneur étant mort durant le temps de la prise de bail, son héritier , avec le même droit, à la prise de bail, succède ».

Constitution de Gordien adressée à Pomponius Sabinus et donnée en 239 : *« Tu ignores la voie de la vérité en estimant que les héritiers ne succèdent pas aux prises de bail : quand la prise de bail est soit perpétuelle, elle est aussi transmise aux héritiers, soit pour un temps, la charge du contrat incombe aussi à l'héritier durant la durée de la location ».*

[707] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 65, 6.

Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Lucilius Victorinus et donnée en 224 : *« Personne ne se voit interdire de louer pour en jouir le bien qu'il a pris à bail, si l'on n'a rien convenu d'autre ».*

[708] (Note de Groenewegen) Voir ce même texte de C. 4, 65, 6.

concernant les maisons, une telle chose est aussi interdite par les *keuren* de toutes les villes sans le consentement du propriétaire [710].

[**Note de Willem Schorer sur la note 710 de Groenewegen van der Made**

Pour la maison de celui qui sous-loue, le choix est accordé au propriétaire [de voir] s'il voulait admettre un nouveau preneur ou plutôt retenir pour lui avec le loyer, avec un certain droit de retrait, le bien lui-même, pourvu que sous-bailleur choisisse, autant que faire se peut, de tels preneurs, [eux] qui ont la boutique ou exercent un égal métier mécanique, comme [cela a été] expressément [disposé] à Amsterdam, voir Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 51, art. 4, de même à Middelburg, voir *Costumen van Middelburg*, nb 5, p. 41. À Flessingue, dans la sous-location, il est requis que le preneur soit d'une entière réputation (*une autre personne avec un honneur*), voir les *Costiumen van Flissingen*, chap. 7, art. 8.

Mieux, il a été disposé dans les ordonnances qu'il n'était pas permis au preneur de sous-louer à un autre des terres louées sans la volonté du bailleur. Voyez l'édit de Charles Quint de 1515, vol. I, *Ordonnancien van Holland*, p. 363 et 364, ce qui a été par la suite confirmé par l'édit des État de Hollande en 1580, art. 30, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 31. Parce que le bailleur ne contracte pas avec le second preneur, il s'ensuit aussi qu'aucune action personnelle ne se présente à celui-ci contre l'autre, voir les coutumes d'Anvers, tit. 59 *(Du louage)*, art. 10, p. 171. Cela est vrai, même si le premier bailleur a reçu plus souvent les loyers du second preneur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 21. Mais il peut pourvoir à lui avec une interdiction d'usage. Si, toutefois, le premier preneur n'est pas solvable, certains veulent que l'action sur la personne contre le second preneur ne soit pas refusée au bailleur, voir Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 7, nb 19. Un autre accorde en tout cas au bailleur la possibilité de choisir, ainsi, de sorte qu'à la faveur de son plaisir, il puisse choisir le premier ou le second preneur, et ainsi Faber, *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. 42, defin. 28, nb 8 et 9, atteste-t-il que le Sénat de Savoie l'a jugé. Cela a été ainsi disposé à Middelburg en termes exprès, voir les coutumes de Middelburg, rubr. *Du louage*, art. 6.

Il est demandé : quand le premier preneur a sous-loué le bien-fonds à un autre à un moindre prix qu'il l'avait pris à bail et que celui-ci échoie au tribunal, si le second [preneur] sera tenu de fournir l'entier loyer au propriétaire ou seulement la somme en concours. Il est répondu que le loyer entier devait être procuré, si, entre les contractants, un dol est intervenu ; si l'on a agi de bonne foi, il faut statuer le contraire, voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 8, art. 10, nb 3.

En outre, il faut relever que, si le bailleur a repoussé le preneur, le droit du second preneur cesse aussi ; en effet, personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il aura eu lui-même, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 54.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXIV. Bien que la sous-location d'un bien-fonds loué, à partit du droit commun reçu ou seulement tempéré dans certains statuts, ait été permise au preneur (voir les coutumes du Rijnland, art. 98 ; de Middelburg, rubr. 9, art. 5 ; de Flessingue, chap. 7, art. 8 ; d'Amsterdam chez Roseboom, chap. 51, art. 1-5 ; de Haarlem en 1710, art. 5, dans les *Keuren* de Haarlem, part. I, p. 211), une exception a été toutefois reçue pour la sous-location des biens-fonds ruraux sans

---

[709] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 31.

Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : *« Entre les artisans, il existe une grande différence d'intelligence, de nature, d'éducation et d'expérience. C'est pourquoi, si quelqu'un a promis qu'un navire, par lui, devait être fabriqué, qu'un immeuble de rapport devait être construit ou qu'une excavation devait être faite et qu'il a été spécialement fait en sorte qu'avec ses propres travaux, il réaliserait cela, le garant qui lui-même bâtit ou creuse l'excavation, le stipulant n'y consentant pas, ne libérera pas le débiteur. C'est pourquoi aussi, si, à ces stipulations, le garant s'est ajouté : "[promets-tu] que par toi, il ne soit pas fait en sorte d'empêcher qu'à moi, il soit permis de passer et de conduire [du bétail] ?", le garant qui interdit le passage ne rend pas la stipulation exécutoire et, s'il montre de la patience, il ne fera pas en sorte d'empêcher que la stipulation soit exécutoire ».*

[710] (Note de Groenewegen) Et en particulier à Amsterdam et à Gouda, avec Utrecht et 's Hertogenbosch [Bois-le-Duc]. Voyez la glose et Balde sur C. 4, 65, 6, et en argument D. 46, 3, 31 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 8, art. 10, nb 2.

un consentement écrit du propriétaire dans la loi hollandaise du 26 septembre 1658, renouvelée en 1696, art. 9.]

[341] § 11. Le bailleur a droit de réclamer son loyer ou sa rente, à savoir sur ce qui est loué non sur un an, à la fin du temps [711], autrement, à la fin de chaque année [712] et il peut en outre chasser le preneur de sa maison ou de sa terre [713] aussi durant la période [de location], dans le cas où il reste en défaut de paiement plus de deux ans [714]. Mais celui qui a accepté de faire un ouvrage ne peut réclamer aucun loyer avant l'accomplissement ou l'enlèvement de l'ouvrage, à moins que l'acceptation n'ait été faite par la mesure ou par un ouvrage journalier [715]. Le preneur, étant en défaut de paiement après le temps [prescrit], peut aussi être appelé à une imputation de la perte de gain [716] comme un un acheteur négligent. Il est

---

[711] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 45, 1, 44 ; D. 43, 32, 1 § 4 ; Wesembeck, *Paratitla*, *D. Locati*, nb 14 ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. V, tit. 6.

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Paul : *« Et c'est pourquoi, s'il n'est absolument pas un arbitre, la stipulation n'est en rien valide, à un point tel que, quoiqu'une pénalité ait été ajoutée, celle-ci même n'est pas mise à exécution ».*

Extrait du livre LXXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Si le loyer n'est pas encore dû, Labéon dit que cet interdit cesse [de jouer], à moins qu'il n'ait été préparé à payer ce loyer. Par conséquent, s'il paie le loyer du semestre, celui d'un semestre sera dû ; inutilement, il invoquera l'interdit, à moins qu'il n'ait payé celui du semestre suivant, ainsi, cependant, si une convention spéciale a été faite pour la prise à bail de la maison, afin qu'il ne soit pas permis, avant la fin de l'année ou un certain temps, de déménager. Il en est de même, si quelqu'un, pour plusieurs années, a pris à bail et que le temps n'est pas encore écoulé. Car, du fait que, sur toute la prise de bail, des gages ont été obligés, il sera logique de dire qu'à l'interdit, il n'y aura pas lieu, à moins qu'ils n'aient été libérés ».*

[712] (Note de Groenewegen) Voir lesdits passages cités. Voyez ci-dessus le chapitre XVIII, § 6, note 673.

[713] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu avant un jugement et le pouvoir du juge. Voir en argument D. 50, 17, 176 pr ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 3, nb 4.

Extrait du livre XIII *Sur Plautius* de Paul : *« On ne doit pas accorder à des particuliers ce qui peut être fait publiquement par l'intermédiaire du magistrat, afin qu'il n'y ait pas [là] l'occasion d'un plus grand désordre ».*

[714] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 54 et 1 ; voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 3, nb 4.

Extrait du livre V des *Réponses* de Paul : *« Je demande si le garant d'une prise de bail, aussi au titre des intérêts des loyers non payés, sera tenu ? Et ne lui seront pas favorables les constitutions dans lesquelles il est disposé que ceux qui, pour d'autres, paient l'argent, seulement doivent reconnaître le dommage du capital. Paul a répondu que, si, sur toute la cause d'une prise de bail aussi, le garant s'est obligé, alors qu'aussi, à l'exemple du colon, avec le retard du colon, il doit procurer les intérêts des loyers payés plus tard ; en effet, les intérêts, dans les actions de bonne foi, même si, non tant sur le fondement de l'obligation, ils proviennent, que sur le fondement de l'office du juge, sont appliqués, cependant, alors que le garant, sur toute la cause, s'est appliqué, cela même est considéré comme juste aussi qu'il reconnaisse la charge des intérêts, comme s'il les avait ainsi garantis : "il faudra que, pour autant, celui-ci soit condamné sur le fondement de la bonne foi" ou ainsi : "me garantiras-tu que je n'en éprouverai pas de dommage ?" 1 - Entre le bailleur et le preneur d'un bien-fonds, il est convenu que, durant le temps de la location, le preneur Seius, contre son gré, ne sera pas chassé du bien-fonds et que, s'il en avait été chassé, le bailleur Titius paierait une pénalité de dix au preneur Seius ou que, si le preneur Seius, durant le temps de la location, voulait partir, il veuille payer également dix au bailleur Titius ; tel fut ce qui a été réciproquement stipulé. Je demande, alors que le preneur Seius ne paie pas le loyer de deux années continues, si, sans crainte d'une pénalité, il peut être chassé. Paul a répondu que, bien que rien n'ait été dit dans la stipulation pénale du paiement des loyers, cependant, il était vraisemblable que l'on avait ainsi convenu de ne pas chasser le colon durant la période fixée à l'avance, s'il s'était soumis aux loyers et les avait honorés comme il faut ; et c'est pourquoi, si a commencé à réclamer la pénalité celui qui n'a pas satisfait aux loyers, au bailleur, l'exception de dol sera utile. 2 - Paul a répondu que l'esclave qui, évalué, à une cultivatrice, a été assigné reviendra au risque de la cultivatrice et c'est pourquoi l'évaluation de celui qui est mort, par l'héritier de la cultivatrice, doit être payée ».*

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Du fait que l'offre de bail-prise de bail est naturelle et appartient à tous les peuples, non avec un échange de paroles* (verbis)*, mais, avec le consentement* (consensu)*, elle est contractée, comme l'achat et la vente ».*

[715] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 30 § 3.

Extrait du livre III des *Digestes d'Alfenus résumés par* Paul : *« 3 - Celui qui a loué pour faire un bâtiment, a dit dans la clause : "autant qu'en ouvrage de pierre, il y aura, pour la pierre et le prix de la main-d'œuvre, à l'acheteur, le propriétaire donnera pour chaque pied sept" ; il a été demandé s'il fallait que soit mesuré l'ouvrage fait ou non fait. [Alfenus] a répondu [que devait être mesuré] aussi l'[ouvrage] non fait ».*

[716] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 65, 17. Voyez ci-dessus, dans le livre III, le chapitre I, note 77 dans l'adjonction.

aussi tenu de compenser tout dommage qui est fait par son délit, la négligence de son épouse [717] ou aussi par un autre à partir d'une détestation envers le preneur [718], à la chose louée ; et une méconnaissance d'un art que quelqu'un professe [719] ou aussi, une petite inattention aux choses qui ne peuvent être autrement traitées qu'avec la plus grande attention [720], est reconnue pour une négligence, comme aussi un feu [721], à moins qu'un accident imprévisible ne fût prouvé par le preneur, dans lequel cas, comme aussi, pour tous les autres accidents, il est tenu de faire une compensation au bailleur [722], excepté lorsque

[717] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 11.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Voyons si le preneur à bail doit garantir la faute des esclaves et de ceux qu'il a introduits. Et, dans la mesure où il la garantit, est-ce pour donner à titre noxal les esclaves ou pour être tenu en son propre nom ? Et, contre ceux qu'il a introduits, procurera-t-il seulement les actions en justice, comme s'il était tenu à raison de sa faute propre. J'ai décidé d'une façon telle que, la faute de ceux qu'il a introduits, il la garantit aussi en son nom, quoique l'on n'ait convenu de rien, si, cependant, il laisse faire la faute en les introduisant, du fait qu'il les aurait eus comme siens ou comme hôtes. C'est ce qu'approuve Pomponius dans son livre LXIII sur l'Édit du préteur. 1 - Si, dans une location, l'on convient que "tu n'auras pas de feu" et que [le locataire] en a un, il en sera tenu, aussi, si un cas fortuit favorise un incendie, parce qu'il ne devait pas avoir de feu. Autre chose est en effet de posséder un feu inoffensif : [le bailleur] autorise, en effet, d'avoir un feu, mais qui ne fait pas de mal. 2 - De même, le preneur doit prévoir de ne pas rendre, envers quelqu'un, le corps d'un bien ou d'un objet matériel pire, ou de ne pas souffrir qu'on le fasse. 3 - Celui qui a pris à bail pour transporter du vin de Campanie, ensuite, un litige étant élevé par quelqu'un, il a apposé une marque, avec son sceau et le sceau d'une autre personne dans la cave, sur le fondement du louage* (ex locato)*, il est tenu, afin qu'au bailleur, il rende la possession du vin sans controverse, à moins que le preneur ne soit exempt de faute. 4 - Il a été convenu entre le preneur et le bailleur que, dans une demeure urbaine, l'on ne mettrait pas de foin ; [le preneur] en a mis ; par la suite, un esclave, qui apportait un feu, l'a embrasé. Labéon dit que le preneur en est tenu sur le fondement du louage* (ex locato)*, parce que lui-même en a fourni la cause en l'apportant à l'encontre de la prise à bail ».*

[718] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 25 § 4, et là, les docteurs.

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 4 - Est compté comme la faute de celui-ci le fait qu'en raison de leurs inimitiés, un voisin ait coupé les arbres [de l'autre] ».*

[719] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 9 § 5, 13 § 5 et 51 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Celsus a écrit que l'on doit compter l'incompétence comme une faute dans le livre VIII de ses Digestes ; si quelqu'un a pris a bail des veaux pour les faire paître, pour réparer ou réparer quelque chose, il doit garantir sa faute et est une faute ce qu'il a fait de mal par incompétence : comme un artisan, dit-il, il les prend à bail ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Si une gemme a été remise pour l'insérer ou la tailler et qu'elle a été brisée, si, certes, avec un défaut de la matière, cela s'est fait, il n'y aura pas d'action sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, s'il y a eu incompétence de celui qui travaille. À ce jugement, il faut ajouter, à moins que l'artisan n'en ait aussi pris sur lui le risque ; en effet, alors, même si, avec un défaut de la matière, cela arrive, il y aura une action sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato) *».*

Extrait du livre XI des *Lettres* de Javolenus : *« 1 - J'ai loué pour faire un ouvrage d'une façon telle que, pour l'ouvrage, je donne un certain loyer pour chaque jour ; un travail défectueux a été fait ; sur le fondement du louage* (ex locato)*, pourrai-je agir en justice ? [Javolenus] a répondu ; si tu as loué un ouvrage d'une façon telle que sa qualité envers toi, par le preneur, soit approuvée, même si l'on a convenu que, pour chaque journée de travail, un certain montant serait donné, cependant, cela doit t'être garanti par le preneur, si ce travail défectueux a été fait ; en effet, il n'importe en rien [de savoir] si, à un seul prix ou pour chaque journée de travail, l'ouvrage est loué, pourvu que la totalité de l'achèvement ait concerné le preneur. C'est pourquoi il pourra, sur le fondement du louage* (ex locato)*, agir en justice contre celui qui a fait un ouvrage défectueux. Non, si, pour cela, pour chaque journée de travail un loyer a été établi, de sorte qu'à l'arbitrage du propriétaire, l'ouvrage sera réalisé ; en effet, alors, le preneur sera considéré ne donner en rien garantie au propriétaire quant à la qualité de l'ouvrage ».*

[720] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 25 § 7.

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 7 - Celui qui, pour transporter une colonne, a pris à bail, si celle-ci, pendant qu'elle est enlevée, portée ou reposée, a été cassée, il paiera ainsi le risque, si, par quelque moyen, une faute de lui-même ou de ceux dont on utilise les travaux s'est produite ; mais il n'y a pas de faute, si a été fait tout ce que chacun, très diligent, aurait observé. De même, il est clair que nous l'entendons si, pour transporter des jarres ou une poutre, quelqu'un a pris à bail ; de même aussi, on peut le reporter sur d'autres biens ».*

[721] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 9 § 3. Voyez ci-dessus le chapitre VIII, § 4, note 382.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Si, pour les colons d'un bien-fonds, il a été annoncé dans la loi du louage qu'ils auraient un feu non nuisible, si certes, un cas fortuit a occasionné une cause d'incendie, le locataire ne garantira pas le risque ; mais, si [c'est] avec la faute du locataire, dont il est nécessaire qu'il la garantisse, s'il a commis le dommage, il en sera tenu ».*

[722] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 23.

quelqu'un stipule de l'argent pour la garde [723], ce sous quoi sont entendus être compris ceux qui raccommodent les vêtements ou font de petits services semblables avec **[342]** la garde [724], excepté quand la compensation de l'accident est stipulée [725] ou que l'accident arrive après quelque négligence [726] du preneur du bien ou du preneur du service. Le bailleur a aussi un droit de demander, à la sortie du bail, une évacuation, non avant, à moins qu'il n'ait eu besoin de son bien par une nécessité imprévue [727] ou que le preneur n'ait mal utilisé le bien [728]. Le preneur ne peut pas aussi quitter le bien avant le temps fixé ou, s'il en découlait quelque dommage, il en serait tenu [729].

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le réceptionnaire)*, seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat)*, la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

[723] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 40 et 41.

Extrait du livre V *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Celui qui reçoit un loyer pour la garde que quelque bien garantit le risque de la garde de celui-ci ».*

Extrait du livre V *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Mais, quant à un dommage causé par un autre, Julianus dit que l'on ne peut agir en justice contre lui ; en effet, quelle garde pouvait-il obtenir qu'un dommage ne puisse, avec l'injure [faite] par un autre, être causé ? Mais Marcellus dit que, parfois, il peut y avoir que, s'il a pu être gardé, qu'un dommage ne soit pas causé ou que le gardien ait causé lui-même le dommage ; ce jugement de Marcellus doit être approuvé ».*

[724] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 13 § 6 et 25 § 8 ; Wesembeck, *Paratitla*, *D. Locati*, nb 15. Mais voyez en outre Paolo di Castro sur D. 19, 2 , 25 § 8 ; Petrus de Ubaldis, *De duobus fratribus*, art. VIII, nb 15.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *«). 6 - Si un foulon reçoit des vêtements pour les nettoyer et que des souris les rongent, sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, il est tenu, parce que, de cela, il devait se défier. Et, si un foulon a échangé un manteau et a remis celui d'un autre, avec l'action sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, il en sera tenu ».*

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 8 - Si un foulon ou un réparateur a perdu des vêtements et qu'à ce titre, envers le propriétaire, il n'a pas fait satisfaction, il est nécessaire qu'au propriétaire, leur réclamation et une condiction échoient ».*

[725] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 13 § 5.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Si une gemme a été remise pour l'insérer ou la tailler et qu'elle a été brisée, si, certes, avec un défaut de la matière, cela s'est fait, il n'y aura pas d'action sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, s'il y a eu incompétence de celui qui travaille. À ce jugement, il faut ajouter, à moins que l'artisan n'en ait aussi pris sur lui le risque ; en effet, alors, même si, avec un défaut de la matière, cela arrive, il y aura une action sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato) *».*

[726] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 11 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si, dans une location, l'on convient que "tu n'auras pas de feu" et que [le locataire] en a un, il en sera tenu, aussi, si un cas fortuit favorise un incendie, parce qu'il ne devait pas avoir de feu. Autre chose est en effet de posséder un feu inoffensif : [le bailleur] autorise, en effet, d'avoir un feu, mais qui ne fait pas de mal ».*

[727] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 4, 65, 3.

Constitution d'Antonin adressée à Flavius Callimorphus et donné en 214 : *« Pour le bâtiment que tu dis avoir pris à bail, si tu as payé en totalité le loyer au propriétaire, il ne faut pas que tu en sois chassée contre ton gré, à moins que le propriétaire n'ait montré qu'il [lui] était nécessaire pour un usage propre, qu'il a préféré améliorer la demeure ou que tu t'es mal comportée dans la chose louée ».*

[728] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 4, 65, 3 ; Décrétales, III, xviii, 3. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65, 3.

Le texte de la constitution est donné dans la note précédente.

Décrétale de Grégoire IX : *« À raison d'une stérilité qui affecte d'un grand inconvénient les preneurs, qui arrive avec le vice de la chose sans faute du colon ou un cas fortuit, aux colons de ton église, une remise du loyer doit être faite à proportion, à moins qu'avec l'abondance de la précédente année pou de l'année suivante, la stérilité ne puisse être compensée. Mais, contre le gré de l'habitant, tu pourras habiter une maison ou la réparer, si la nécessité qui, cependant, ne pressait pas au moment de la location, le réclame, lui étant remis le reste du loyer du temps ; celui qui aussi, de là, est raisonnablement déplacé, si, de manière*

[**Note de Willem Schorer sur la note 721 de Groenewegen van der Made**

On peut voir ce que j'ai dit ci-dessus de l'incendie, liv. III, chap. VIII, § 4, sur les notes 382 et 383, et [ce qui sera dit] ci-dessous, chap. XXXVIII, § 2, dans la note 1281.]

[**Sur la note 727 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici qu'il est d'un droit expédient que le bailleur qui a besoin du bien loué repousse à bon droit le preneur ; cela procède aussi, bien qu'un pacte quant au non empêchement du contrat soit intervenu et qu'une hypothèque spéciale ou générale ait été établie en faveur de l'observation du louage, voir Merlin, *De pignoribus et hypothecis*, lib. IV, tit. 5, quæst. 17, nb 3. Mieux, non seulement ce droit a lieu selon l'auteur, mais aussi si la maison a besoin d'une nécessaire réparation qui ne peut pas être faite en sauvegardant le droit d'habitation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 16. Cela n'est cependant pas permis à Anvers au bailleur, voir les coutumes d'Anvers, tit. 59 *(Du louage)*, art. 6.

Ce que l'auteur dit que, le temps de l'offre de bail et de la prise de bail étant terminé, le bailleur demande à bon droit que le preneur évacue [les lieux] est vrai à un point tel que le propriétaire peut chasser celui qui refuse sans les détours des procès ; voir chez nous *L'évacuation avec le propriétaire*, coutumes de Middelburg, art. 9, p. 42. Voyez aussi Gomez, *Resolutiones*, t. II, cap. 3, nb 5.

En outre, les États de Zélande ont promulgué un édit le 26 janvier 1664, dans lequel, art. 1, ils ont statué que les preneurs des biens-fonds ruraux, la période du contrat étant terminée, devaient céder les biens-fonds aux bailleurs et ils ont interdit que, sous le prétexte d'une prise à bail postérieure, ils privent les bailleurs de leur usage, à moins qu'immédiatement, par un instrument public ou par un écrit signé de la main propre du bailleur, ils ne l'aient prouvé ; [l'édit] se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 1035, auquel est ajouté l'auteur lui-même, § 3, dans les notes 658 et 659. De plus, il a été ici disposé dans l'art. 5 que ce qui a été planté et construit à l'insu du propriétaire échoyait au sol et il a été interdit aux preneurs de l'enlever sous une peine arbitraire et la confiscation de sa valeur, à moins que, de nouveau, quant au mandat du propriétaire, ce ne soit arrêté, cependant, dans ce cas, dans l'intervalle, le colon doit partir, voir art. 10. Cela a été autrement disposé à Middelburg, du fait que, là, le colon peut arracher impunément ce qu'il a planté, la location étant terminée, voit les coutumes de Middelburg, rubr. *Du louage*, art. 12.]

[**Sur la note 728 de Groenewegen van der Made**

Il n'importe pas [de savoir] si l'on abusera physiquement ou moralement du bien pris à bail et ainsi a-t-il été disposé à Anvers, voir les coutumes d'Anvers, tit. 59 *(Du louage)*, art. 16, p. 172.

Mais, quand la question tombe sur un abus physique, il est toujours laissé au jugement d'un juge prudent [de savoir] si l'abus devra être puni avec une expulsion ou une condamnation à ce qui est d'intérêt.

Il est en outre requis, premièrement, que l'expulsion soit faite avec l'autorité publique, non avec une autorité privée, du fait qu'autrement, l'interdit quant à la violence et la violence armée (*de vi et vi armata*) se présenterait au colon ou à l'habitant.

II. Une déclaration appropriée, afin que, dans l'intervalle, le preneur avise entre-temps à lui avec une nouvelle prise de bail.

III. En outre, il faut faire attention à ce que le bailleur ne jouisse pas de ce droit à raison de n'importe quel plus léger abus, mais à raison d'un changement insigne et perfide sur le bien pris

---

vicieuse, ici, il était retourné ou alors que, pendant deux ans, il n'a pas payé le loyer, s'il ne pourvoit pas à lui avec une rapide satisfaction ».

729 (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 24 § 2 et 55 § 2.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Si une maison ou un bien-fonds a été, avec des loyers de cinq ans, louée, le propriétaire peut, si a déserté l'habitation ou la culture du bien-fonds le colon ou le locataire, immédiatement contre eux, agir en justice ».*

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« 2 - Celui qui, contre la clause de la prise de bail, a déserté le bien-fonds avant le temps sans juste et plausible cause, peut être cité en justice pour payer les loyers de tout le temps sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, dans la mesure où, envers le bailleur, l'indemnité sur ce qui est de son intérêt est conservée ».*

à bail ; ce qui convient en tout point à l'équité, du fait que le preneur ne pourra pas demander de partir plustôt et une remise du loyer à raison de n'importe quelle réparation nécessaire, mais seulement, du fai !t que la majeure partie de l'usage lui en est empêchée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 18. Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum de damno infecto*, lib. 19, tit. 2, nb 41, 43 et 44, et Gomez, *Resolutiones*, t. II, cap. 3, nb 16, tiennent plusieurs choses [sur cela].]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXV. Je douterai beaucoup qu'un propriétaire puisse chasser d'une maison louée à partir d'une nécessité le preneur selon C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 3, la raison de notre droit le supportant à peine, selon laquelle la prise de bail est plus forte qu'un achat ; d'où, cela a été spécialement interdit non sans cause à Asterdam, voir Roseboom, chap. 51, art. 9, et à Haarlem dans le statut de 1710, art. 3.

DCLXXVI. Le preneur ou le bailleur ayant fait une cession en justice, le louage, après un petit retard, expire au moment dans lequel les citoyens partent habituellement, ce qui a été déterminé différemment dans les diverses places, voir la loi d'Amsterdam du 17 janvier 1777, art. 63 ; la loi d'Amsterdam du 8 avril 1751 ; les *Keuren* de Leyde, art. 122 ; les *Keuren* de Haarlem de 1710, art. 2 ; les *Keuren* de Rotterdam du 5 novembre 1768.]

§ 12. D'un autre côté, le preneur a droit à l'utilisation de la chose ou à une compensation de ce qui lui est d'intérêt [730]. Pour cette raison, il peut aussi contraindre le bailleur à tenir en bon état le bien loué de façon telle à ce qu'il soit utilisable [731], ce que le bailleur doit faire à ses frais ; et, dans le cas où il reste en défaut, le preneur peut déduire l'entretien sur le compte de son loyer [732] ou aussi, laisser l'utilisation du bien loué [733] et payer un moindre loyer à proportion du temps de la non utilisation ou aussi redemander ce qui a été payé en plus [734]. Pour le dommage qui arrive par un vice du bien loué au preneur, le preneur peut

---

[730] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 7 et 8.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si je t'ai offert en bail l'immeuble de rapport d'autrui pour cinquante, que toi, pour soixante à Titius, tu l'as loué et que Titius, par le propriétaire, a été empêché d'y habiter, on décide que, toi agissant en justice sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, tu devais obtenir les soixante, parce que tu étais toi-même, envers Titius, tenu pour soixante ».*

Extrait du livre IX des *Discussions* de Tryphoninus : *« Nous, envisageons que ni soixante ni cinquante ne doivent être payés, mais autant qu'il est de l'intérêt de jouir de la prise de bail et que l'intermédiaire obtienne autant qu'il doit payer à celui qui, de lui, a pris à bail, parce que la rémunération de la prise de bail, pour la comparaison d'un plus grand loyer, rend la condamnation comptée plus grande. Et cependant, le premier locataire aura le compte des cinquante que, de lui, il percevrait, si le propriétaire de l'immeuble de rapport n'avait pas interdit qu'un tout nouveau preneur y habite ; nous usons de cette règle ».*

[731] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 15 § 1 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 8, art. 9.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais elle* (*i. e.* l'action sur le fondement de la prise de bail) *se présente généralement à partir de ces causes : comme par exemple si, du bien qu'il a pris à bail, il ne lui est pas permis de jouir (peut-être, parce que la possession de la totalité d'une terre ou d'une partie ne lui est pas fournie, ou que la ferme, l'étable ou là où il faut que ses troupeaux stationnent n'est pas réparé), ou bien si, dans une clause de la prise de bail, l'on a convenu quelque chose, si cela n'est pas fourni, sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, on agira en justice ».*

[732] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 55 § 1 et 61 ; Guy de la Pape, quæst. 444, nb 3. Voyez en outre Garcia, *De expensis et meliorationibus*, cap. 14 ; Fachinæus, liv. I, cap. 85.

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« . 1 - Sur un bien-fonds pris à bail, si le preneur a, avec son travail, accru quelque chose par nécessité ou de façon avantageuse, a construit ou l'a commencé, alors que cela n'avait été convenu, il peut faire valoir en justice son droit pour recouvrer ce qu'il a dépensé sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto) *contre le propriétaire ».*

[733] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 25 § 2.

Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 2 - Si, un voisin construisant, les lumières de la salle à manger sont obscurcies, le bailleur en est tenu envers le locataire ; mieux, de façon certaine, il sera permis au colon ou au locataire de laisser la prise de bail, il n'y a aucun doute. Quant aux loyers aussi, si, contre lui, on agit en justice, il faut tenir compte de l'examen. Nous entendons la même chose, si le bailleur ne remet pas en leur état initial les portes ou les fenêtres trop endommagées ».*

[734] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 19 § 6.

réclamer une compensation, dans le cas où le vice a été connu du bailleur ou qu'il convient d'être connu à raison de sa fonction, autrement non [735]. De plus, dans le cas d'un accident inattendu ou de quelque chose de semblable, le preneur **[343]** est empêché dans son utilisation, ainsi, le loyer doit être allégé à raison de la part perdue et du temps de la non utilisation [736].

[**Note de Willem Schorer sur la note 736 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici qu'à raison d'une stérilité inaccoutumée, le preneur demande à bon droit une remise du loyer, ce qui est d'un droit approprié pourvu que le preneur n'ait pas payé tout le loyer ; car il ne peut pas demander au bailleur ce qui a été payé à partir d'une condiction d'une somme non due, voir Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 3, cons. 73, nb 9. Cependant, cela procède dans le cas inverse, comme nous venons de le voir. Sur l'équité du loyer enlevé au preneur, dans des casqui arrivent très rarement, à partir de la nature même du contrat, même si le bien loué n'a pas un usage certain et déterminé, mais qu'il contient quelque hasard, on peut voir ce que tient Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap.6, § 3, et là, Barbeyrac dans sa note, et *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 15, § 10. Cependant, cela doit être de nouveau ainsi limité si le preneur, tout le bail étant terminé, prouve qu'il a été lésé, autrement, la stérilité d'une seule année est compensée avec l'abondance des années suivantes, et ainsi l'a jugé la Cour d'Utrecht le 28 février 1583, voir Radelant, *Decisiones Curiæ Trajectinæ*, decis. 54, nb 3 et 4 et Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 37, defin. 11, signale que cela a été ainsi deux fois jugé, du fait qu'aussi, la remise faite une seule année peut être révoquée à raison de l'abondance des années suivantes, voir Brunemann sur D. 19, 2 *(De l'offre de bail et de la prise de*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Si quelqu'un, alors que, pour l'année, il a pris à bail une habitation, a remis le loyer de toute l'année, qu'ensuite, l'immeuble de rapport, après six mois, s'écroule ou, par un incendie, a été consumé, Mela a écrit qu'à très bon droit, le loyer du temps restant, avec l'action sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, il le réclamera et, comme indu, ne le réclamera pas avec une condiction ; en effet, par erreur, il n'a pas remis plus, mais, afin que cela lui soit utile dans la cause de la prise de bail. [Il en va] autrement, si quelqu'un, alors qu'il a pris a bail pour dix, a payé quinze ; en effet, celui-ci, si, par erreur, il les a payés, tandis qu'il pensait qu'il avait pris à bail pour quinze, n'aura pas d'action sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, mais la seule condiction. Car, entre celui qui, par erreur, a payé et celui qui a prorogé tout le loyer, il y a beaucoup de différence ».*

[735] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 19, 2, 19 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si quelqu'un, qui ne le sait pas, a offert en bail des jarres en mauvais état, qu'ensuite le vin s'est écoulé, il sera tenu sur ce qu'il est de l'intérêt que son ignorance n'ait pas été excusée ; ainsi, Cassius l'a-t-il écrit. [Il en va] autrement, si tu as offert en bail une terre de pâturages sur laquelle une mauvaise herbe naissait ; ici en effet, si le bétail en est mort ou en a été aussi affecté, sera garanti ce qui est de l'intérêt [en jeu], si tu l'avais su ; si tu l'avais ignoré, tu ne réclameras pas le loyer ; ainsi, l'ont décidé Servius, Labéon et Sabinus ».*

[736] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 15 §§ 2, 3 et 4.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si la violence d'une désastreuse tempête s'est produite, voyons si le bailleur, envers le preneur, doit garantir quelque chose. Servius dit que le propriétaire doit garantir au colon toute violence à laquelle on ne peut résister, comme par exemple celle d'une rivière, de choucas, d'étourneaux et si quelque chose de semblable arrive, ou si une incursion des ennemis est faite ; si, par quelque moyen, cependant, des défauts, à partir de ce même bien, naissent, ils ne sont pas au préjudice du colon, comme quand du vin s'aigrit et quand les céréales sur pied, par des vers ou des herbes, ont été corrompues. Mais, si un éboulement s'est produit et a emporté tout le fruit, le préjudice n'appartient pas au colon, de sorte qu'il ne soit pas contraint de payer le préjudice des semis perdus et les loyers du champ. Mais, si, par le charbon, le fruit de l'olivier est corrompu ou que, par une ardeur inaccoutumée du soleil, cela arrive, le préjudice appartiendra au propriétaire ; mais, si rien, en dehors de ce qui est habituel, n'arrive, le préjudice appartient au colon. De même, il faut le dire, si une armée de passage, par dérèglement, a enlevé quelque chose. Mais, si le champ, suite à un tremblement de terre, s'est effondré de sorte qu'il n'existe plus, au préjudice du propriétaire, il se trouve : il faut en effet qu'une terre soit fournie au preneur, afin qu'il puisse en jouir. 3 - Alors que quelqu'un a allégué l'incendie d'un bien-fonds et qu'il a souhaité une remise, il a été ainsi dit pour lui dans un rescrit : "Si tu cultivais un bien-fonds, à cause d'un cas d'incendie, pour celui qui est imprévu, ce n'est pas injustement qu'un secours doit t'être donné". 4 - Papinien, dans le livre IV de ses Réponses, dit que, si pour une année, quelqu'un a accordé une remise à un colon à raison de la stérilité [de la terre], qu'ensuite, dans les années suivantes, l'abondance arrive, rien ne fait obstacle au propriétaire pour réclamer la remise, mais aussi l'entier loyer de l'année pour laquelle il a fait remise. De même, il l'a répondu pour la perte de la rente. Mais, si, avec le mot de donation, le propriétaire, à cause de la stérilité de l'année, a fait remise, il faudra dire de même, comme s'il n'y avait pas donation, mais transaction. Qu'en est-il, cependant, si la toute nouvelle année était stérile, [année] sur laquelle il lui a fait remise ? Plus véritablement, on dira que, si les suivantes étaient plus abondantes et que le bailleur le sait, elle ne doit pas être appelée en compte ».*

bail), 15, § 4, nb 25 et 26 ; *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 31, p. 114. Nous avons déjà vu liv. II, chap. 45, § 6 que cela avait agréé autrement aux États de Hollande à raison des conséquences sur les dîmes.

En outre, il faut observer qu'une stérilité inaccoutumée ne doit pas être estimée si ce n'est au regard des fruits de tout le bien-fonds, non de chacune des parties, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 25.Il n'est cependant pas requis que le preneur ne récolte aucun fruit, pourvu que, les dépenses ayant été déduites, ils ne valent pas la moitié du loyer convenu, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 105, nb 3, p. 350, et cela avecle bénéfice de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, dont [il sera parlé] ci-dessous dans le dernier chapitre, § 1, sur les mots *Une remise en l'état initial à partir d'une lésion d'outre moitié*, et ainsi a-t-il été jugé en Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 202.

Du reste, il est demandé si l'habitant, à raison d'une destruction ou d'une incursion des ennemis, pourra retirer [du loyer] à proportion de temps. Cela est affirmé, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. II, decis. 136, nb 9.

Cepend ant, cette remise du loyer à raison d'une stérilité inaccoutumée ou d'un malheur de guerre n'est pas admise dans l'emphytéose, car ici, la rente annuelle n'est pas payée selon la proportion des fruits, mais en reconnaissance de la propriété, voir *Respons jurisconsulotorum Batavorum*, oart. II, cons. 58. Toutefois, en abandonnant toute l'emphytéose, l'emphytéote sera libre de la prestation de la rente annuelle ; voyez ci-dessus liv. II, chap. XL, § 9, sur la note 904. Cela est aussi vrai quand toute l'emphytéose a péri, comme le dit l'auteur dans le même chapitre, § 22, note 925.

En outre, il faut relever que le preneur ne répète pas à bn droit les épenses tant utiles que nécessaires, pourvu qu'elles aient été faites pour l'utilité perpétuelle du bien, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 37, defin. 26. Mieux, il signale de même dans ledit ouvrage, part. II, const. 25, defin. 21, que le droit de retrait se présente au preneur à la faveur des dépenses nécessaires.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXVII. Il a été permis dans différents statuts au preneur d'adapter la maison à lui louée au travail ou à la boutique qu'il pratique, pourvu qu'il ne rende pas la maison en plus mauvais état et que, la location étant terminée, il la remette dans sa forme initiale à ses frais, voir Roseboom, *Keuren van Amsterdam*, chap. 51, art. 15 et 16 ; *Keuren van Haarlem*, art. 11 et 12 ; coutumes de Middelburg, rubr. 9, art. 10, 11 et 12.

DCLXXVIII. Le bailleur ne peut pas, contre le gré du preneur du bien-fonds, être quitte en payant ce qui est d'intérêt à la place de l'usage lui-même du bien pris à bail, comme la raison de notre droit le prouve suffisamment et à plus forte raison, cela a été à bon droit disposé dans le statut de Haarlem de 1710, art. 3.]

§ 13. Celui qui donne congé à un serviteur durant le temps [de son service] sans raison légale doit lui faire suivre le plein loyer [737].

[737] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 24 § 2, 38 et 55 § 2 ; la *villekeur* d'Amsterdam imprimée en 1624, p. 243 ; la coutume d'Utrecht, tit. 39, art. 2. Voyez contre cela en outre, le placard de la Cour de Hollande "contre l'injustice des serviteurs à La Haye à l'arrivée et la sortie de leurs maisons" du 1er mai 1608 ; l'ordonnance de La Haye du 27 avril 1629 ; la *keur* de la ville de Delft du 16 mars 1608, et le placard des États de Hollande "des apprentis et de leurs maîtres" du 2 septembre 1597.

Extrait du livre XXXIV sur l'É*dit du préteur* de Paul : *« 2 - Si une maison ou un bien-fonds a été, avec des loyers de cinq ans, louée, le propriétaire peut, si a déserté l'habitation ou la culture du bien-fonds le colon ou le locataire, immédiatement contre eux, agir en justice ».*

Extrait du livre unique des *Règles* de Paul : *« Celui qui a loué ses services doit recevoir le salaire du terme entier, s'il n'a pas dépendu de lui qu'il ne fournisse pas ses services. 1- Les avocats aussi, s'il n'a pas tenu à eux d'empêcher de traiter la cause, ne doivent pas rendre leurs honoraires ».*

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« 2 - Celui qui, contre la clause de la prise de bail, a déserté le bien-fonds avant le temps sans juste et plausible cause, peut être cité en justice pour payer les loyers de tout le temps sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, dans la mesure où, envers le bailleur, l'indemnité sur ce qui est de son intérêt est conservée ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 737 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que le propriétaire qui renvoie un serviteur ou une servante dans un temps fixé à l'avance sans une cause sérieuse, est tenu à toute la rémunération et cela triomphe ainsi à Amsterdam, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 51, nb 26. Cela a été ainsi reçu aussi dans l'électorat de Saxe, voir Carpzov, *Decisiones illustres*, part. III, decis. 264, à un tel point qu'à partir de la nature du contrat obligatoire de part et d'autre, le maître et le serviteur usent du même droit et sont exactement de la même condition ; mieux, Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, defin. 131, nb 9, a déclaré que la condition des serviteurs était plus douce que celle des maîtres. À Flessingue, le maître est tenu de payer toute la rémunération jusqu'au prochain terme ou au 1er octobre à la Saint Bavon, pourvu que sept semaines précèdent cette déclaration, à moins qu'une cause sérieuse ne subsiste, voir les coutumes de Flessingue, chap. 7, art. 16.

En Frise, un mois et demi ou le huitième de l'année doit être payé, voir les coutumes de Frise, lib. I, tit. 20, art. 6. Il a agréé aux gens de Flessingue par la suite que le maître qui renvoie un serviteur pour une juste cause soit tenu seulement de la rémunération passée ; si au contraire il n'allègue aucune raison, jusqu'au temps du louage et il n'y a pas besoin d'une déclaration, mais le serviteur doit partir immédiatement, voir l'ordonnance sur l'engagement des domestiques à Flessingue du 18 octobre 1738, art. 6. Mais, si les serviteurs sont incommodés de vices plus graves, aussi, aucune rémunération n'ayant été donnée, ils peuvent être chassés par les maîtres, voir l'ordonnance sur l'engagement des domestiques à Middelburg du 10 décembre 1689, art. 6 à la fin, à Flessingue, art. 9.

Mais, bien que la doctrine de l'auteur s'appuie sur l'équité, cependant, dans les divers statuts des places, cela est limité, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note. Et ainsi aussi, à Middelburg, aucune raison n'ayant été donnée, le maître ordonne que le serviteur ou la servante s'en aille pourvu qu'il lui paie la rémunération des sept semaines dans lesquelles il était entré d'une façon telle que, le quarante-et-unième jour ayant été accompli, il ne gagne rien si ce n'est la rémunération d'un seul jour, voir l'ordonnance sur l'engagement des domestiques, art. 6. Et ainsi, la servante, riche ni en terres ni en espèces placées à intérêts, est contrainte de mendier ou de faire profit de son corps, s'il est d'une forme élégante.

Cependant, quant au droit commun, à raison d'une désobéissance ou de mots injurieux, le temps n'étant pas encore terminé, Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 39, nb 15, p. 267, signale que le maître chasse à bon droit de la maison le serviteur. À Anvers, il y a toujours pour le maître ou la maîtresse la possibilité de renvoyer un serviteur, pourvu qu'il paie la rémunération à proportion du temps [passé], et, dans le cas inverse, selon la nature de l'équité, le serviteur jouit de cette même liberté, à moins que, de part et d'autre, on n'ait agi autrement au moment du contrat, voir les coutumes d'Anvers, tit. 59, art. 23, p. 173. Cependant, le maître n'est tout à fait en rien tenu de payer [la rémunération] au serviteur quant au droit commun sans quelque cause de départ, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 51, defin. 13.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXIX. Dans les nouveaux statuts des différentes places, il est licite de renvoyer du service les serviteurs domestiques aussi avant la fin du temps du louage [de services] sans payer une indemnité, voir l'édit de la Cour du 29 novembre 1679, art. 10 ; la loi d'Amsterdam du 31 janvier 1758, art. 8 ; la loi de Haarlem du 19 décembre 1693, art. 5 ; la loi de Leyde du 8 mars 1703, art. 12.]

§ 14. Celui qui a loué une prairie pour une longue durée d'années ne peut pas labourer celle-ci dans les dernières années [738].

[738] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 19, 2, 35 § 1, et là, Bartole ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 623, nb 3 avec les suivants, lettre C ; ni aussi dans les premières années, voir en argument D. 7, 1, 13 § 8 et 27 § 1 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 215.

Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : *« 1 - Alors que nous possédons un bien-fonds commun et qu'entre nous, l'on a convenu qu'une année sur deux, pour un certain prix, nous l'aurions comme prise de bail, toi, alors que ton année s'est écoulée, de propos délibéré, tu as corrompu le fruit de l'année suivante. J'agirai en justice contre toi avec deux actions, l'une, sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, l'autre, sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato) *: ma propre part*

[**Note de Willem Schorer sur la note 738 de Groenewegen van der Made**

Mieux, pas la première année, bien que le pré ait été retourné à la charrue, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note. Voyez aussi le statut de Middelburg, art. 10, p. 42.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXX. Il n'est pas permis au preneur de faire à partir de pacages des champs cultivés, bien que cela soit fait dans les premières années d'une longue location, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 77 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 29.]

§ 15. Les charges communes des pays, des villes et des villages qui, sur les fruits, sont imposées doivent être supportées par le preneur [739], toutes les autres, par le bailleur [740].

---

vient en jugement avec l'action de louage (locati)*, mais la tienne seulement, avec l'action de prise de bail* (conducti). *Ensuite, il relève ainsi : est-ce que, pour ce qui regarde ma part, avec l'action en partage d'un bien commun* (communi dividundo)*, le préjudice ne sera pas garanti par toi. Il le relève, certes, à bon droit, cependant, je pense que l'opinion de Servius est vraie, à savoir que contre lui, alors que, par l'une ou l'autre des deux actions, je conserve le bien, l'autre est éteinte. Posons la question plus simplement, s'il est exposé que l'on a convenu entre deux personnes qui, chacune, possèdent des biens-fonds propres, que l'une prend à bail le bien-fonds de l'autre, de façon à en percevoir le fruit au titre d'un loyer ».*

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 8 - De même, si l'usufruit d'une maison a été légué, l'usufruitier ne doit pas faire à cet endroit des appartements, ni les diviser par pièces, [vis-à-vis] des maisons ; pourtant, il peut la louer, mais il faudra que, comme une maison, il la loue. Un bain ne doit pas y être fait. Mais, [quant à] ce qu'il dit qu'il ne ferait pas d'appartements, reçois ainsi ce que l'on appelle communément des hôtelleries et des fouleries. Moi, certes, si un bain, dans la maison, a été, aux usages du propriétaire, ordinairement consacré dans une partie intime de la maison ou entre des corps de logis agréables, ni à bon droit, ni à partir du jugement d'un homme de bien, il ne le fera, s'il a commencé à le louer pour que, publiquement, on s'y baigne, pas plus que s'il avait loué la maison pour l'emplacement d'animaux de trait ou s'il avait loué l'étable qui était le logis vacant des animaux de trait et des chariots à une boulangerie ».*

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Si le [nu] propriétaire use ait ordinairement d'une boutique pour ses marchandises ou pour le commerce, en tout cas, il serait permis à l'usufruitier de les mettre en location pour d'autres marchandises et il faut seulement observer que l'usufruitier n'en abuse pas ou, de façon injurieuse ou outrageante, n'use de l'usufruit ».*

[739] (Note de Groenewegen) Voir en argument Décrétales III, xxx, 26 ; Charondas le Caron, *Pandectes du droict françois*, liv. II, chap. 12.

Décrétale d'Innocent III à l'évêque de Verceil : *« Ta fraternité nous a intimé que certains laïcs [de ton diocèse et plusieurs autres des diocèses voisins] entreprenaient de soustraire les dîmes aux églises et à tes clercs avec des machinations perverses [et qu'ils ne se souciaient pas de corriger, avec la satisfaction due, l'audace de la perversité conçue]. En effet, certains d'entre eux disent que la semence et les frais qui sont fait dans la culture doivent d'abord être déduits et assuraient que, quant au reste, la dîme devait être payée. Mais d'autres, quant à la part des fruits qu'il reçoivent des colons, séparant une part de la dîme, la confèrent à leurs chapelles ou aux autres clercs [de leurs églises], aussi aux pauvres ou les convertissent à d'autres usages à la faveur de leur volonté. Certain aussi, détestant la vie des clercs en tant qu'abominable, ne craignent pas de leur soustraire les décimes à raison de cela. [Certains, en outre, affirmant être arrivés dans les possessions et tous leurs droits avec toute charge et le territoire par une concession impériale, présument détenir les dîmes sous une généralité de cette sorte]. Mais, si, pour Dieu duquel tous les biens procèdent, ceux qui affirment cela avaient le respect dû, ils ne soutiendraient pas amoindrir le droit ecclésiastique et ne présumeraient pas détenir les dîmes qui sont les tributs des âmes pauvres. En effet, du fait que Dieu, auquel appartient la terre, la plénitude de celle-ci, le monde des terres et tous ceux qui y habitent, ne doit pas être d'une condition plus mauvaise que le seigneur temporel, dont le statut dû quant aux terres qu'il montre aux autres pour les cultiver, certes, sans déduire les frais ou séparer la semence, nécessairement, avec intégrité, elle est payée ; c'est assurément considéré trop injuste, si les dîmes, que Dieu a prescrit de lui rendre en signe de sa domination universelle, assurant que les dîmes et les prémices sont les siennes, avec une occasion mise en avant ou réfléchie, plus avec une fraude, peuvent [peut-être] diminuées, du fait qu'à Dieu, le paiement des dîmes est dû pour autant que, pour les montrer aux clercs, avec lesquelles lui-même les a accordées pour son culte, les laïcs, si, ayant été instruits, ils n'ont [peut-être] pas voulu les rendre, avec une contrainte ecclésiastique, doivent y être contraints. Et, du fait que, de toutes les productions, les dîmes doivent être rendues, de même que le colon, sur la partie des fruits qui lui restera à raison de la culture, de même, le propriétaire, sur la part qu'il perçoit à raison de la terre, sont tenus de rendre la dîme sans diminution. Au vrai, sous le prétexte de la négligence des clercs, ils ne peuvent pas les réclamer [à d'autres], si ce n'est à ceux auxquelles , à partir du commandement divin, elles sont dues, à la faveur de leur jugement, du fait que, pour personne, il n'est légal de concéder le bien d'autrui à quelqu'un en dehors de la volonté du propriétaire [bien que, par la sollicitude de l'office pastoral, les clercs doivent être punis de leur négligence]. Parce que nous ne voulons pas [ni ne devons pas] souffrir que les droits des églises et des clercs, avec n'importe quelle présomption, soient amoindris, [à ta fraternité, avec l'autorité des présentes], nous commandons que, dans la mesure où tous ceux qui, à raison des personnes au aussi, des biens, sont tenus de produire les dîmes aux églises et aux clercs de ton diocèse, à devoir rendre celles-ci en totalité, la voie d'appel étant supprimé, [avec l'autorité apostolique], tu les contraindras [par une sentence d'excommunication ou d'interdit. [En outre, pour que tu puisses contraindre les clercs de ton diocèse, quant*

§ 16. Que le droit du bail et de la prise de bail, à la fin, passe sur l'héritier du bailleur et du preneur [741] peut être entendu à partir du droit commun de la convention. Chez nous, la pratique est que l'acheteur doit laisser suivre la location faite par son vendeur **[344]** [742], de dont il est parlé ci-dessus, comme aussi, ci-dessus, à sa place, il est traité du droit de gage tacite qui, à partir d'un location, suit.

[**Note de Willem Schorer sur la note 741 de Groenewegen van der Made**
Mantica, *De tacitis conventionibus*, lib. IV, tit. 9, nb 3, peut être vu sur tout cet endroit.]

[**Sur la note 742 de Groenewegen van der Made**
L'auteur signale ici que, dans les usages, la vente échoit à une location et que cela est plus conforme à l'équité et à une saine raison, du fait que l'acheteur représente le vendeur et que personne ne peut transférer plus de droit que lui-même n'a eu, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 54 ; et cela a été ainsi disposé à Middelburg, voir les coutumes de Middelburg, art. 1, p. 40, et triomphe en Flandre et dans le Brabant, voir *Précis du droit Belgique*, p. 177 ; de même à Flessingue, voir les coutumes de Flessingue, chap. 7, art. 7.

Cela doit toutefois être entendu si le preneur s'est préparé à payer à l'acheteur les loyers du temps futur ; et cela est vrai, bien que le preneur ait déjà payé au bailleur le loyer du temps précédent de toute la location, mieux, en allant répéter avec une condiction de l'indu ce qui avait été payé au-delà de la date de la réalisation de l'aliénation ; et ainsi [le dit] Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 19, tit. 2, nb 19, mais comme il me semble, contre le gré de D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 54. Dans le comté de Zutphen, cependant, l'offre de bail et la prise de bail sont terminées par une vente jusqu'à ce jour selon le droit romain, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 30, nb 50, p. 274. Toutefois, dans le droit commun, la prise de bail est régulièrement plus forte que la vente à un point tel que la prise de bail elle-même revit quand le preneur lui-même a acheté le bien et se retire de lui ou que le bien est autrement évincé envers l'acheteur lui-même, voir de Haan dans ses notes sur les coutumes de Gand, rubr. 13, art. 2 ; Surdus, *Decisiones*, decis. 51, nb 25, p. 95.

---

auxquels la plainte a été exposé dans ton audience quant aux dîmes ci-devant dites, aux fruits perçus et à eux, à faire, sous ton examen, une pleine justice, non obstant l'obstacle d'un appel intervenu en moquerie de la discipline ecclésiastique, à ta dévotion, avec la page du présent écrit, nous avons réglé que cela devait être accordé] ».

(Note du traducteur) Les passages mis entre crochets étaient inconnus à l'époque où Groenewegen a fait ses annotations. Ils ont été restitués par Friedberg dans la collection du *Corpus juris canonici* qu'il publia à Leipzig en 1881.

[740] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 39, 4, 7 ; Charondas le Caron, *Pandectes du droict françois*, liv. II, chap. 22 ; Garcia, *De expensis et meliorationibus*, cap. 14, nb 18 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 617, lettre C ; Ayres Pinhel sur C. 6, 60 *(Des biens maternels et de genre maternel)*, 1, part. II, nb 72.

[741] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxiv *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, § 6 ; C. 4, 65, 10. Cependant, cela n'a pas lieu lorsque le preneur n'a été propriétaire que d'un usufruit viager, voir D. 19, 2, 9 § 1, et là, Costalius ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 8, art. 3, nb 2-5 et de même dans les additions ; coutumes d'Anvers, tit. 48 *(Des usufruitiers)*, art. 7 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. V, concl. 418, nb 32 et suivants, lettre L.

« § 6. Le preneur étant mort durant le temps de la prise de bail, son héritier, avec le même droit, à la prise de bail, succède ».

Constitution de Gordien adressée à Pomponius Sabinus et donnée en 239 : *« Tu ignores la voie de la vérité en estimant que les héritiers ne succèdent pas aux prises de bail : quand la prise de bail est soit perpétuelle, elle est aussi transmise aux héritiers, soit pour un temps, la charge du contrat incombe aussi à l'héritier durant la durée de la location ».*

[742] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 59 *(Des foires)*, art. 1 ; coutumes de Malines, tit. 8, art. 1. Ceci est différent des lois romaines, voir C. 4, 65, 9, ce qui est encore suivi et observé en Frise à cet égard, voir Sande, *decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 6, defin. 1 aux mots *porro quamvis*, à moins que le vendeur n'ait obligé le bien loué ou au moins, tous ses biens en général avant la poursuite de la location, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 1, defin. 7. Voyez en outre là-dessus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 9.

Constitution d'Alexandre adressée au soldat Aurelius Fuscus et donnée en 234 : *« Pour l'acheteur, certes, d'un bien-fonds, il n'est pas nécessaire que le colon, auquel le premier propriétaire a loué, reste, moins que, sous cette condition, il n'ait acheté. Mais, s'il est prouvé qu'avec quelque pacte, il avait consenti à ce que, sur cette même prise de bail, il reste, bien que sans un écrit, avec une action de bonne foi, il est contraint d'obéir à ce qu'il a agréé ».*

Du reste, le droit particulier des gens d'Amsterdam ne doit pas être passé sous silence, car, chaque fois qu'une maison est ici vendue avec le décret du juge, avec cela même, la prise de bail est terminée, bien que quelqu'un ait loué une habitation pour plusieurs années, à moins qu'il ne déclare son droit au secrétaire et alors, cependant, l'année étant terminée, le preneur doit évacuer la maison ainsi vendue par décret, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 51, art. 7, alors qu'ailleurs, il peut y habiter jusqu'à la fin du temps convenu ; Abraham van Wesel, sur les coutumes d'Utrecht, art. 19, nb 9, signale que, du moins, cela triomphe ainsi à Utrecht.]

[*Dont il est parlé ci-dessus.* Voir liv. II, chap. XLIV, § 9, note 1062.]

*

Chapitre XX
Des loyers entre partons, armateurs, chargeurs et matelots [743]

§ 1. Puisque la prospérité de la Hollande repose principalement sur la marine, pour cela, deux types de contrats de louage sont nécessaires, des chargeurs avec les patrons et des patrons avec leur équipage, de même qu'aussi du capitaine avec ses armateurs, lesquels contrats ont reçu leurs caractéristiques particulières tant des lois que des coutumes ; aussi sera-t-il nécessaire de parler de ce que chacun a en particulier.

§ 2. Et en premier lieu, du droit entre les marchands, à savoir, entre les armateurs et des patrons.

§ 3. Un patron étant pris ici à terre pour voyager en dehors du pays et, là, pour qu'il y soit chargé pour un fret convenu, dans le cas où, par la suite, le patron ne pouvait pas faire voile, par un arrêt de l'autorité souveraine qui fut fait sur place sans indemnité, ou aussi, le marchand ne trouvait pas bon, pour une bonne raison, de charger le **[345]** navire, dans les deux cas, le marchand est tenu de payer le fret convenu en totalité au patron [744]. Mais, dans le cas où le navire, se trouvant en dehors des pays, est frété pour charger ailleurs et, arrivant

[743] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance de l'empereur Charles sur les lois maritimes du 19 juillet 1551 et du roi Philippe II du 31 octobre 1563 ; le placard des États de Hollande du 2 avril 1605 avec les lois maritimes de Wisby ; Anselmo, *Codex Belgicus* au mot *Schippers (Capitaines)* et au mot *Zee-regten (Lois de la mer)*.

(Note du traducteur) Nous avions déjà proposé il y a quelques années la traduction de tous les chapitres de *l'Inleydinge qui* concernaient la matière maritime. Nous ne reprendrons pas exactement celle-ci, mais reprenons entièrement la traduction qui en avait été faite et publiée dans l'ADMO, t. XXIV, Nantes 2006, p. 17-102.

[744] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 35 et le ci-devant dit placard de Philippe II, tit. 2 *Des patrons et des marchands*, art. 2 ; D. 19, 2, 61 § 1 ; Statut de Frise, liv. I, tit. 19, art. 2.

(Note traduction du néerlandais) Art. 35 : *« De même, s'il arrive qu'un navire soit frété ici pour être chargé en dehors du pays pour un fret certain convenu et que, par la suite, le patron, par un arrêt de l'autorité suprême, ne puise partir, aussi, que le marchand, à partir de quelques considérations, ne veuille pas aventurer son bien, ou qu'aussi, ne puisse pas être chargé au jour convenu, ce marchand, dans tous les cas ci-devant dits, sera tenu de payer le fret entier au patron ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, Imprimerie royale, Paris 1837, t. IV, p. 57.

(Note traduction du néerlandais) Art. 2 : *« De même. S'il arrive qu'un navire soit pris dans le pays pour aller de là à l'étranger et y être chargé pour un fret certain convenu, et qu'ensuite le patron ne peut pas, par un arrêt de la haute autorité ici, sans quelque indemnité, ne pouvait pas faire voile, ou aussi, que le marchand, à partir de quelque considération, ne voulait pas aventurer ses biens ni les charger sur le navire, ce marchand sera tenu de payer le fret entier au patron ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 65.

(Note du traducteur) Nous avons pensé juste de reprendre entièrement les traductions proposées par Pardesssus qui, sans être fausses, restent cependant trop éloignées du sens précis des textes. Nous avons donc systématiquement entrepris de refaire une traduction complète de ces textes à partir du seul texte néerlandais.

Le Statut de Frise de 1602 se contente de reprendre *verbatim* les articles empruntés au texte de l'ordonnance de Philippe II de 1563, tit. II.

Le placard des États de Hollande du 2 avril 1605 se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. I, édité à La Haye en 1658, col. 700-705.

là, est confisqué par l'autorité suprême sans une contribution du marchand, se voit interdire de prendre ou charger quelque bien avant qu'il ait le bien dans sa cale ou par la suite, ainsi le marchand est tenu sur la moitié du fret [745]. Alors, dans le cas où, le patron étant pris ici au pays ou en dehors du pays, avant qu'il commençât son voyage, était contraint de servir sous une solde, par une guerre ou une autre notable cause, devait cesser ses voyages, ainsi, le marchand et le patron, sont déchargés réciproquement [746] et doivent s'aider à supporter réciproquement les frais faits en considération du voyage entrepris [747].

---

[745] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dits placards de l'empereur Charles, art. 36 et du roi Philippe II, tit. II, art. 3, et le Statut de Frise, part. I, tit. 19, art. 2.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 36 : *« De même. Si le patron a convenu de transporter d'ici des biens en dehors de nos pays et qu'avant qu'il ait commencé son voyage, le navire et le patron sont pris par l'autorité suprême ou le prince pour le servir par une solde, ainsi, alors, le marchand sera déchargé de donner quelque chose au patron. Mais, dans le cas où un navire est frété en dehors de ces pays pour être chargé ailleurs et qu'une tel navire, arrivant là, y est arrêté ou interdit par l'autorité suprême d'y prendre et charger quelque biens (étant bien entendu qu'une telle chose est faite sans contribution du marchand), ainsi, le patron, dans ce cas, aura la moitié de son fret, non obstant [de savoir] s'il a eu a eu le bien dans sa cale ou non ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 57-58.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 3 : *« Et, si un navire, se trouvant dans ces pays, était pris pour conduire des biens en dehors de ces pays et que, là, ce patron ait commencé son voyage, lui et le navire, était pris ici par l'autorité suprême pour le servir par une solde ou autrement ou aussi, que les ci-devant dits patron et navire, par une guerre ou une autre notable cause, ceux-ci devraient ou pourraient suspendre le voyage commencé, ainsi, ces marchands et ce patron seront réciproquement déchargés. Sauf qu'ils supporteront réciproquement les frais faits en contemplation de cela. Voulant que cela soit aussi observé pour les navires qui se trouvent en dehors des pays et, là, étant empêchés par de semblables causes de faire leur voyage commencé ».* Cf. pour le texte néerlandais, voir Pardessus, *op. cit.*, p. 65-66.

L'article 2 du tit. 19 du Statut de Frise de 1602 a repris exactement les articles correspondants du tit. II de l'ordonnance de Philippe II de 1563.

[746] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 37 ; D. 12, 4, 3 § 9 [le texte est faussement ici indiqué comme étant l'extrait 19, qui n'existe pas dans ce titre et qui, en outre, ne comporte pas non plus 10 paragraphes, mais seulement 9] et 5 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 15 et 32 ; [l'ordonnance Philippe II] tit.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 37 : *« De même. Arrivant que le le patron étant convenu de conduire des biens en dehors du pays de là vers certaines places, qu'après la convention, une guerre naquit ou aussi, qu'un arrêt de l'autorité suprême su son navire fût fait et qu'à partir de cette considération, le patron pût cesser le voyage, chacun sera déchargé du contrat, excepté son action des intérêts telle qu'elle appartient selon les lois ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 58.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Bien qu'il ait été permis à celui qui est sur le point d'être affranchi aussi, de son pécule, de le remettre pour remplir une condition, si, cependant, l'héritier veut sauvegarder les espèces, il peut interdire que celui-ci les donne ; ainsi, il se fera que celui qui est sur le point d'être affranchi arrive à la liberté comme avec une condition remplie, à laquelle il s'est vu empêcher d'obéir, et les espèces ne périront pas. Mais celui, que le testateur a voulu recevoir, contre l'héritier, avec une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *peut agir en justice pour, au testateur, obéir ».*

Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : *« Si tu as reçu de l'argent pour aller à Capoue, qu'ensuite, t'étant préparé à te mettre en route, la condition du moment ou d'une maladie est venue empêcher que tu te mettes en route, il faut voir si tu pourras agir avec une condiction ; et, du fait que cela n'a pas dépendu de toi, il peut être dit que la réclamation cesse ; mais, du fait qu'il est permis de regretter à celui qui l'a remis, sans aucun doute, sera réclamé ce qui a été remis, à moins, peut-être, qu'il ait été de ton intérêt que tu n'aies pas, à raison de cette cause, reçu l'argent. Car, si la chose se trouve d'une façon telle que, bien que tu ne te sois pas encore mis en route, qu'ainsi, cependant, tu as arrangé l'affaire, de sorte que, nécessairement, tu aies à te mettre en route ou bien que, les dépenses qui étaient nécessaires pour le voyage, tu les aies déjà faites, de sorte qu'il est clair que tu as plus dépensé que tu as reçu, la condiction cessera ; mais, s'il a été dépensé moins, la condiction aura lieu, cependant, d'une façon telle qu'une indemnité te sera payée pour ce que tu as dépensé. 1 - Si quelqu'un a livré un esclave à quelqu'un d'une façon telle que, par lui, dans un certain délai, il soit affranchi, s'il a regretté celui qu'il a livré, que, sur cela, il l'a rassuré et qu'il a été affranchi après le regret [exprimé], cependant, une action, à raison du regret, se présente à celui qui l'a remis. Clairement, s'il ne l'a pas affranchi, la constitution vient à la suite et fait qu'il soit libre, si [le maître] n'a pas encore regretté celui que, pour cela, il a donné. 2 - De même, si quelqu'un, à Titius, a donné dix pour acheter un esclave et l'affranchir, qu'ensuite, il le regrette, si, certes, il n'a pas encore été acheté, le regret fournira une condiction, s'il lui est rendu clair que, si, par la suite, il l'achète, du dommage, il sera affecté ; mais, s'il a déjà été acheté, le regret ne fait pas injure à celui qui le rachète, mais, à la faveur des dix qu'il a reçus, il restituera l'esclave lui-même qu'il a acheté ou, s'il est exposé qu'antérieurement, il était mort, il ne paiera rien, si seulement, par son biais, cela n'a pas été fait. S'il a fui et que cela arrive avec la faute de celui qui l'a racheté, il ne paiera rien ; clairement, il faut que celui-ci donne garantie que, si, sous sa puissance, il est arrivé, il sera rendu. 3 - Mais, s'il a reçu l'argent pour affranchir l'esclave et que ce dernier a fui avant d'être affranchi, il faut voir si l'on pourra, avec une condiction, réclamer ce qu'il a reçu. Et, si, certes, il va vendre cet esclave et qu'à cause de cela, il ne l'a pas vendu, ce qu'il aura reçu pour l'affranchir, il*

[**Note de Willem Schorer sur la note 746 de Groenewegenb van der Made**

L'obligation entre le marchand et le patron cesse dans le cas exposé par l'auteur jusqu'au point qu'aussi, l'empêchement ayant cessé, le patron n'est pas tenu de transporter les marchandises avec la même rémunération ; mais il y a besoin d'une nouvelle convention et d'une nouvelle détermination du prix, du moins, au jugement d'un homme de bien, comme on peut le voir à partir de l'autorité alléguée par Groenewegen dans sa note.]

§ 4. Le marchand n'étant pas prêt à charger le navire dans le délai convenu, le patron peut encore attendre quinze jours, lui étant payés ses jours de planche selon les dires raisonnables ; mais, si le marchand ne faisait pas le chargement dans ce même délai et disait ne pas vouloir charger, ainsi, ils sont réciproquement déchargés, le marchand est tenu de payer le fret convenu au patron avec les jours de planche, s'il y en a quelques-uns [748].

§ 5. Le patron est tenu envers le marchand de régler et de rétablir toute perte que le marchand vient à souffrir de ce que le navire est parti n'étant pas convenablement calfaté,

---

ne faut pas que cela lui soit réclamé avec une condiction ; clairement, il donnera garantie que, si, sous sa puissance, l'esclave est arrivé, il rendra ce qu'il a reçu, avec cela en moins que l'esclave est devenu d'un plus bas prix à raison de sa fuite. Clairement, si, encore, veut l'affranchir celui qui l'a donné, mais que celui-là, à raison de sa fuite, offensé, ne veut pas l'affranchir, il faut qu'il rende tout ce qu'il a reçu. Mais, si celui-ci choisit, [lui] qui a remis les dix, d'obtenir l'esclave lui-même, il est nécessaire que celui-ci soit remis ou que, ce qu'il a donné, soit rendu. S'il n'allait pas le vendre, il faut que ce qu'il a reçu lui soit rendu, à moins, peut-être, que, plus soigneusement, il ne l'ait eu. S'il n'a pas reçu [l'argent] pour l'affranchir, alors, en effet, il n'est pas juste que ce dernier, de l'esclave et de tout son prix, soit privé. 4 - Mais, quand il a reçu [l'argent] pour l'affranchir et qu'ensuite, l'esclave est mort, si, certes, il a commis un retard pour l'affranchissement, il est logique que nous disions que celui-ci reverse ce qu'il a reçu ; s'il n'a pas commis de retard, mais qu'il s'est mis en route [pour aller] chez le gouverneur ou chez celui qu'il peut affranchir et que l'esclave, sur la route, est mort, il est plus vrai que, si, certes, il va être vendu ou que, de lui, lui-même usera, il faut que l'on dise que celui-ci ne doit rien reverser. Le fait est que, si rien de cela ne va être fait, envers lui-même, encore, l'esclave est mort ; en effet, il s'en irait, s'il ne l'avait pas reçu pour l'affranchir, à moins, peut-être, que le voyage [fait] pour l'affranchissement n'ait fourni l'occasion de la mort, de sorte que, par des brigands, il ait été tué, qu'avec un écroulement, dans une écurie, il ait été écrasé, qu'avec un chariot, il ait été broyé ou par quelque autre moyen, avec lequel il ne serait pas mort, si, à raison de l'affranchissement, l'on ne s'était pas mis en route ».

[747] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dit art. 4 [du tit. II de l'ordonnance de Philippe II de 1563] et 34 [de l'ordonnance de Charles Quint de 1551] ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 210 et le ci-devant dit art. 4 [du tit. II de l'ordonnance de Philippe II de 1563].

[748] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de Philippe II , tit. II, art. 5, ; le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 35 ; les lois de Wisby, art. 34 ; D. 19, 2, 24 § 2 et 55 § 2.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 5 : *« Dans le cas où le marchand ne chargeât pas, que ce soit par une charte-partie ou autrement, [le chargement] qu'il a contracté avec le patron, dans son délai convenu ou convenable, ainsi, le patron sera tenu d'attendre encore quinze jours, dans le cas où le marchand le souhaite, lui étant payés par le marchand ses jours de planche aux dires et à l'arbitrage de personnes qui s'y entendent ; mais, dans le cas où le marchand ne le souhaite pas ou que, dans les ci-devant dits quinze jours, il n'a pas chargé le navire, le patron sera déchargé vis-à-vis de ce marchand qui sera tenu de remettre et de payer son fret convenu avec les jours de planche, dans le cas où il y a en quelques-uns ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op.cit.*, p. 66.

(Note traduction du néerlandais) Art. 35 : *« De même, s'il arrive qu'un navire soit frété ici pour être chargé en dehors du pays pour un fret certain convenu et que, par la suite, le patron, par un arrêt de l'autorité suprême, ne puise partir, aussi, que le marchand, à partir de quelques considérations, ne veuille pas aventurer son bien, ou qu'aussi, ne puisse pas être chargé au jour convenu, ce marchand, dans tous les cas ci-devant dits, sera tenu de payer le fret entier au patron ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op.cit.*, p. 57.

Art. 34 des Lois de Wisby : *« Le navire est freté à un Marchand, ô condition qu'il le chargera dans un certain temps, s'il y manque, et qu'il retarde encore quinze jours ou d'avantage, et cependant le maistre pert le temps et l'occasion de son fret par les longueurs du marchand, sera ledit marchand tenu luy payer le retardement, dommages et interests, dont le quart appartiendra aux matelots, et les trois quarts au maistre ».* Cf. Cleirac, *Us et coustumes de la mer*, Par Guillaume Millanges, Bourdeaux 1647, p. 176.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Si une maison ou un bien-fonds a été, avec des loyers de cinq ans, louée, le propriétaire peut, si a déserté l'habitation ou la culture du bien-fonds le colon ou le locataire, immédiatement contre eux, agir en justice ».*

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« 2 - Celui qui, contre la clause de la prise de bail, a déserté le bien-fonds avant le temps sans juste et plausible cause, peut être cité en justice pour payer les loyers de tout le temps sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, dans la mesure où, envers le bailleur, l'indemnité sur ce qui est de son intérêt est conservée ».*

rendu solide ou pourvu **[346]** de cordages pour les biens [749]. Mais, dans le cas où le navire est bien pourvu et les biens bien arrimés, que, par un mauvais temps ou un un événement imprévu, les biens ou certains de ceux-ci étaient touchés par l'humidité ou autrement endommagés, de cela, le patron n'est pas tenu pour autant qu'il veuille prouver par un serment, avec deux ou trois de ses matelots que le marchand peut choisir, sa non culpabilité, étant néanmoins tenu de prendre garde aux biens, de sorte que ceux-ci soient de nouveau reçus ou ne se gâtent pas plus et cela, aux frais de ces mêmes biens, dans le cas où, pour cela, un travail particulier inhabituel ou des frais était fait [750].

§ 6. De patron doit aussi pourvoir le navire de bons cordages et cordes pour charger le navire et le décharger et, au moment du chargement ou du déchargement, les montrer au marchand ou à son représentant pour voir s'il y a quelque défaut et, s'il y y a un défaut, , de le réparer ; et, dans le cas où le patron n'a pas prévu ni fait tout cela et que, par un défaut de ceux-ci, un dommage arrivât lors du chargement ou du déchargement, ainsi, il est tenu de le réparer [751].

---

[749] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 19 § 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si quelqu'un, qui ne le sait pas, a offert en bail des jarres en mauvais état, qu'ensuite le vin s'est écoulé, il sera tenu sur ce qu'il est de l'intérêt que son ignorance n'ait pas été excusée ; ainsi, Cassius l'a-t-il écrit. [Il en va] autrement, si tu as offert en bail une terre de pâturages sur laquelle une mauvaise herbe naissait ; ici en effet, si le bétail en est mort ou en a été aussi affecté, sera garanti ce qui est de l'intérêt [en jeu], si tu l'avais su ; si tu l'avais ignoré, tu ne réclameras pas le loyer ; ainsi, l'ont décidé Servius, Labéon et Sabinus ».*

[750] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 2, 55 § 1. Tout cela regarde ce qui est dit par le ci-devant placard du roi Philippe II, tit. II, art. 6, et le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art . 42 et 43 ; lois de Wisby, art. 23.

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« 1 - Sur un bien-fonds pris à bail, si le preneur a, avec son travail, accru quelque chose par nécessité ou de façon avantageuse, a construit ou l'a commencé, alors que cela n'avait été convenu, il peut faire valoir en justice son droit pour recouvrer ce qu'il a dépensé sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto) *contre le propriétaire ».*

(Notre traduction du néerlandais) Art. 6 : *« Tous les patrons seront tenu, avant de prendre les biens et le départ du navire, de le faire calfater, de le rendre solide et de bien pourvoir à tout , ainsi, concernant les cordages, l'arrimage des biens ou autrement, d'une façon telle que qu'aucun dommage, aucune perte ni péril ne dure et ne vienne, faisant visiter celui-ci à cet effet comme il est dit ci-dessus. Et, si, par un défaut de cela, quelque dommage ou perte arrive, ceux-ci seront tenus de le régler et de le réparer. Sauf que s'il arrivait que le navire ne fût pas en bon état et ne fût pas convenablement pourvu, et que les biens ne fussent pas bien arrimés, par une tempête ou une fortune imprévisible qui rendît humides les ci-devant dits bien ou certains de ceux-ci ou qu'ils soient autrement endommagés, ce patron n'en sera pas tenu, pour autant qu'avec deux ou trois matelots que le marchand choisira, ceux-ci affirmeront la même chose sous leur serment. Et il sera néanmoins tenu de prendre garde aux ci-devant dits biens, de sorte que ceux-ci reviennent en bon état, si cela est possible, ou au moins, ne se gâtent pas plus et cela, aux frais de ces mêmes biens, dans le cas où, pour cela, un travail particulier extraordinaire ou une dépense était fait ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 66-67.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 42 : *« De même. Qu'un patron étant installé par le marchand à son contentement pour le calfatage de son pont, est tenu de le faire calfater convenablement et de le rendre solide ; et, à défaut de cela, d'en régler au marchand les dommages qui en arrivent. À moins que ce dommage, que ce soit par le pont ou autrement, n'arrive par une tempête ou une autre fortune imprévisible. Et, s'il arrivait que certains biens fussent endommagés, le patron, avec ses matelots, sera tenu de veiller au profit de ces biens sans attendre une rémunération.*

Étant bien entendu que ces dépenses extraordinaires qui servent à cela, seront prises des biens endommagés et que le ci-devant dit calfatage du pont sera tenu comme une avarie commune ».

Art. 43 : *« De même. S'il arrivait que certains biens fussent endommagés ou amoindris à l'intérieur du navire par le patron, les matelots ou des serviteurs, ce même patron sera tenu de payer au marchand ces dommages à un tel prix que le bien aurait pu valoir à la place et à l'époque du chargement ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 59-60.

Lois de Wisby, art. 23 : *Si le Navire est a arrumé, et qu'il arrive que le vin se perde par faute du maistre pour mal gouverner le Navire, ledit maistre est obligé de le payer ; mais si les matelots declarent le contraire moyennant serment, le coulage ou la perte sera sur le Marchand ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 172.

[751] (Note de Groenewegen) Voir ladite ordonnance de Philippe II, tit. II, art. 7 ; lois de Wisby, art. 22 et 47.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 7 : *« Seront également tenus les ci-devant dits patrons avoir de bons câbles et cordages pour, par leur moyen, charger et décharger les navires, lesquels, lors du chargement ou du déchargement, ils seront tenus de les montrer au marchand ou à ses commis, pour voir s'il y a quelque défaut, lequel défaut, sera tenu le capitaine de le rétablir ; et si, par un défaut des ci-devant dits câbles et cordages, quelque dommage survient alors dans le chargement ou le déchargement, il devra le réparer ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 67.

§ 7. Certains biens étant amoindris ou endommagés à l'intérieur du navire par le patron ou ses matelots [752], le patron est tenu de réparer le dommage selon la valeur du bien telle que ces biens auraient eu à la place de destination où ceux-ci étaient envoyés [753] ; mais un amoindrissement ou une perte des biens qui arrive par un coulage, une évaporation, une dispersion, une détérioration ou autrement sans une faute du patron ou de ses matelots est seulement à la charge du marchand [754] ; **[347]** dans le cas où aussi, le navire était si lourdement chargé qu'il fut trouvé aller au fond et que, pour cette raison, le patron était contraint de débarquer certains biens avant qu'il pût venir à la place de son déchargement, ainsi, le patron n'est pas tenu de compenser la perte ou le dommage qui pourrait arriver à des biens de cette sorte en surcharge, en dehors de sa faute et de sa négligence et de celles de ses matelots [755].

---

[752] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 9, 7.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« L'armateur doit garantir le fait de tous ses marins, qu'ils soient libres ou esclaves. Non à mauvais titre, il garantit leur fait, du fait que lui-même les a employés à ses risques. Mais il ne les garantit pas autrement que si, sur le vaisseau lui-même, le dommage s'est produit ; du reste, si [c'est] en dehors du navire, bien que, [ce qui a été fait] par les marins, il ne le garantira pas. De même, s'il a annoncé à l'avance que chacun des passagers serait attentif à ses biens et qu'il ne garantirait pas le dommage, que les passagers ont consenti à ce qui a été dit avant, il n'est pas cité en justice. 1 - Cette action en considération des circonstances du fait* (in factum) *est au double. 2 - Mais, si les matelots, entre eux, se sont causés un dommage, celui-ci ne regarde pas l'armateur. Mais, si quelqu'un est [à la fois] matelot et marchand, [l'action en fonction des circonstances du fait au double] devra lui être accordée. Si quelqu'un, que l'on appelle communément un* ναυτεπιβατας - i. e. *un passager et un marin [à la fois] - [subit un dommage], envers lui, [l'armateur] sera tenu, mais il garantira aussi son fait, du fait qu'il est aussi un matelot. 3 - Si un esclave du marin a causé un dommage, bien que l'esclave ne soit pas matelot, il sera très juste, contre l'armateur, d'accorder une action utile. 4 - Mais, de cette action en son propre nom, l'armateur est tenu, à savoir pour la faute de celui qui a employé de telles personnes ; c'est pourquoi, s'ils sont morts, il ne sera pas déchargé. Mais, au titre de ses propres esclaves, d'une action noxale seulement, il est tenu ; car, quand il emploie ceux d'autrui, il faut qu'il examine de quelle loyauté et de quelle innocence ils sont ; pour les siens, il est digne d'un pardon, s'il a employé n'importe lequel pour manœuvrer le navire. 5 - Si plusieurs arment le navire, chacun, à la faveur de la part qu'il a dans le navire, est cité en justice. 6 - Bien que ces actions soient honoraires, cependant, elles sont perpétuelles ; mais, contre l'héritier, elles ne sont pas accordées. Par conséquent, si un esclave a armé un vaisseau et qu'il meurt, quant au pécule* (de peculio), *l'action n'est pas accordée contre le maître, ni dans le délai d'une année. Mais, [si], avec la volonté du père ou du maître, l'esclave ou le fils [de famille] arme un vaisseau, tient une auberge ou une écurie, je pense aussi que ceux-ci doivent souffrir cette action pour le tout, comme s'ils avaient reçu en totalité tout ce qui s'est ici produit ».*

[753] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II, tit. II, art. 8 et celui de l'empereur Charles, art. 43.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 8 : *« Et, s'il arrivait que quelques biens, à l'intérieur du navire, fussent endommagés ou amoindris par le patron ou les matelots, ce même patron sera tenu de réparer ce dommage au marchand, au prix tel que celui-ci aurait payé à la place où les marchandises étaient chargées et destinées ».* Cf. pour le texte néerlandais, voir Pardessus, *op. cit.*, p. 67.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 43 : *« De même. S'il arrivait que certains biens fussent endommagés ou amoindris à l'intérieur du navire par le patron, les matelots ou des serviteurs, ce même patron sera tenu de payer au marchand ces dommages à un tel prix que le bien aurait pu valoir à la place et à l'époque du chargement ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 60.

[754] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de Philippe II, tit. II, art. 9 ; le placard de l'empereur Charles, art. 44.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 9 : *« Dans le cas où certaines marchandises sont amoindries ou endommagées par coulage, évaporation, dispersion, détérioration ou autrement, sans faute du patron ou des matelots, ces choses sont seulement à charge du marchand, lequel marchand, au lieu et au moment du déchargement, frappera trois fois sur les tonneaux ou les caisses, et ensuite les fera décharger, et il en paiera le fret entier ou les laissera au patron pour fret ».* Cf. pour le texte en néerlandais, voir Pardessus, *op. cit.*, p. 67-68.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 44 : *Mais, dans le cas où ce biens coulent, s'évaporent, sont dispersés ou détériorés sans une faute du patron ou des siens, cela sera seulement à la charge du marchand et le marchand, à la place et au moment du déchargement, frappera sur les tonneaux trois fois et, ensuite, les faire décharger et en payer le plein fret ou les laisser au patron pour le fret ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 60.

[755] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de Philippe II, tit. II, art. 11.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 11 : *« Et, sil arrivait qu'un navire chargé de marchandises ou d'autres biens, venant dans les pays de ce côté-ci, était si grand ou allant si profond que le patron de celui-ci serait contraint de débarquer certains biens de son chargement avant qu'il pût arriver à la place de son déchargement et s'il arrivait que de tels biens déchargés fussent*

§ 8. Un patron est aussi tenu de réparer le dommage que le navire ou les biens souffrent par lequel lui, le patron, a fait sortir du navire sans raison un matelot ou certains matelots [756].

§ 9. Un patron, étant hors du pays en nécessité d'argent et ne pouvant trouver aucune bomerie, peut vendre les biens chargés et il est tenu de payer au marchand ces biens dans les quatorze jours après son arrivée, d'une façon telle que les biens seraient évalués à la place de destination où ils étaient envoyés et, faisant cette compensation, le patron reçoit aussi un fret des biens qui par lui, son aussi vendus. Cependant, si le patron avait mal exploité un bon vent et qu'il en était venu à une nécessité de cette sorte ou qu'il avait vendu les biens du marchands en dehors d'une nécessité, ainsi, il serait tenu à tous les dommages et à la perte de gain qui, par cela, est causée [757].

§ 10. Un patron est tenu de prendre un pilote dans toutes les places où c'est nécessaire et habituel sous peine d'une amende de cinquante réaux d'or en plus de la compensation des frais, dommages et pertes de gain que le marchand pourrait souffrir à défaut de cela [758].

---

noyés ou restassent à l'eau sans pouvoir arriver à la place du déchargement, ainsi, le patron ne sera pas tenu de les payer ou d'en faire la compensation, à moins que la ci-devant dite perte n'arrivât par sa faute ou sa négligence et celles de ses matelots, ou aussi, qu'il n'eût déchargé les ci-devant dits biens sans avoir une raison convenable ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 68-69.

[756] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II des lois maritimes, tit. VI, art. 3.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 3 : *« Dans le cas où une dissension tombe entre le patron et certains des matelots, le patron pourra donner un congé au matelot après qu'il l'aura averti trois fois ou fait avertir et que ce matelot n'aura pas amélioré entretemps sa mauvaise conduite aux dires du pilote et du contremaître ; mais, dans le cas où il présente cela et que, cependant, ce patron voulût obtenir qu'il quittât le navire, dans ce cas, il pourra réclamer son plein loyer à l'arrivée du navire les parties ayant été entendues, il sera statué ainsi que de droit. Et, en outre, si le ci-devant dit patron, à la place du ci-devant dit matelot ne nomme aucun autre ou pas aussi bon qu'il était et que, d'une manière quelconque, au navire ou aux biens, arrivait un dommage, ainsi, le patron en sera tenu à bon droit s'il a de quoi ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 88.

[757] (Note de Groenewegen) Tout cela est envisagé par les lois de Wisby, art. 35, 41, 69 et 72.

Art. 35 : *« Si le maistre estant en voyage a manque d'argent, il doit envoyer chez luy pour en chercher ; mais ne doit perdre le temps opportun à naviguer, car s'il le faisoit, il seroit tenu de payer au marchand le dommage qu'il reçoit du retardement ; mais en cas de grand necessité il pourra vendre de la marchandise, et arrivé qu'il sera au lieu destiné, il payera au marchand lesdites marchandises au prix que les autres seront venduës ; et il sera payé de son fret, tant pour les marchandises qu'il aura prins et vendu, comme des autres ».*

Art. 41 : *« Si quelqu'un dans le navire de l'argent, ou quelque marchandise de haut prix dans son coffre, il sera tenu de le declarer avant qu'elle ne soit jettée, et ce faisant sera payé desdites marchandises au prix qu'elles valent, et de l'argent deux deniers pour un ».*

Art. 69 : *« Quand le maistre est contraint de vendre aucunes marchandises, il est tenu de les payer au prix que les autres marchandises seront venduës estant arrivées à port de salut, et sera aussi le maistre payé de son fret pour lesdites marchandises vendues ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 176, 178 et 188.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 72 : *« Item. Un patron qui loue un pilote ou un contremaître, ceux-ci sont tenus envers le patron de tenir son parcours comme ils le lui ont promis. S'il y avait qu'ils ne voulussent pas le tenir, ainsi, ils redonneront au patron comme nous l'avons ci-dessus dit et ordonné ».* Cf. Adriaen Verwer, *Nerderlants See-rechten, Avaryen en Bodemeryen*, By Jan Boom, Amsterdam 1730, p. 41.

(Note du traducteur) Ce dernier article ne se trouve pas dans la collection de Pardessus ni dans Cleirac, les lois de Wisby s'arrêtant dans ces deux ouvrages à l'article 69.

[758] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 9 ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 310.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 9 : *« Et, à la fin que ce qui est ci-devant dit puisse être mieux suivi et observé, tous les patrons ou maîtres des navires qui voyagent en dehors des côtes du Brabant, des Flandres, de la Zélande, de la Frise ou ailleurs depuis ce côté-ci, à l'Est, à l'Ouest ou où que ce soit, avant leur départ, sont tenus à chaque voyage lorsqu'il partent, en faisant un serment dans les mains des visiteurs des places d'où ils partiront et de jurer qu'ils observeront cette ordonnance, laquelle ils seront tenus d'avoir dans leurs navires, pour que ,i eux ni leur matelots ne puissent prétendre une ignorance de celle-ci et, outre cela, pour autant que l'un de leurs matelots, comme des officiers, des contremaîtres, des valets, des puiseurs d'eau et des mousses ait agi au contraire, qu'ils le donneront à savoir et le déclareront aux visiteurs au retour sous peine de devenir comme parjures et être tenus d'une telle peine comme sont tenus les malfaiteurs ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 90-91.

[348] § 11. Un patron, avant de faire voile, demandera à chaque fois un avis aux gens de l'équipage et suivra le dire le la majorité ; s'il faisait autrement et qu'en venait un dommage au navire ou aux biens, le patron devrait réparer une telle chose, s'il en avait le pouvoir, et non les armateurs du navire pour lui [759].

§ 12. Un patron étant loué pour l'été, il doit servir jusqu'à la Saint-Martin ; alors, s'il était à cette date encore en mer, il doit servir jusqu'à ce qu'il revienne sans augmentation de loyer [760].

§ 13. Un fréteur, ayant loué un navire pour faire selon sa volonté avec, si le navire venait, sans une négligence, à un accident, est tenu à la moitié de dommage [761] ; il peut aussi louer le navire à un autre [762].

§ 14. Et un patron, souffrant un naufrage ou touchant le fond, doit faire de son mieux pour sauver le navire et lesbiens s'il le peut ; et aussi, pour réparer le navire dans le cas où, par lavis de la majorité des matelots, le navire est trouvé être réparable et celui-ci ayant été réparé, doit apporter les biens à la place convenue, ce après quoi le marchand est tenu d'attendre, à moins qu'il ne voulût prendre auparavant les biens sauvés et s'accorder avec le patron de son fret ; mais, si le navire n'était pas trouvé réparable et que le patron et le marchand ne s'accordaient pas comme ci-dessus, ainsi, le patron doit, aussi vite qu'il est possible, louer un autre navire et apporter les biens sauvés à la place convenue ; et de tous les biens qui seront tant sauvés qu'apportés avec le navire réparé ou avec un autre, le patron recevra son plein fret [763].

(Note du traducteur) Il y a ici sans doute une erreur de l'annotateur, car on ne voit pas bien le rapport de l'article 9 en question avec la question traitée. Il s'agit très probablement plutôt de l'art. 12 du tit. II de ce placard qui illustre très exactement le cas envisagé dans ce paragraphe.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 12 : *« Dans le cas où un patron, étant maître d'un navire appartenant à divers armateurs qui se trouvent en dehors du pays, était en nécessité d'argent, il ne pourra pas sans le consentement de ces armateurs du ci-devant dit navire pour cela, le vendre, mais il pourra prendre une bomerie sur lui ou vendre des biens qui y sont chargés, conformément à cette ordonnance. Et, s'il ne pouvait pas trouver une bomerie, aussi, n'avait chargé aucun bien ou ne pouvait pas les vendre, il pourra dans ce cas engager les agrès ou les vendre avec l'avis de ses matelots ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 69.

[759] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 14.

Art. 14 : *« Estant dans un havre, le Maistre ne doit partir ou faire voile, sans l'advis et consentement de la plus grand part des Mariniers. Que s'il fait au contraire, il est tenu s'il arrive perte de l'amender ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 169.

[760] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 7.

Art. 7 : *« Le Navire estant freté pout tout l'Esté, l'Esté ou la location finit le jour et feste Saint-Martin unzième de Novembre ».* Cf. Cleirac, *op.cit.*, p. 167.

[761] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 11.

Art. 11 : *« Si un Navire freté pour un voyage est envoyé en autre plus long ou divers voyages, s'il n'y a protestation ou dissentiment contraire, le dommage qui arrivera audit Navire en ce voyage non accordé sera payé par moitié ».* Cf. Cleirac, *op.cit.*, p. 168.

[762] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 10 ; C. 4, 65, 6.

Art. 10 : *« Il n'est pas permis de vendre, ou d'engager un vaisseau prins à fret, mais bien est-il de le freter ou sous-loüer à d'autres pour le mesme temps, et pour mesme voyage ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 168.

Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Lucilius Victorinus et donnée en 224 : *« Personne ne se voit interdire de louer pour en jouir le bien qu'il a pris à bail, si l'on n'a rien convenu d'autre ».*

[763] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II, tit. IV, art. 3 ; placard de l'empereur Charles, art. 40 ; lois de Wisby, art. 16 [il faut ici corriger la référence donnée qui est fausse, mentionnant ici l'art. 19 qui n'a aucun rapport avec la question ici traitée] ; D. 14, 1, 10 § 1.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 3 : *« S'il arrivait qu'un navire, en chemin, vînt à rompre ou périr, le patron sera tenu de sauver les biens le plus et le mieux qu'il le peut et aussi, faire réparer son navire en toute diligence, dans le cas où, par l'avis de la majorité des matelots, il est trouvé réparable dans un court délai et, celui-ci étant réparé, d'apporter les biens sauvés à la place convenue, ce après quoi, ce marchand sera tenu d'attendre, à moins qu'il n'ait voulu prendre les ci-devant dits biens sauvés auprès d'eux, ce qu'il pourra faire en s'accordant avec le patron de son fret. Et, dans le cas où le ci-devant dit navire n'est pas réparable dans un court délai, que ce marchand et ce patron s'accordent, le ci-devant dit patron alors pourra et sera tenu, aussi bas qu'il est possible, de louer une autre ou d'autres navires et d'apporter ces biens sauvés à la place convenue ; cela étant*

[**Note de Willem Schorer sur la note 763 de Groenewegen van der Made**

Si le navire, avant qu'il ait apporté le chargement reçu au lieu de destination, périt pare uèn cas fortuit ou est pris par des pirates, dans ce cas, le preneur n'est tenu de procurer aucun fret, à moins que le bailleur, la chose étant encore entière, n'ait offert également un navire approprié, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 32.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXXI. Si le navire qui a transporté les marchandises, avant d'entrer dans le port, a souffert un naufrage, les juges délégués d'Amsterdam, le 21 février 1686, et la Cour, le 29 avril 1698, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, p. 194 et suivantes, et la Cour Suprême, le 16 février 1707, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lb. IV, cap. 24, p. 722, ont jugé que tout le fret des marchandises conservées, sans déduction des frais de sauvetage, devait être payé. Toutfois, cette sentence n'a pas agréé au jurisconsulte dans les *Advijsen over den koophandel*, cons. 39, p. 179 et suivantes, ni, comme il semble, aux marchands de cette poque, voir ledit ouvrage, p. 206 ; Adriaan Verwer dans ses notes sur l'art. 3 de la loi de Philippe II [de 1563, tit. IV *Des naufrages, des jets et des avaries*], p. 95 et suivantes, bie,n que cela convienneassez avec laraison du droit et que cela ait été auszsi reçu dans le tribunal, étant sauvegardé pour le propriétaire des marchandises, par la mesure d'une avarie grosse, le droit de réclamer la contribution du sauvetage.]

§ 15. Le navire étant arrivé à la place de son déchargement, **[349]**, il doit être déchargé dans les quinze jours suivants, à moins d'un empêchement notable [764] ; alors, le patron ayant déjà mis le bien hors du navire, il peut le tenir placé là jusqu'à ce que le marchand lui paie son fret ou les autres dépenses ou l'aura autrement satisfait [765]. Un patron ayant aussi

---

fait, que ce soit avec la réparation ci-devant dite ou des navires loués, le ci-devant dit patron aura son plein fret desdits biens sauvés et apportés ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 79-80.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 40 : *« Item. Dans le cas où quelque navire, en allant et en revenant, périt et ne peut pas accomplir son voyage, ainsi, le patron recevra de son fret convenu en une telle part et proportion selon que le voyage a été écourté ou avancé, et celui des biens qui auront été sauvés ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 59.

Lois de Wisby, art. 16 : *« Les Matelots sont obligez de sauver tout ce qu'ils peuvent, et les marchands peuvent retirer leur marchandise, en payant le fret, ou rendant le Maistre content ; autrement ledit Maistre peut faire accommoder son navire, si en peu de temps il peut le faire, pou achever son voyage ; et si ne peut, pourra recharger les marchandises en d'autres vaisseaux, pour estre portées au lieu destiné, en luy payant son fret ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 169-170.

Extrait du livre I[er] des *Choses vraisemblables de Labéon résumées par* Paul : *« 1 - Si tu as pris à bail un navire sous cette condition que tes marchandises y soient transportées et qu'aucun capitaine, contraint par la nécessité, sur un navire en plus mauvais état, ne les a transférées, du fait qu'il savait que tu ne voulais pas qu'on le fasse, si tes marchandises ont péri avec ce navire dans lequel, dernièrement, elles avaient été transférées, tu as une action sur le fondement de l'offre de bail et de la prise de bail* (ex locato-conducto) *contre le premier capitaine. Paul [dit] : mais [c'est] le contraire, si seulement les deux navires, durant la navigation, ont péri, alors que cela, sans dol, ni faute des marins, a été fait. De même, il en sera de la règle, si le premier capitaine, officiellement, a été retenu de naviguer, du fait qu'avec tes marchandises, il en a été empêché. De même, il en sera de la règle, alors qu'il a pris à bail de toi sous la condition qu'il te paierait une pénalité certaine, à moins qu'avant le terme fixé, il n'ait déchargé tes marchandises dans cette place où il avait offert le bail [du navire] pour transporter tes marchandises et qu'il n'ait pas tenu à lui d'empêcher que, cette pénalité lui ayant été remise, il ait envisagé d'attendre. De même, nous observons la règle dans ce type de réflexion, s'il a été prouvé que le capitaine, empêché par la maladie, n'a pas pu naviguer. De même, nous le dirons, si son navire devenait défectueux sans son dol et sans sa faute ».*

[764] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. II, art. 13.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 13 : *« Le navire étant arrivé à la place de son déchargement, on le déchargera dans les quinze jours, à moins d'un notable inconvénient ou obstacle ; le patron ayant mis les biens hors du navire, il pourra tenir les biens posés là jusqu'au moment ce marchand lui paie ce fret et les autres dépenses ou l'aura satisfait pour cela ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 69.

[765] (Note de Groenewegen) Voir ledit art. 13 [du placard de Philippe II, tit. II] ; les lois de Wisby, art. 57 ; Costalius sur D. 14, 2 *(De la loi Rhodienne du jet)*, 2 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 8, art. 15, nb 14.

Lois de Wisby, art. 57 : *« Les marchandises estant descenduës dans les Gabarres pour estre portées à terre, si le Maistre se mesfie de la solvabilité, ou legalité du Marchand, il peut arrester et faire demeurer lesdites gabarres à costé de son bord, jusques à ce que le Marchand luy ait entierement payé son fret, et tous autres fraix qui luy sont deubs ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 185.

une fois compté le bien au marchand, lorsque ce même bien hors du navire était mis dans un [navire] plus léger, il peut avec cela faire satisfaction [766].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCLXXXII. Le droit de rétention ou le gage tacite qui se présente au patron du navire en faveur du fret peut aussi être exercé sur les marchandises que le propriétaire, par exemple un détaillant ou un autre mandataire, n'a pas loué pour les transporter, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 9.]

§ 16. À défaut de paiement du fret, le patron peut prendre pour lui le bien du marchand en compensation pour autant d'argent qu'il est donné sur le marché pour un bien semblable [767].

[**Note de Willem Schorer**
À défaut etc. Le fret n'ayant pas été payé, Rocco, *Tractaet over schepen en vrachtgelden (Traité sur les navires et les frets)*, art. 91, nb 237, enseigne que le patron a une hypothèque tacite sur les biens chargés et apportés, qu'il est préféré à tous les créanciers et que les marins soldats jouissent aussi de ce droit sur le fret du patron pour les rémunérations qui leur sont dues, bien qu'ici même, ailleurs, il enseigne avec l'auteur que le patron jouit aussi du droit de rétention, étant exceptée la sentence 4, nb 8. Cela procède aussi à raison desd marchjandises jetées dans la mer à cause d'une tempête, comme [lediut] Rocco dans le nb suivant et l'auteur ci-dessous, chap. XXIX, § 4, dans la note 1012.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCLXXXIII. En dehors de ce droit de rétention, le patron peut aussi se saisir, le propriétaire [des marchandises] ne payant pas le fret, à partir des marchandises mêmes estimées au vrai prix autant qu'il est dû en paiement pour le fret, voir les lois de Wisby, art. 37 ; dans le droit postérieur, non certes prouvées sur ce point, mais non changées.]

§ 17. En retour, un fréteur peut faire satisfaction avec un abandon du bien chargé sans qu'il soit plus tenu sur le fret stipulé [768] ; semblablement, un patron qui a vendu un bien en cas de nécessité peut faire satisfaction avec l'abandon du navire [769].

---

[766] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 18, 6, 1 § 1 ; *willekeur* d'Amsterdam imprimée en 1624, p. 339.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Mais le vendeur doit garantir la garde à la date de la mesure ; en effet, avant que le vin soit mesuré, il n'est généralement pas encore vendu. Après la mesure faite, au vendeur, le risque cesse d'appartenir ; et, avant la mesure, du risque, il est libéré, si, à la mesure, il ne l'a pas vendu, mais peut-être, [s'il a vendu] des amphores ou aussi de simples barriques ».*

[767] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 37 [Il faut ici corriger le numéro de l'article, donné comme l'art. 27, qui n'est pas le bon et ne correspond pas avec ce qui est dit dans ce paragraphe. Seul semble correspondre à ce qui est dit ici la fin de l'article 37.

Art. 37 : *« (…) Que si le marchand n'a pas d'argent, et le maistre ne le veut pas crediter, ledit maistre doit prendre des marchandises en payement, au prix que le reste sera vendu par le marchand ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 177.

[768] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II, tit. II, art. 9 ; placard de l'empereur Charles [Il est ici fait mention de l'art. 44 des lois de Wisby qui n'a aucun rapport avec ce qui est dit dans ce paragraphe. Nous avons donc corrigé une référence qui nous semblé fausse], art. 44 ; coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 16.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 9 : *« Dans le cas où certaines marchandises sont amoindries ou endommagées par coulage, évaporation, dispersion, détérioration ou autrement, sans faute du patron ou des matelots, ces choses sont seulement à charge du marchand, lequel marchand, au lieu et au moment du déchargement, frappera trois fois sur les tonneaux ou les caisses, et ensuite les fera décharger, et il en paiera le fret entier ou les laissera au patron pour fret ».* Cf. pour le texte en néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 67-68.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 44 : *Mais, dans le cas où ce biens coulent, s'évaporent, sont dispersés ou détériorés sans une faute du patron ou des siens, cela sera seulement à la charge du marchand et le marchand, à la place et au moment du déchargement, frappera sur les tonneaux trois fois et, ensuite, les faire décharger et en payer le plein fret ou les laisser au patron pour le fret ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 60.

[**Note de Willem Schorer sur la note 768 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici, [en disant] qu'il est permis au marchand d'abandonner sa part et qu'il n'est pas tenu plus loin, peut à peine être admis, car, clairement, l'art. 9 de l'ordonnance du roi Philippe II, [tit. II], qu'allègue Groenewegen dans sa note, ordonne le contraire, si vous exceptez un unique cas. En effet, il y est tenu : *"Dans le cas où certaines marchandises sont amoindries ou endommagées par coulage, évaporation, dispersion, détérioration ou autrement, sans faute du patron ou des matelots, ces choses sont seulement à charge du marchand, lequel marchand, au lieu et au moment du déchargement, frappera trois fois sur les tonneaux ou les caisses, et ensuite les fera décharger, et il en paiera le fret entier ou les laissera au patron pour fret"*. Mais, à bon droit, Adriaan Verwer observe sur cet article que ce cas qui est une exception à la règle générale ne doit pas être étendu à un autre. Car, quant au droit, l'exception confirme la règle dans les cas non exceptés. De plus, le statut urbain d'Anvers signale qu'il n'a pas d'effet rien en dehors du territoire ; cela est tout à fait vrai, du fait qu'il contient un droit particulier et qu'il est diamétralement contraire à l'analogie du droit.

En outre, celui qui a prêté des espèces [monétaires] pour acheter des marchandises, un approvisionnement, pour payer la location d'une maison ou d'un grenier dans lequel les marchandises sont conservées, a une hypothèque tacite privilégiée à un tel point qu'il est préféré à tous les créanciers, bien qu'ils jouissent du droit d'une hypothèque antérieure, comme nous l'avons déjà relevé plus haut, liv. II, chap. XLVIII, § 12, sur la note 1105, et liv. III, chap. XI vers la fin.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXXIV. Il semble y avoir un doute [de savoir] si, dans le droit maintenant reçu, les marchands, en dehors des marchandises enfermées dans des jarres pourront aussi abandonner et céder les autres quelconques marchandises au patron et Verwer, dans ses notes sur le placard de Philippe II [de 1563], tit. II, art. 9, et les jurisconsultes, dans les *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 8, le nient.

Également, il n"est pas certain que le patron qui, la nécessité pressant, a vendu les marchandises puisse s'en acquitter en cédant le navire aux marchands. Cependant, dans la loi de Rotterdam de 1721, art. 159, ce droit a été expressément accordé au patron, non de même dans la loi de Dordrecht de 1775, bien qu'elle n'ait pas été rédigée en grande partie à partir de celle-là.]

§ 18. Nous parlerons maintenant du louage entre le patron et ses matelots avec les conséquences de celui-ci.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXXV. Il a été disposé avec soin dans les nouvelles lois d'Amsterdam de 1643, art. 25-30, de Middelburg de 1693, art. 17-21 et 27-30, de Rotterdam de 1721, art. 174-177 et 186-191, de Dordrecht du 29 septembre 1772, art. 1, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, du contrat de location entre le patron du navire et les matelots et à la façon dont les matelots pourront être contraints de fournir les services promis.]

§ 19. Un patron, trouvant non à propos d'exécuter son voyage commencé ou non commencé à partir d'une crainte de guerre, de pirates, de soin du navire, de vie ou pour d'autres difficultés imprévisibles, peut congédier ses matelots en donnant à chacun le quart du loyer convenu outre la part de loyer qu'ils ont déjà gagnée, sauf que cela ensemble ne monte pas plus haut que le loyer en entier et, ce que le patron **[350]** a payé au-dessus, il peut le redemander [770].

---

[769] (Note de Groenewegen) Voyez Cooren, *Observationes*, obs. 40.

[770] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. III, art. 9 ; placard des lois maritimes de l'empereur Charles, art. 8.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 9 : *« S'il y avait qu'un patron, ayant accepté certains matelots pour faire un voyage sûr, par une crainte de guerre, de pirates, d'arrêt de son navire, une personne ou certains autres inconvénients imprévisibles,*

§ 20. Les matelots étant acceptés par un patron, ils ne peuvent pas quitter le navire, bien qu'aussi pour quelque danger, bonnes ou mauvaises nouvelles, sans le consentement du patron, que le voyage soit commencé ou non, mais ils sont tenus d'accomplir le voyage accepté et, dans le cas où ils ont accepté [d'aller] à l'aller et au retour ainsi, ils doivent ramener le navire à bon port selon le souhait du patron sans quitter le navire avant et jusqu'à ce que celui-ci soit complètement déchargé et vidé, et de nouveau, convenablement lesté et les voiles des mâts carguées [771] ; dans le cas où quelqu'un agissait contre, celui-ci perdrait son loyer au profit du patron qui pourrait aussi en louer un autre à ses frais ; et si quelque dommage en était souffert, celui-ci serait tenu de réparer la perte [772].

§ 21. Mais, dans le cas où un matelot s'étant loué, obtient lui-même un navire ou a épousé en mariage une épouse et désire rester à terre, ainsi, il est libre du patron en rendant le loyer dans le cas où il en a reçu un [773]. Dans le cas où aussi, le navire était vendu ou transféré à un autre patron, ainsi, le nouveau patron et les matelots acceptés ne sont pas réciproquement tenus [774] ; mais, si les matelots en sont endommagés, ainsi, ils ont un

---

ne voulût pas commencer ce voyage ou, celui-ci étant commencé, l'exécuter, il lui sera dans ce cas permis de congédier les ci-devant dits matelots en donnant à chacun le quart de son entier loyer convenu en, en outre, en telle proportion qu'il ne puissent gagner plus des ci-devant dits loyers ; sauf que cela n'excède pas ensemble l'entier loyer. Et, dans le cas où ils avaient reçu plus qu'il leur appartient, ils devront le retourner au patron ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 71.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 8 : *« Item. Que les ci-devant dits officiers, matelots ou valets s'adonnant ou étant obligés à certains voyages (que celui-ci soit commencé ou non), ne pourront pas quitter les navire par quelques fortunes de mer, bonnes ou mauvaises nouvelles ou certaines causes quelles qu'elles fussent, sans le consentement volontaire du ci-devant dit patron sous peine de mort et des biens ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 47.

[771] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard [de Philippe II], tit. III, art. 1 ; les lois de Wisby, art. 54.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 1 : *« Touts les matelots, quels qu'ils soient, étant acceptés par un patron, ne pourront pas quitter le navire sans un consentement de ce patron, que le voyage soit commencé ou non ; mais ils seront tenus d'accomplir ce qu'ils ont accepté. Et, dans le cas où ils ont accepté d'aller et de revenir, ils devront ramener le navire à bon port d'où ils ont aidé celui-ci à partir ou dans un autre dans son voisinage selon le désir du patron, sans le quitter avant que celui-ci soit totalement déchargé et vidé, de nouveau convenablement ballasté et les voiles des mâts carguées ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 69-70.

Art. 54 : *« Il est inhibé aux matelots de sortir du navire, et le desemparer après le voyage et la descharge faite, qu'au prealable il ne soit dégarni, et lesté suffisamment de son balast ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 183.

[772] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit [placard de Philippe II], tit. III, art. 2.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 2 : *« Et, si quelqu'un agissait au contraire, il se verra confisquer son loyer au profit du patron, lequel aussi, pourra en louer un autre à sa place à ses frais ; et en outre, pour le premier voyage, il sera puni avec une fustigation et, pour le second voyage, pendu ; et, si par cela, il en arrivait quelque notable dommage ou péril sur la vie, le navire ou le bien, bien qu'aussi lors du premier voyage, celui-ci sera tenu de payer le double et en outre, pendu ou autrement corriger criminellement selon la circonstance de la chose et l'arbitrage du juge ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 70.

[773] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit [placard de Philippe II], tit. III, art. 14 ; les lois de Wisby, art. 63.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 14 : *« Si l'un des matelots, étant engagé avec un patron, obtenait un navire qu'il voulait lui-même conduire, épousait en mariage une épouse et désirait rester à terre, ainsi, il sera dégagé du patron et, s'il a reçu un loyer, il le rendra au patron ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 76.

Lois de Wisby, art. 63 : *« Si un matelot ou pilote achepte un navire, ou s'il est fait maistre, il sera quitte envers son Maistre en luy rendant ce qu'il aura reçeu, comme aussi il en sera de mesme en cas qu'il se marie ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 186.

[774] (Note de Groenewegen) Voir le placard des lois maritimes du roi Philippe II, tit. III, art. 12 et le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 21. Voyez en outre ci-après le chapitre XXIX, § 17.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 12 : *« Mais, dans le cas où le ci-devant dit patron vendait son navire à un autre, le transférait ou l'abandonnait, ainsi, les nouveaux patrons et ces ci-devant dits matelots ne sont pas réciproquement tenus. Et, si l'un d'eux, par cela, voulait prétendre quelque intérêt, celui-ci pourra le poursuivre contre l'ancien patron avec lequel il a convenu ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.* p. 75.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 21 : *« Item. Mais, pour autant que le patron ait venu son navire à un autre, l'ait transféré ou abandonné, ainsi, les ci-devant dits officiers, matelots et valets ne seront plus tenus de rester sur ce même navire que jusqu'à [l'arrivée à] la place et ayant accompli le service pour lequel ils sont loués. Bien qu'il y eût que le patron les désirât, ainsi, ils ne seront pas tenus de le servir plus avant, mais pourront accepter ou refuser un tel service selon leur volonté ».* Cf. pour le texte néerlandais, voir Pardessus, *op. cit.*, p. 52-53.

recours contre l'ancien patron qui est aussi tenu, dans le cas où il vend le navire en dehors du pays, de pourvoir les matelots d'un nouveau bon navire et des frais pour venir chez eux [775].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXXVI. Les justes causes pour lesquelles, autrefois, les matelots demandaient légalement d'être renvoyés du service, s'ils avaient eux-mêmes acquis un navire propre ou avaient pris femme, sont nommément réprouvées dans les lois de Rotterdam, art. 179, de Dordrecht, art. 2 ; les justes causes sont laissées au jugement des juges délégués aux affaires maritimes, voir les lois de Rotterdam, art. 178 et 181, de Dordrecht, art. 4, d'Amsterdam, art. 30, de Middelburg, art. 24.]

[351] § 22. Dans le cas où un matelot s'est loué à deux patrons, ainsi, le premier loyer reste valide, pour autant que le premier acceptant souhaite une telle chose [776] ; et celui qui, le voulant, loue une personne qui est louée à un autre paie en amende au premier acceptant le loyer deux fois [777].

§ 23. Dans le cas où le patron veut donner un congé à l'un de ses matelots sans une claire faute passée, sans lui dire ou persuader une cause claire passée ou présente, si aussi, l'un des matelots, veut prendre congé, dans le cas où cela arrivait à terre avant le de départ, le patron sera quitte en donnant la moitié du loyer et le matelot en donnant au patron autant que la moitié du loyer monte au-dessus de ce qu'il peut avoir reçu ; et, dans le cas où cela arrivait en mer ou ailleurs sur la route, autant l'un que l'autre devront faire payer le loyer en entier [778].

---

[775] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 22.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 22 : *« Item. Dans le cas où le nouveau patron ne voulait pas prolonger les ci-devant dits officiers, matelots et valets, ainsi, l'ancien patron sera tenu de les pourvoir d'un autre bon navire et des frais pour venir chez eux ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 53.

[776] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II, tit. III, art. 3 ; les lois de Wisby, art. 1.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 3 : *« Et, si quelqu'un des ci-devant dits matelots venait à se louer à deux patrons, il devra suivre le premier sous les peines ci-dessus [dites] et pour son délit de s'être loué à deux patrons, il sera à la discrétion de ce premier patron [de voir] s'il veut lui donner quelque chose ou non de son loyer. Et ce patron qui, le voulant et le sachant a ordonné de louer un matelot loué, paiera en amende un double loyer, le premier loyer restant cependant valide dans le cas où le premier patron le souhaite et ils ont leur droit comme il est dit ci-dessus ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 70-71.

Lois de Wisby, art. 1 : *« Le Marinier, soit Pilote, contre-Maistre ou Matelot, qui s'est obligé ou loué à un Maistre, si après il quitte, il doit rendre la solde qu'il a reçeu, et en outre doit payer la moitié, autant que le Maistre luy aura promis pour tout le voyage ; et si un Marinier s'oblige à deux divers Maistres, le premier qui l'a loüé le pourra vendiquer, et le contraindre de le suivre ; et neantmoins ledit Maistre ne sera pas obligé de luy payer aucuns gages ou loyers pour tout le voyage, si bon ne luy semble ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 165.

[777] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit art. 3 [du tit. III du placard de Philippe II].

[778] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. II, art. 13 ; les lois de Wisby, art. 3 et 44.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 13 : *« Dans le cas où le patron veut donner congé à l'un de ses matelots sans lui faire savoir ou lui persuader une faute claire, de mauvais actes passés ou présents, si aussi, l'un des matelots, sans une cause claire veut prendre congé, dans le cas où cela arrivait à terre avant le départ, le patron sera quitte en payant la moitié du loyer et ce matelot en donnant au patron autant que la moitié du loyer monte au-dessus de ce qu'il peut avoir reçu. Et, dans le cas où cela arrivait en mer ou ailleurs sur la route, ils devront fournir respectivement la totalité du loyer ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit., p. 75-76*.

Lois de Wisby, art. 3 : *« Le Maistre peut quitter le matelot sans cause legitime avant partir, en luy payant la moitié de ce qui luy a esté promis ; mais s'il est sorti du havre, et s'il a commencé le voyage, le Maistre qui le congedie est obligé de luy payer entierement tous les gages promis ».*

Art. 44 : *« S'il est trouvé bon de prendre un pilote Lamaneur, si le Marchand y contredit, sera neantmoins fait ce que le Maistre, le Pilote ordinaire, et la pluspart des matelots trouveront bon, et le loyer du menu pilotage sera payé selon raison, et compté sur le navire et marchandises, comme de marchandises jettées ».* Voir Cleirac, *op. cit.*, p. 166 et 179.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXXVII. Les matelots qui souhaitent être renvoyés avant d'entreprendre la route sans une juste cause sont punis de la moitié de leur rémunération, voir les lois d'Alsterdam, art. 30, de Middelburg, art. 24 ; ailleurs, ils sont contraints de procurer entièrement les services promis, voir les lois de Rotterdam, art. 182, de Dordrecht, art. 5.]

§ 24. Le patron doit donner à manger aux matelots trois fois par jour et à côté de cela, une boisson potable ; celui qui voudrait manger ou boire en dehors de cela devrait se satisfaire avec le pain qu'il trouve dans la corbeille et avec la boisson en se tenant debout devant la cruche, à moins qu'un travail particulier ne le réclamât autrement. Les matelots peuvent aussi utiliser aucun feu ou lumière sans le consentement du patron, le tout sous peine d'une amende du quart de leur loyer [779].

§ 25. Pour rendre les jeunes gens et autres plus enclins au voyage maritime, de tout l'ancien temps dans ces pays, il est permis à tous les gens s'adonnant au service du navire en mer, de pouvoir acheter certaine petite marchandise avec leur propre argent et de les transporter avec le navire sans payer de fret ; cette petite marchandise est appelée un portage ; alors, puisque les matelots **[352]** rendaient les portages de plus en plus importants au préjudice des marchands, ainsi, il a été fixé là-dessus une mesure par les États des Provinces Unies [780], suivant lequel, au départ, aucun portage ne peut être pris ; mais des biens qui viennent de l'Est, c'est-à-dire qui viennent d'Allemagne ou d'autres pays plus lointains, les patrons et les pilotes jouissent chacun d'une demie charge de seigle ou de froment et trois matelots ensemble, d'une charge de ce dont les navires sont principalement chargés, sauf qu'ils ne peuvent pas sous leur portage affranchir certains biens de prix, comme de la laine, de la soie, des draps, ni certaines marchandises qui sont vendues à l'aune ou au poids.

§ 26. Et, de toutes les marchandises au tonneau, comme la farine, l'orge, la poix, le goudron, la potasse et autres marchandises semblables qui viennent de l'Est, ceux qui sont au service du navire jouissent, selon la même proportion, comme du blé, de deux tonneaux comptés comme une charge, sauf si le navire, à côté du bien au tonneau a aussi du blé,

---

[779] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant placard du roi Philippe II, tit. III, art. 10 et le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 19.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 10 : *« Le patron sera aussi tenu de donner à manger trois fois par jour aux matelots, à savoir le matin, le midi et le soir, et ils boiront aux mêmes fois une boisson potable telle que le patron aura apportée à cette fin, d'une manière raisonnable et suffisante à la discrétion de ce patron, sans [rien de] plus. Et, dans le cas où chacun, en dehors des ci-devant dites trois fois, veuille manger ou boire, il se contentera avec le pain qui trouvera dans la corbeille et se tenant debout devant la cruche, il pourra boire pour la soif et en outre, aller à son ouvrage, ce dont ils se contenteront sans parler ou murmure contre. À moins que les ci-devant dits matelots, par une tempête, une voie d'eau des navires, un vidage ou un chargement de ceux-ci ou autrement, assistaient extraordinairement le patron de jour et de nuit, dans lequel cas, il leur donnera les frais et la boisson comme il convient selon la circonstance de la chose et de l'ouvrage. Et les ci-devant dits matelots ne pourront utiliser aucun feu ni lumière sans le consentement du patron et cela, sous peine d'une amende du quart du loyer pour le premier voyage, de la moitié du ci-devant dit loyer et une correction arbitraire pour le second voyage ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 74-75.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 19 : *« Item. Que le patron sera tenu de donner à manger trois fois par jour aux ci-devant dits officiers, matelots et valets, à savoir le matin, le midi et le soir ; et, les mêmes fois, à boire une boisson potable telle que le patron aura chargée à cette fin d'une manière raisonnable et suffisante à la discrétion de ce patron, sans plus. Et, dans le cas où quelqu'un en dehors des ci-devant dites trois fois, veuille manger ou boire, qu'il se contentera avec le pain qu'il trouvera dans la corbeille et se tenant debout devant la cruche, il pourra boire pour la soif et en outre, aller à son ouvrage. Sans qu'ils puissent utiliser du feu ou des chandelles en dehors du consentement du patron ; avec cela, chacun devra se contenter sans murmurer d'une quelconque manière sous peine d'une amende de trois schellingen flamands pour le premier voyage ; et, dans le cas de plus, sous une correction arbitraire telle que ci-dessus, ou plus selon l'avenant des contraventions. À moins que ces-devant dits matelots, valets du navire ou autrement, par une tempête de mauvais temps, une voie d'eau du navire ou aussi dans le vidage ou le chargement de ces navires, ils n'assistassent le patron de jour et de nuit. Dans lequel cas, il leur donnera les frais et de la bière comme il convient et cela, selon la circonstance de la chose et du travail ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 51-52.

[780] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 26 juillet 1597.

qu'ils peuvent prendre leur portage après cela ; mais, dans le cas où, dans le navire, il n'était rien chargé d'autre comme bien au tonneau, ainsi, ils ne peuvent pas jouir plus que selon une proportion, pour une demie charge de seigle ou de froment, de neuf tonneaux, et pour un tiers d'une charge, de six tonneaux sans plus.

§ 27. Mais, venant de l'Ouest, ils jouissent anciennement de leur sel libre, sans en affranchir le vin, l'huile ou les marchandises semblables. Cependant, des vins et des prunes de France, le portage est pour le patron, d'une pipe ou deux barriques et pour les matelots, chacun, d'une barrique sans plus.

§ 28. Alors, du bois qui vient par mer de l'Est ou de Norvège, les portage est du sixième denier (16, 66 %)de ce que les biens paient en revenus à la chose commune sans plus ; de la bière de cent tonneaux, huit tonneaux sans plus ; moins selon selon le gabarit ; mais, le chargement étant d'environ de vingt tonneaux de bière, il n'en tombe aucun portage.

[353] § 29. Et, si les ci-devant dites mesures bien entendues sont suivies, ainsi, le bien est délivré aux marchands.

§ 30. Ceci étant donc, lorsque maintenant, le navire est arrivé à la place du chargement, les matelots doivent déclarer, à l'invitation du patron s'ils veulent laisser aller leurs biens sur le fret du navire, c'est-à-dire dans les semblables marchandises dont le navire est chargé et dans un achat, alors, s'ils veulent charger eux-mêmes leur portage ; dans ce cas de charger eux-mêmes, le patron est tenu de leur indiquer leur espace et place où chacun peut mettre le poids de son portage avec un tonneau d'eau dans le cas où il juge cela bon pour eux ; les matelots sont tenus de faire leur chargement aussi rapidement que le navire n'attende pas par la suite et, s'il y a qu'ils n'obtiennent aucun fret finalement, le patron n'en aurait aucun dommage [781].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 25-30**

DCLXXXVIII. Ce qui est ici rapporté quant au trasport d'une marchandise particulière des matelots à titre gratuit, libre de taxes, a d'abord été restreint dans les lois des États Généraux, puis a été absolument aboli dans l'usage, voir Adriaan Verwer sur le placard [de 1563] de Philippe II, tit. II, art. 15, et les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 85.]

§ 31. Tous les matelots doivent assister le patron dans l'administration des affaires du navire ; aussi, défendre le navire contre l'ennemi et les pirates et, dans toute cela, être obéissant envers le patron sans utiliser une rébellion et, dans un cas de rébellion, le patron peut discipliner les matelots avec des paroles et des travaux, comme un maître son valet [782].

---

[781] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II des lois maritimes d'octobre 1563, tit. III, art. 15 ; les lois de Wisby, art. 30.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 15 : *« Un navire étant arrivé à la place du chargement, les ci-devant dits matelots sont tenus de déclarer à l'invitation du patron, s'ils veulent laisser aller leur portage sur le fret du navire ou s'ils veulent les charger eux-mêmes, ce patron sera tenu de leur montrer leur espace et place où chacun mettra ce poids de leur portage avec un tonneau d'eau dans le cas où il le pense bon. Et ils seront tenus de faire leur chargement d'une telle manière que le navire ne les attendent pas et, s'il y a qu'il n'obtiennent finalement aucun fret, ce patron n'en sera tenu d'aucun dommage ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 76-77.

Lois de Wisby, art. 30 : *« Si un navire est freté, le maistre doit assigner et monstrer aux matelots, l'endroit auquel ils pourront mettre ou plasser leurs commodités ou portées ; et lors seront tenus de declarer s'ils veulent charger en particulier, ou s'ils aiment mieux que soit comprins en l'entier fretement, pour sur iceluy prendre leur part ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 174-175.

[782] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 1 ; placard de l'empereur Charles des lois maritimes du 19 juillet 1551 [et non 1552 comme il est dit de façon erronée], art. 1, 2 et 3.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 1 : *« Tous les matelots , comme les pîlotes, contremaîtres, quartiers- maitres, charpentiers, canonniers, cuisiniers, ceux qui puissent l'eau, les mousses et autres matelots, étant acceptésau service de quelque patron, seront tenus de suivre au moment convenu le ci-devant dit patron, leur maître, l'aider et être près de lui dans tout ce qui concerne leur charge et office, avec aussi, contre les ennemis, pirates et tous les autres, dans le cas où c'est nécessaire, lui être soumis et obéissants en mer et sur terre, sans utiliser de rébellion en quelque manière, qu'ils aient reçu ou non un loyer comptant. Et le*

§ 32. Ceux qui sont trouvés dans une désobéissance [783], une rébellion, un refus ou un défaut encourent une amende pour la première fois du sixième du loyer, pour la seconde fois, du tiers, pour la troisième fois, du reste du loyer ; et, dans le cas où il en arrive quelque dommage, celui-ci est tenu de le réparer au double en cela, en dehors du droit de punir appartenant à l'autorité suprême ; à cette fin, le patron peut mettre le matelot aux fers et tous les autres **[354]** doivent être en cela au service du patron [784].

§ 33. Dans le cas où, par un matelot, un homicide ou un autre crime méritant la peine de mort était commis, semblablement, les matelots doivent aider le patron à mettre aux arrêts le délinquant sous peine d'être tenus comme des complices [785].

§ 34. Une querelle tombant entre le patron et un matelot, le patron ayant averti trois fois le matelot et le matelot, dans l'intervalle, n'étant pas enclin à se rapporter aux dires du pilote et du contremaître, ainsi, le patron peut donner au matelot son congé ; mais, si le matelot était enclin à s'y rapporter comme auparavant et que le patron voulût obtenir qu'il

---

ci-devant dit patron pourra à cet effet, châtier et punir les désobéissants et rebelles avec des paroles et des travaux, comme un maître peut le faire sur ses valets, sans être jugé pour cela ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 86-87.

[783] (Note du traducteur) Il faut ici corriger le texte imprimé qui utilise le mot *gehoorzaemheyt* alors qu'il devrait y avoir *ongehoorzaemheyt* selon le manuscrit de Lund.

[784] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard eu roi Philippe II, tit. VI, art. 2 et le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 4 et 6.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 2 : *« Et celui qui, dans quelque désobéissance, rébellion, refus et défaut de faire ce qui lui a été commandé par son patron ou un autre qui a une charge, sera trouvé, il sera mis à l'amende, pour le premier voyage, du sixième de son loyer à un profit comme il sera dit par la suite, pour le second voyage, du tiers et pour le troisième, du reste avec une correction arbitraire, dans le cas où, en outre, il fait montre encore de désobéissance et de rébellion. Et, dans le cas où, par cela, pour n'importe quel voyage, aussi souvent que cela arrive, quelque dommage soit fait, il sera tenu de le réparer au double. Et, si, pour la même cause, une vie, un navire ou un bien venait à un péril, il sera puni corporellement. À cette fin, il sera immédiatement conduit aux fers et gardé par le patron, ce que tout ceux des matelots devront l'assister à faire et faire ce qu'il leur ordonne. Sous peine d'une amende de leur loyer et en outre, d'être criminellement puni selon la circonstance de la chose. Ordonnant en outre à tous les patrons qu'ils devront pourvoir à la garde des malfaiteurs et délinquants en se servant pour cela de chaînes, fers et d'autres instruments. Ce que les ci-devant dits visiteurs seront tenus de prendre en considération ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 87-88.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 4 : *« Item. Et, s'il y avait aussi que, par les ci-devant dits désobéissance, rébellion refus ou défaut, le navire périsse, s'il était fait par une négligence, quelque sédition ou tumulte, que, par cela, par un engloutissement ou autrement, le navire en soit en danger de se perdre, de couler d'en venir dans les mains de pirates et autres qui veulent entraver la navigation et le commerce de ce côté-ci, ainsi, nous voulons et ordonnons que, sans plus large délai ni plus long arrêt, de telles personnes, sans distinction, soient jugées capitalement et portées de la vie à la mort et, semblablement, leurs partisans et complices selon les lois et coutumes des navires ».*

Art. 6 : *« Item. Si quelqu'un quittait le navire sans la permission du patron, un tel navire étant en aventure ou danger de périr ou d'être pris par des pirates, celui-ci sera puni de mort à la place où il est trouvé dans les pays de notre juridiction sans grâce et sans miséricorde ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 45-46.

[785] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 5 et 6, et le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 25 et 26.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 5 : *« Et, pour autant que, dans le navire, quelqu'un fût passé de vie à trépas, ce patron et ces matelots seront tenus de la manière qui est ci-devant dite, de tenir ferme le délinquant, de le garder et de le livrer à la justice pour être puni selon le fait et la circonstance de la chose ».*

Art. 6 : *« Dans le cas où ces matelots eux-mêmes, dans la ci-devant dite attaque, s'acquittaient mal de faire la garde et la livraison et aussi de ce qui tombe de toutes les autres peines corporelles avant et après une sédition, ainsi ceux-ci seront accusés dans leur personne comme coupables et criminels, à moins qu'ils n'aient pu se justifier, cela étant suffisant en droit ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 89-90.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 25 : *« Item. Pour autant que, dans le navire, quelqu'un est passé de vie à trépas, aussi bien le patron que les officiers, les matelots et les valets seront tenus de tenir bien ferme le malfaiteur, de le garder et de le livrer à la justice de nos pays où il sera en premier lieu arrivé pour être puni selon le fait et la circonstance de la chose ».*

Art. 26 : *« Item. Dans le cas où ce patron, officiers, matelots ou valets se sont mal acquitté de la ci-devant dite garde et livraison, ainsi, ils seront accusés dans leur personne comme coupables et criminels, à moins qu'ils n'aient pu se justifier de la fuite ou de la non-livraison de tels malfaiteurs, cela étant suffisant en droit ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 54.

sorte du navire, ce matelot pourrait judiciairement poursuivre son plein loyer à l'arrivée du patron [786].

§ 35. Tous les matelots doivent se garder d'une dispute réciproque ; autrement, celui qui en est la cause par des paroles inciviles est mis à l'amende pour la première fois du sixième de son loyer, pour a deuxième fois, du tiers et pour la troisième fois, du reste ; mais si une rixe se faisait sans blessures, celui-ci perdrait pour la première fois le quart de son loyer, pour la seconde, la moitié et pour la troisième foi, la totalité ; alors, si quelqu'un était blessé, ainsi, le coupable, pour la première fois, perdrait son plein loyer, et tout cela, outre le droit de la victime, comme aussi la réparation de tout dommage causé par cela en la punition de l'autorité suprême [787].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCLXXXIX. Les injures verbales portées par les matelots au patron du navire ou aux autres matelots sont punies dans les nouvelles lois d'une amende de six florins, les injures matérielles plus graves, une fois le navire revenu, sont déclarées par le patron du navire au préfet de la mer et doivent être punies par le juge selon les lois, voir les lois d'Amsterdam, art. 37 et 38, de Middelburg, art. 39 et 40, de Rotterdam, art. 239-243, de Dordrecht, art. 63-67.]

§ 36. Dans le cas où un matelot veut dire que, par le patron, il a été calomnié ou outragé avec des paroles ou des travaux, de cela, le matelot peut demander droit lorsque le **[355]** navire sera arrivé à terre et nulle part autrement. Un matelot est aussi tenu de de supporter un seul coup du patron ; mais, si le patron le frappait une autre fois, ainsi, il pourrait se défendre [788].

---

[786] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 3 ; les lois de Wisby, art. 25 ; D. 19, 2, 55 § 2.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 3 : *« Dans le cas où une querelle tombe entre le patron et l'un des matelots, le patron pourra donner au matelot son congé après qu'il l'aura averti ou fait avertir trois fois et, ce matelots ne s'étant pas amendé dans l'intervalle, il devra réparer son méfait aux dire du pilote et du contremaître ; mais, dans le cas où il a corrigé cela et que, cependant, le patron voulût qu'il sorte du navire, , il pourra réclamer dans ce cas à l'arrivée du navire son plein loyer et, les parties entendues, il sera fait droit ainsi qu'il conviendra. Et en outre, si le ci-devant di patron, à la place du ci-devant dit matelot ne prend pas un autre ou pas aussi bon que celui-ci était, et que, d'une manière quelconque, au navire ou aux biens, un dommage arrivât, ainsi, le patron sera tenu du dommage, s'il a autrement de quoi ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 88.

Lois de Wisby, art. 25 : *« La Maitstre peut chasser un matelot pour cause legitime ; mais si ledit matelot veut reparer sa faute au dire des autres, et que le maistre le refuse, ledit matelot doit sortir ; neantmoins il pourra suivre le navire jusques au lieu destiné, et là sera payé de ses loyers comme s'il fut esté dans le navire. Que si le maistre prend un autre matelot en sa plasse moins habile, et qu'il arrive dommage à ce sujet, ce sera au maistre de le reparer ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 172-173.

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« . 2 - Celui qui, contre la clause de la prise de bail, a déserté le bien-fonds avant le temps sans juste et plausible cause, peut être cité en justice pour payer les loyers de tout le temps sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, dans la mesure où, envers le bailleur, l'indemnité sur ce qui est de son intérêt est conservée ».*

[787] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 4.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 4 : *« Les ci-devant dits matelots, durant leur voyage, traiteront commerceront paisiblement et amicalement avec chacun réciproquement, sans faire de dispute ou de combat. Et, dans le cas où quelque dispute s'élevât, ainsi celui qui en est la cause à l'occasion d'injures verbales, pour le premier voyage, sera mis à l'amende du sixième de son loyer, pour le second voyage, du tiers, et pour le troisième, ce reste avec une correction arbitraire. Dans le cas où, semblablement, elle est de nouveau commise à partir de cette cause d'infraction sans blessure, pour le premier voyage, [il sera mis à l'amende] du quart de ses loyers, pour le second voyage, de la moitié, et pour le troisième, de la totalité avec une correction arbitraire comme auparavant. Et, à partir d'une cause de blessures d'où suit une effusion de sang (sans paralysie), pour le premier voyage, [il sera mis à l'amende] de la moitié du loyer, pour le second voyage, de l'autre moitié et pour le troisième, il sera fustigé et, s'il y a une paralysie, pour le premier voyage, celui-ci [perdra] tout le loyer avec une fustigation et, pour le second voyage, la tête. Et cela, outre l'intérêt des parties avec, des dommages qui pourraient arriver à cette occasion sur le navire ou sur les biens, il devra réparer au double ce qui est ajouté par cela ; cela, dans le cas où par cela, un navire, une vie ou les biens venaient en péril, il sera puni de la mort, en quelque voyage que cela arrive ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 88-89.

[788] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 24.

Lois de Wisby, art. 24 : *« Il est inhibé de se battre et donner des dementis, et celuy qui baillera le dementi payera quatre deniers [blancs] si c'est du matelot au Maistre il payera huit deniers ; et qui frappera son maistre payera cent sols ou perdra la*

§ 37. Un matelot étant trouvé impropre à sa fonction, il perd son loyer convenu ou reçu et encore une moitié autant [789].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXC. Le matelot qui dissimule son incompétence, dans le nouveau droit, est puni avec la perte de sa rémunération et avec la réparation du dommage ; mais, s'il déclaré avec un dol sa compétence, il est puni corpoàrellement, voir les lois de Rotterdam, art. 194 et 195, de Dordrecht, art. 20, de Middelburg, art. 26.]

§ 38. Les matelots ne peuvent pas sortir du navire sans la permission du patron et sont, dans tous les cas, tenus de revenir à bord à sa demande ; tant longs à revenir par une volonté résolue, une ivresse ou une autre négligence, le matelot perd envers le patron pour la première fois, la moitié du loyer, pour la seconde fois, la totalité du loyer ; pour le troisième voyage, le double de celui-ci ; et tout le dommage qui est souffert par cela, à quelque voyage que ce soit, il est tenu de le réparer au double [790].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCI. Celui qui, au début du voyage, descend du navire sans l'ordre du patron et n'est pas revenu dans le temps fixé à l'avance est puni d'une amende de six florins, voir les lois d'Amsterdam, art. 32, de Middelburg, art. 34 ; de même qu'aussi l'amende du déserteur et de l'ivrogne est plus lourde, en dehors de la réparation du dommage qui a peut-être été causé, voir les lois de Middelburg, art. 33 et 34, de Rotterdam, art. 188-192, de Dordrecht, art. 17.

---

main. Et si le maistre donne un dementi payera huit deniers, s'il bat, il doit recevoir coup pour coup ». Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 172.

[789] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 2 ; le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 7.

Lois de Wisby, art. 2 : *« Tout Pilote, contre-Maistre ou Matelot qui n'entendra pas sa charge, et ne sçaura pas son mestier, sera tenu de rendre au Maistre ce qu'il aura reçeu par avance, et en outre la moitié d'autant comme il luy aura esté promis ». ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 165-166.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 7 : *« S'il arrivait quelqu'un se fût donné et trouvé pour un pilote ou autre matelot et de cela, être inexpérimenté et ne pas connaître son office, pour le premier voyage, il sera mis à l'amende de deux fois autant que montait son entier loyer, de ce loyer, il ne pourra aussi pas l'avoir ou le réclamer. Et, pour le second voyage, être sous une semblable peine et en outre, fouetté ; et pour le troisième voyage, corrigé dans son corps et ses biens, et si quelque dommage en arrivait, en quelque voyage que ce fût, il sera tenu d'en réparer le double ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 90.

[790] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. VI, art. 4 ; le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 9 ; les lois de Wisby, art. 17.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 4 : *« Les ci-devant dits matelots, durant leur voyage, traiteront commerceront paisiblement et amicalement avec chacun réciproquement, sans faire de dispute ou de combat. Et, dans le cas où quelque dispute s'élevât, ainsi celui qui en est la cause à l'occasion d'injures verbales, pour le premier voyage, sera mis à l'amende du sixième de son loyer, pour le second voyage, du tiers, et pour le troisième, ce reste avec une correction arbitraire. Dans le cas où, semblablement, elle est de nouveau commise à partir de cette cause d'infraction sans blessure, pour le premier voyage, [il sera mis à l'amende] du quart de ses loyers, pour le second voyage, de la moitié, et pour le troisième, de la totalité avec une correction arbitraire comme auparavant. Et, à partir d'une cause de blessures d'où suit une effusion de sang (sans paralysie), pour le premier voyage, [il sera mis à l'amende] de la moitié du loyer, pour le second voyage, de l'autre moitié et pour le troisième, il sera fustigé et, s'il y a une paralysie, pour le premier voyage, celui-ci [perdra] tout le loyer avec une fustigation et, pour le second voyage, la tête. Et cela, outre l'intérêt des parties avec, des dommages qui pourraient arriver à cette occasion sur le navire ou sur les biens, il devra réparer au double ce qui est ajouté par cela ; cela, dans le cas où par cela, un navire, une vie ou les biens venaient en péril, il sera puni de la mort, en quelque voyage que cela arrive ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 88-89.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 9 : *« Item. Que les ci-devant dits officiers, matelots ou valets, s'étant engagés ou obligés à un certain voyage (que celui-ci fût commencé ou non), ne pourront pas quitter le navire par une certaine fortune de la mer, de bonnes ou de mauvaises nouvelles ou certaines causes quelles que celles-ci fussent, sans le consentement volontaire du ci-devant dit patron, sous peine de la vie et des biens ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 47.

Lois de Wisby, art. 17 : *Il est inhibé aux matelots de sortir du navire sans la permission du Maistre, à peine de payer le dommage qui pourroit arriver ; si ce n'est lors que le navire est à terre amarré sur quatre cables, ils pourront sortir pour retourner bien-tost ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 170.

DCXCII. Des vols de marchandises ou d'armements du navire ayant été commis par les matelots, la peine de vol qualifié est fixée dans la loi de Dordrecht, art. 59 et tous ceux qui sont dans le navire sont contraints de fournir un témoignage quant à cette affaire avec un serment, art. 60.]

§ 39. Le patron, ayant accepté un voyage et trouvant bon en chemin d'accepter un ou plusieurs autres voyages, peut tenir ses matelots à rester à son service avec une amélioration de leur salaire et loyer convenus selon le cours des milles qu'ils auront parcouru en plus, sauf ceux qui sont reçus pour un temps qui court encore, qui doivent suivre le navire sans un autre supplément, comme aussi, le doivent ceux qui voyagent pour un fret, à savoir dans le cas où le voyage plus avant est reçu pour chercher un fret [791]. Cependant, dans un tel cas, le pilote, n'étant pas expérimenté pour la place où le patron veut voyager plus avant, est tenu de le déclarer et si le patron veut néanmoins le garder, il doit ainsi rester en en tenant amélioré le loyer de son ancien pilote selon le parcours comme auparavant ; mais, si le patron lui donne congé et que celui-ci en est content, ainsi, le patron doit faire suivre la moitié sur la part de son loyer dans le cas où le nouveau voyage est entrepris ; mais si une telle chose arrivait au retour, ainsi, son plein loyer lui serait échu ; mais, s'il ne voulait pas accepter son congé, ainsi, il aurait le loyer d'un contremaître selon le parcours comme ci-dessus [792].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCIII. Dans le louage des matelots, il est particulier que, le voyage pour lequel ils avaient loué leurs services ayant été modifié, le patron ne pourra pas moins les retenir même contre leur

[791] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. III, art. 5 ; le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 12 ; les lois de Wisby, art. 32.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 5 : *« Dans le cas où le patron ou maître qui a accepté un certain voyage, étant en chemin, pensait bon pour lui et profitable pour son navire ou ses armateurs de trouver un fret ou d'accepter un ou plusieurs autres voyages avant son retour, ce patron pourra tenir rester à son service ses matelots avec une amélioration de leurs gages et loyers selon la proportion des milles qu'ils auront parcouru. Sauf ceux qui, pour une saison certaine ou une période qui dure encore, sont acceptés et aussi ceux qui voyagent pour un fret, lesquels, dans le cas d'un voyage plus avant pour chercher un fret, devront suivre le navire ».* Cf. pour l texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 71-72.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 12 : *« Item. Que le patron ou le maître qui avait accepté un voyage en, étant en chemin, pour lui, son navire ou ses armateurs, pensait profitable de prendre un ou plusieurs voyages avant son retour, pourra tenir gardés à son service les ci-devant dits officiers, matelots et valets avec une amélioration de leur gage et loyer convenus selon la proportion des milles qui seraient parcourus plus avant. Et ces officiers, matelots et valets (de tels voyages cessant ou un autre notable accident) seraient tenus de suivre le ci-devant dit patron et d'être obéissants jusqu'à ce qu'ils aient ramené le navire, déchargé, ballasté et autrement eussent fait ainsi que ci-dessus, il est commandé sous la peine comme ci-dessus ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 48-49.

Lois de Wisby, art. 32 : *« Les matelots qui ont leur loyer assigné à prend(e certaine portion du fret, sont obligez de suivre le navire, en cas que le navire ne trouve point de fret au lieu destiné, ou qu'il aille passer plus outre pour en trouver ; mais les matelots qui sont à gages seront payez selon la raison ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 175.

[792] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. III, art. 6 ; le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 15.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 6 : *« Étant bien entendu cependant, dans le cas où ce pilote n'est pas expérimenté à la place où le patron ou le maître voudra plus avant voyager ou autrement (ce dont il était tenu de déclarer la vérité sous peine de fouet, dans le cas où, par la suite, on trouvait le contraire), que ce pilote devra rester dans le navire à la demande du patron en lui conservant son ancien loyer de pilote et celui-ci étant amélioré selon la proportion comme ci-dessus. Et, dans le cas où ce patron voulait lui donner congé et qu'il en est content, ainsi, ce patron sera tenu de faire suivre la moitié de son loyer pour autant que le nouveau voyage était entrepris à l'aller. Et, pour autant que cela arrivait au retour, son plein loyer lui sera échu ; mais, dans le cas où il n'en est pas content et qu'il désire rester sur le navire, il aura un loyer de contremaître selon un proportion comme ci-dessus ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 72.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 15 : *« Item. S'il arrivait qu'un patron avant qu'il fût arrivé à son lieu de déchargement, par une fortune, fût contraint d'aborder à certaines places et que là, pour son intérêt, celui de ses armateurs ou du navire, il voulût vider certains biens, les ci-devant dits officiers, matelots et valets seront tenus de l'assister et d'être obéissants sous la peine ci-devant dite ? Chacun aura une paire de souliers de huit sous an plus du loyer qui leur est promis à la place du déchargement ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 50.

gré pour une juste augmentation de la rémunération ; ce qui est très soigneusement exposé dans les nouvelles lois d'Amsterdam, art. 3, 35 et 36, de Middelburg, art. 36-378, de Rotterdam, art. 202, 204, 205, 206 et 210.]

§ 40. Les autres matelots ne peuvent, dans un cas comme ci-dessus, s'excuser que par une maladie ou un empêchement extrême [793].

§ 41. Dans le cas où le patron, avant qu'il fût arrivé à la place de son juste déchargement, trouve bon de décharger quelque bien par nécessité ou pour une commodité, ou de les recharger en totalité ou en partie, ainsi, les matelots doivent l'assister ; de cela, ils seront payés au-dessus de leur loyer convenu selon la circonstance des choses au dire des gens de bien qui s'y entendent [794]. Dans le cas où le patron décharge le navire en dehors de la place où le déchargement avait entrepris et ne le charge pas de nouveau, de sorte qu'il doive être ballasté, ainsi, le loyer des matelots comme si le déchargement avait été fait à la juste place et le patron, outre cela, est tenu de payer le loyer [795], le navire étant déchargé, de le ramener de nouveau à la place de destination ou à une place en dehors de la route où celui-ci doit être amené ou d'où il est sorti sans nouveau loyer, à savoir dans le cas où le déchargement est fait à la place de destination ou dans le cas où le patron est arrivé dans une place en dehors de la route par nécessité ; mais, si le patron y était venu de sa propre volonté, ainsi, il ajouterait pour les matelots un demi loyer de ce que l'on donne communément de **[357]** la place en dehors de la route jusqu'à la propre place de destination pour un déchargement ; et, dans le cas où l'un des matelots qui sont tenus, comme ci-dessus, de suivre le navire et n'a rien en propre qui est d'une grande valeur dans le navire, ainsi, le patron peut conserver

[793] (Note de Groenewegen) Voir les art. 12 [du placard de Charles Quint] et 32 [des lois de Wisby] cités ci-dessus, § 39, dans la note 791.

[794] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. III, art. 8 ; le ci-devant dit placard de l'empereur Charles, art. 16 et 17.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 8 : *« Et, s'il arrivait que le ci-devant dit patron, dans des ci-devant dites place en dehors de la route, déchargeât tout le navire de sa marchandise sans recharger de nouveau cette marchandise, d'une façon telle qu'il devrait être ballasté, ainsi ce loyer des matelots sera échu comme si le déchargement était arrivé à la place du juste et [fait] à destination déchargement et ce patron est tenu de le payer. Étant bien entendu cependant que, que le ci-devant dit déchargement soit fait à la ci-devant dite place en dehors de la route ou à la place du déchargement à destination, ces ci-devant dits matelots seront tenus de suivre le patron (dans le cas où il le souhaite) et le navire à sa place de destination ou appropriée d'où ils ont aidé à le faire sortir et cela, sans un autre ou nouveau loyer, dans le cas où le ci-devant dit navire est déchargé à la ci-devant dite place de destination du déchargement ou aussi, à une ci)devant dite place en dehors de la route, pour autant que le ci-devant dit navire, par une contrainte de la fortune, il est arrivé. Mais, pour autant que le patron, en dehors de sa propre et libre volonté, y est arrivé, ainsi, les ci-devant dits matelots auront la moitié du loyer que l'on donne communément des ci-devant dites places de déchargement en dehors de la route jusqu'à la ci-devant dite place de destination ou appropriée. Et, ces loyers des matelots étant échus à partir des choses ci-devant dites, dans le cas où quelqu'un est parmi ceux qui n'ont ni couchette ni coffre dans le navire, le patron pourra conserver ces loyers aussi longtemps jusqu'à ce qu'il l'aient aidé à amener le navire à sa place de destination appropriée ou qu'ils aient donné une assurance d'accomplir leur voyage ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 73.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 16 : *« Item. Étant bien entendu cependant que le ci-devant dit navire ne soit pas de nouveau ballasté, car, dans ce cas, il devrait être de nouveau ballasté comme si le déchargement était fait à la place du juste déchargement, bien que les ci-devant dits officiers, matelots et valets soient néanmoins tenus de suivre le patron (s'il le souhaite) et d'y amener en outre avec cela le navire, et de faire tout, ainsi qu'il est dit ci-dessus et sous la même peine ».*

Art. 17 : *« Item. Et, dans le cas où un patron, lors du retour, voulût décharger et de nouveau charger dans une certaine place où il n'était pas contraint par une fortune [de se trouver], ainsi, aux officiers, matelots et valets, leur plein loyer sera échu. Et, néanmoins, ils seront tenus d'assister ce patron jusqu'à la place de sa résidence pour le demi loyer que qu'il est coutumier de donner dans de telles places où le ci-devant dit déchargement et chargement seront faits ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 50-51.

[795] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, tit. III, art. 8 et de l'empereur Charles, art. 16 et 17.

Ces trois articles ont été traduits et proposés dans le note précédente.

le loyer de celui-ci aussi longtemps jusqu'à ce qu'il ait aidé à mener le navire là où il convient ou là où il l'aura fait pour une assurance [796].

§ 42. Mais, si le navire était brisé et que les matelots s'en étaient acquitté comme il convient, le patron serait tenu de leur donner leur loyer immédiatement de son côté et une rémunération à raison des biens, dans le cas où il a l'argent ; sinon, il est tenu de mener les matelots à la terre à laquelle le navire a appartenu [797].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCIV. Tout le navire ayant péri dans un nuafrage, les matelots perdent leur rémunération ; les armements ou des marchandises du navire ayant été conservés, ils la reçoivent dans la mesure où, à partir des armements ou du fret qui est dû au patron quant aux marchandises conservées, elle peut être ramenée (voir la thèse DCLXXXI) ; s'ils les ont eux-mêmes conservées, un droit de sauvetage se présente aussi à eux, voir les lois d'Amsterdam, art. 45, de Middelburg, art. 45 à la fin, de Rotterdam, art. 219 ; voyez Adriaan Verwer dans ses ntes sur le placard de Philippe II [de 1563], tit. II, art. 12, p. 112 et suivante.]

§ 43. Un matelot étant pris d'une maladie en dehors du pays, par laquelle il est rendu incapable au service du navire, dans le cas où la maladie ou la langueur est arrivée au service, travail et défense, ainsi, il en sera soigné du navire aux frais du navire et aura son plein loyer et portage [798] ; mais, si le défaut lui était arrivé de lui-même en dehors des ci-devant dites causes, ainsi, , il aura ainsi son plein loyer et portage et en outre, aux frais du patron selon sa circonstance, sera soigné **[358]** et entretenu, que ce soit dans le navire ou à terre, sans que, cependant, le navire soit tenu par la suite de l'attendre ; mais, si le défaut était arrivé par une ivresse, une querelle, un combat ou une autre faute, ainsi, le patron ne

---

[796] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant art. 8 [du placard de Philippe II, tit. III].

[797] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II, tit. IV, art. 12. Mais, lorsqu'un navire et les biens sont perdus, les matelots perdent leur loyer, voir les lois de Wisby, art. 15, excepté que, pour autant que cela concerne les matelots, ceux-ci se sont loués un pilote pour aller aux harengs, la même chose est fixée à la distinction des pilotes impartiaux ou extérieurs à la juridiction selon la circonstance de la chose, voir le placard des États de Hollande du 2 avril 1605, art. 7.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 12 : *« Dans le cas où un navire vient à se rompre dans certains pays (où que ce soit), ces matelots seront tenus d'aider le patron et de sauver et conserver ce bien le plus et du mieux qu'ils peuvent, faisant cela et autrement non, le patron sera tenu de leur donner leur loyer au lieu à raison de lui et une rémunération de sauvetage raisonnable à raison des biens sauvés, pour autant qu'il a l'argent ; dans le cas où il ne l'a pas, de les mener à terre à laquelle le navire appartient ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 84.

(Notre traduction du néerlandais) Placard des États de Hollande de 1605, art. 7 : *Et, dans le cas où un pilote perd son navire ou son bien par une mauvaise fortune de mer ou du sable, il sera tenu de de compenser le loyer selon l'avenant du temps qu'ils devront avoir voyagé avec lui, autant que, pour autant que le bien fût sauvé, outre la rémunération du sauvetage, le loyer peut être payé selon le parcours du temps desdits biens, à savoir que l'on comptera toutes les semaines de la partie, de la Saint-Bavon* (1er octobre) *au jour de la Sainte-Lucie, ces huit semaines pour douze ; mais, pour autant que le le navire et le bien des ennemis ou des pirates fût pris ou rançonné, le loyer des matelots ou des mercenaires sera à la discrétion et la modération de pilotes neutres ou extérieurs à la juridiction, d'où un tel navire sera parti, selon la circonstance de la chose ».* Cf. *Groot Placet-boek*, La Haye 1658, vol. I, col. 702.

[798] (Note de Groenewegen) Cela apparaît dans les placards cité note **56.** Mais celui qui, ayant loué pour aller au hareng, dans le travail du navire ou par un guerre, à l'occasion de cela, est blessé ou abattu, celui-ci sera payé avec l'argent du maître, sans rien de plus, à partir du navire commun sans être tenu à quelques frais de bouche ; et, dans le cas où il conserve une certaine incommodité, le navire ou les armateurs n'en sera pas tenus ; mais il recevra son plein loyer du voyage fait dans celui-ci, voir le placard des États de Hollande du 2 avril 1605, art. 11.

Placard des États de Hollande, art. 11 : (notre traduction du néerlandais) *« Item. Celui qui, dans le travail du navire ou par une guerre, à l'occasion de cela, dans le navire, est blessé ou abattu, celui-ci sera payé avec l'argent du maître sans rien de plus à partir du navire commun, sans être tenu de certains frais de bouche ; et, dans le cas où il conserve une certaine incommodité, le navire ou les armateurs n'en seront pas tenus, mais il recevra son plein loyer du voyage qui est fait dans celui-ci ».* Voir *Groot Placaet-boek*, *op. cit.*, vol. I, col. 703.

serait pas tenu de le faire garder et soigner, mais il peut le faire sortir du navire et louer un autre à ses frais, et il devra, en outre, redonner au patron tout ce qu'il a reçu de lui [799].

§ 44. Un matelot venant à mourir durant le voyage en mer ou à terre de sa propre mort ou au service et défense du navire, ainsi, son héritier vient à la moitié du loyer et du portage, dans le cas où une telle chose arrive à l'aller ; mai, si une telle chose arrivait au retour, ainsi, tout le loyer et le portage suivraient les héritiers dont sera déduit ce que le défunt pourrait avoir reçu [800].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCV. Le matelot mourant d'une maladie naturelle ou à l'occasion de son service, que le navire parte ou qu'il revienne, l'entière rémunération est due aux héritiers selon la loi nouvelle de Rotterdam, art. 248.]

---

[799] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du roi Philippe II, de 1563, tit. III, art. 16, et le placard de l'empereur Charles, art. 27 et 28 ; les lois de Wisby, art. 18, 19 et 62.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 16 : *« S'il arrivait que l'un des matelots, durant leur voyage, fût pris d'une certaine maladie ou langueur et que, par cela, il fût incapable au service du navire, dans le cas où cette maladie ou langueur est arrivée au service, travail ou défense du navire, il en sera soigné aux frais du navire et aura son plein loyer et portage ; et, dans le cas elle est naturellement ou d'elle-même arrivée, il aura aussi son plein loyer et portage et, en outre, selon sa qualité, sera entretenu, que ce soit sur le navire ou à terre, selon la circonstance de la chose ; sans cependant que le navire soit tenu de l'attendre par la suite. Mais, pour autant que cette maladie ou langueur est arrivée par une ivresse, une querelle, un combat ou une autre faute de celui-ci, le patron ne sera pas tenu de le garder et de le soigner, mais il peut le faire sortir du navire et louer un autre à ses frais, et il redonnera en outre au patron ce qu'il a reçu de lui ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 77.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 27 : *« Item. S'il arrivait que l'un des officiers, matelots ou valets, durant le voyage, fut pris d'une grave maladie en dehors du pays, d'une façon telle qu'il était de nécessité que ce malade doive rester couché pour être aidé et qu'il n'ait pas reçu cette maladie d'un combat, d'une ivresse ou autrement par sa faute, ainsi, le patron sera tenu de payer à une telle personne son plein loyer, comme s'il avait accompli le voyage et veiller à ses portages convenablement et de lui en faire assurance en argent ou autrement de façon convenable ».*

Art. 28 : *« Item. Si l'un, dans un combat contre des ennemis ou des pirates, est blessé, estropié ou tué, l'intérêt et le dommage du blessé ou de l'estropié et en outre, son plein loyer, portage et enterrement des morts seront payés comme grosse avarie du navire et des biens pour la défense desquels l'accident était arrivé, le tout aux dires des hommes de bien qui s'y entendent, qui seront pris et requis pour cela à la place où le navire arrivera en premier lieu sous notre juridiction ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 54-55.

Lois de Wisby, art. 18 : *« Le matelot estant à terre pour le service du Maistre ou Navire, s'il arrive d'estre blessé, il sera traicté et pensé aux despens du Navire ; mais si jouant à terre, et estant descendu pour son plaisir il est blessé, le Maistre le pourra chasser ; et sera ledit matelot obligé de rendre audit Maistre ce qu'il aura receu, et outre luy payer ce que le Maistre sera contraint bailler de plus à un autre qu'il mettra à sa plasse. ».*

Art. 19 : *« Si le matelot tombe en infirmité de maladie, et qu'il convient le porter à terre, il y sera nourri comme il estoit à bord, gardé et servi par un valet, et s'il vient en convalescence sera payé de ses gages ; et s'il decede, ses gages et loyers seront payez à sa vesve, ou à ses heritiers ».*

Art. 62 : *« Si le Maistre descouvre que le matelot soit entaché d'aucune maladie contagieuse ou dangereuse, il le pourra quitter à la premiere terre qu'il arrivera, sans estre tenu de luy payer aucuns gages, pourveu que le cas soit averé, et verifié par la deposition de deux ou trois des autres matelots ».* Cf. Cleirac, *op. cit.* ; p. 170-171 et 186.

[800] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant placard du roi Philippe II, tit. III, art. 17 ; le ci-devant dit placard de l'empereur Charles de 1551, art. 29 ; les lois de Wisby, art. 19.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 17 : *« Dans le cas où, durant le voyage, l'un des matelots meure en mer ou à terre de sa mort naturelle ou au service et défense du navire, ainsi, sera donnée et payée à ses héritiers la moitié du loyer et du portage, pour autant que cela tombe à l'aller. Mais, dans le cas où cela arrive au retour, on paiera aux héritiers la totalité du loyer et du portage et ces héritiers, dans tous les cas, devront supporter les frais raisonnables de l'enterrement, étant déduit ou compensé ce que le défunt en aura reçu ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 77-78.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 29 : *« Item. Dans le cas où quelqu'un, durant le ci-devant dit voyage, en mer ou à terre, meure de mort naturelle, à ses héritiers, sera donnée et payée la moitié des loyers et portages, pour autant que cela arrive lors du voyage aller ; mais, dans le cas où cela arrive au retour, on paiera aux héritiers la totalité des loyers et des portages. Et ces héritiers devront supporter dans tous les cas les frais raisonnables de l'enterrement, étant déduit ou compensé ce que le défunt en aura reçu ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 55.

Lois de Wisby, art. 19 : *« Si le matelot tombe en infirmité de maladie, et qu'il convient le porter à terre, il y sera nourri comme il estoit à bord, gardé et servi par un valet, et s'il vient en convalescence sera payé de ses gages ; et s'il decede, ses gages et loyers seront payez à sa vesve, ou à ses héritiers ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 170-171.

§ 45. Le patron doit faire enterrer le matelot défunt à terre, dans le cas où une telle chose peut être faite sans inconvénient ; et il pourra déduire les frais de l'enterrement aux héritiers, dans le cas où le défunt est mort en dehors du service ou de la défense du navire [801].

§ 46. Nous avons parlé du contrat du patron aussi bien avec les fréteurs qu'avec ses matelots. Maintenant, il arrive parfois que le patron n'ait aucun navire en propre, mais que le navire appartienne à d'autres personnes en totalité ou en partie. Lorsque le patron a une part sur le navire ou que, pour son service, il stipule une part sur les gains, ainsi, c'est une société dont il sera parlé ci-après ; mais lorsque qu'il stipule son salaire, ainsi, c'est un loyer. Alors, puisque **[359]** de nombreuses difficultés peuvent venir au devant du patron dans lesquelles il ne peut demander aucun avis aux armateurs, il y a ainsi ici à remarquer certains droits particuliers.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCVI. Les patrons de navire et les matelots se vient interdire de charger sur le navire des marchandises illicites à l'insu des armateurs sous [la mernace d']une peine corporelle et la réparation du dommage, voir la loi de Dordrecht, art. 61 et 62.]

§ 47. Un patron tombant en défaut d'argent de ce côté de la mer, c'est-à-dire près du détroit de Douvres ou dans le Sund, peut prendre l'argent sur la quille du navire par une bomerie ou autrement jusqu'au quart de la valeur de la cale et non plus haut, que par une extrême nécessité [802] et, personne ne pouvant trouver celui qui veut lui prêter l'argent ni n'ayant de marchandises qu'il peut vendre, ainsi, il peut, avec l'avis des matelots du navire,

---

[801] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de 1563, tit. III, art. 17 et le ci-devant dit placard de l'empereur Charles de 1551, art. 30.

L'article 17 de l'ordonnance de Philippe II a déjà été proposé dans la note précédente.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 30 : *« Item. Dans le cas où l'on peut ensevelir le défunt à terre, on le fera honorablement à terre comme il convient d'après son état et, dans le cas où il ne peut pas être porté à terre, fera sur lui [un service funèbre] de trentième jour à la place où lui, le patron, habite, aussi vite qu'il sera revenu aux frais du défunt ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 55.

[802] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de 1563, tit. II, art. 12, et tit. VII, art. 19. Mais, de ce côté-ci de la mer, un, patron ne peut prendre aucune bomerie sur la quille du navire sans le consentement de la majorité de ses armateurs, voir la *villekeur* du 13 août 1527 imprimée parmi les privilèges de la ville d'Amsterdam en 1624, p. 240.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 12 : *« Dans le cas où un patron, étant maître d'un navire appartenant à différents armateurs qui se trouvent en dehors du pays, était en nécessité d'argent, il ne pourra pour cela, sans le consentement de ces armateurs, pas vendre le ci-devant dit navire, mais pourra prendre sur lui une bomerie ou vendre [certains] des biens chargés dans celui-ci selon cette ordonnance. Et, s'il ne pouvait trouver aucune bomerie, aussi, qu'il n'avait aucun bien chargé ou qu'il ne pouvait pas les vendre, dans ce cas, il pourra engager ou vendre les agrès avec l'avis de ses matelots ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 69.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 19 : *« Semblablement, personne ne pourra prendre quelque argent sur la cale du navire (que l'on appelle communément une bomerie ou un change sur la cale ou la quille du navire), ou désirer par lui-même ou quelqu'un d'autre directement ou indirectement. À moins que ce patron, par une fortune de mer, des ennemis ou une autre affaire notable (dont il pourra montrer une certification) en grand défaut [d'argent] en dehors du pays où il ne pouvait avantageusement vendre aucun bien, dans ce cas, il pourra en prendre par une forme de bomerie pour autant que cela était du quart de la valeur de cette cale et autrement ou non plus haut, à moins que cette nécessité ne le contraignît à prendre une plus grosse somme que la valeur du ci-devant dit quart ; dans ce cas, il pourra prendre une telle plus grande somme sur la ci-devant dite bomerie, en faisant la preuve, comme ci-devant, d'une telle nécessité. Et aussi, il ne pourra pas mettre en vente ou aliéner des biens qui se trouvent sur un tel navire aussi longtemps qu'il trouvera un change ou une bomerie sur la cale du navire comme ci-devant et, ne le trouvant pas, il pourra vendre d'une telle marchandise au-dessus de la valeur du quart du ci-devant dit navire, que ce soit dans le cas d'une grande nécessité comme ci-devant et, avec cela, il sera tenu de les payer au marchand (auquel ont appartenu de tels biens vendus) au prix qu'ils auraient été évalués à la place où ils étaient destinés et transportés. Et, avec cela, la totalité du fret lui sera payé par le ci-devant nommé marchand, aussi bien des ci-devant dits biens vendus en chemin comme des biens non vendus. Sous une peine, dans le cas où la patron a agi autrement, qu'il réparera aussi envers ses armateurs, coarmateurs et marchands, leurs dommages et en outre, sera corrigé de façon arbitraire ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 101-102.

vendre ou engager les agrès ; mais s'il faisait cela en dehors d'une nécessité, il devrait réparer envers les armateurs tous les dommages et toutes les pertes de gain [803].

§ 48. Les armateurs auxquels appartient le navire, ne sont pas tenus envers le patron plus loin qu'à leur part du navire en de ce qu'ils pourraient avoir plus avant dans l'armement [804].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCVII. Il a été aussi répondu dans les *Advijsen over den koophandel*, art. I, cons. 6, en accord avec la doctrine de ce §, que les armateurs du navire n'étaient pas tenus envers le patron au-delà de la part qu'ils ont dans le navire.]

*

Chapitre XXI
De la société [805]

§ 1. Une SOCIÉTÉ ou une ASSOCIATION COMMERCIALE [806] est *une convention de deux ou plusieurs personnes pour, par le biais d'une communauté de biens ou d'un service, tirer un profit commun* [807].

[**Note de Willem Schorer sur la note 807 de Groenewegen van der Made**

Hector Felicius, [dans son ouvrage *De societatibus* édité] à Gorkum en 1666, a débrouillé *ex professo* la matière de la société.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCXCVIII. Toute communauté de profit n'est pas une société ou ne produit pas l'effet d'une société, comme il a été à bon droit répondu le 19 juillet dans les *Advijsen ver de koophandel*, part. II, cons. 65, p. 263 et suivantes.]

[360] § 2. Une *convention* [808], disons-nous ; car là où quelque chose est commun dans une convention, comme une succession commun, un legs commun ou quelque chose d'autre, en naît bien une communauté, mais aucune société [809].

---

[803] (Note de Groenewegen Voir les ci-devant dits art. 12 [du placard de Philippe II] et 19 [du placard de Charles Quint] ; les lois de Wisby, art. 68 et 69.

Les deux articles 12 et 19 cités sont proposés dans la note précédente.

Lois de Wisby, art. 68 : *En cas de necessité le maistre pourra vendre partie des marchandises, pour faire argent s'il en a besoin pour le navire ; et le Navire venant apres à se perdre, le maistre sera neantmoins tenu de payer au marchand lesdites marchandises, sans pouvoir prendre aucun fret pour raison d'icelles ».*

Art. 69 : *« Quand le maistre est contraint de vendre aucunes marchandises, il est tenu les payer au prix que les autres marchandises seront venduës estant arrivées à port de salut, et sera aussi le maistre payé de son fret pour lesdites marchandises vendues ».* Cf. Cleirac, *op. cit.* p. 168.

[804] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus le chapitre I de ce même livre, § 31, note 41.

[805] (Note de Groenewegen) Voir le titre xxv *(De la société)* des *Institutes de justinien*, III ; D. 17, 2 [*(En faveur de l'associé »)* et C. 4, 37 *(En faveur de l'associé).*

Le titre des Institutes comporte un court prologue et 9 paragraphes ; celui du Digeste renferme 84 extraits et celui du Code, 7 constitutions.

[806] (Note du traducteur) Grotius utilise ici deux mots néerlandais, d'abord *maetschap*, qui signifie très exactement "société", puis *venoodschap* qui a plutôt le sens que nous proposons ici, "association commerciale, compagnie".

[807] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *D. Pro socio*, nb 2.

[808] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxii *(De l'obligation avec un consentement)*, pr ; voyez ci-après, § 4, la note 816.

« Avec le consentement, sont faites les obligations dans les achats et les ventes, les offres de bail et prises de bail, les sociétés et les mandats ».

[809] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 31, 32 et 33.

§ 3. *Par le biais d'une communauté*, laquelle peut être universelle, comme de tous les biens [810] ; cette communauté a été anciennement interdite en Hollande, les époux étant exceptés ; ou générale, comme de tous les acquêts [811], de toutes les marchandises, ou particulière, comme de ce commerce-ci ou ce commerce-là [812] ; et, dans cette société, peut entrer tout ce qui est honorable, mais non déshonorant [813], ce sous quoi est inclus l'achat de certaines marchandises [814] pour causer une cherté [815].

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Pour qu'il y ait l'action en faveur d'un associé* (pro socio)*, il faut qu'une société intervienne ; en effet, il ne suffit pas qu'un bien soit commun, à moins qu'une société n'intervienne. Aussi, de façon commune, une affaire peut-elle être traitée aussi sans une société, comme par exemple quand, sans intention d'une société, nous intervenons en communauté, comme cela arrive sur un bien légué à deux personnes, de même, si par deux personnes en même temps, un bien a été acheté, si une succession ou une donation, de façon commune, nous est déférée ou si, des deux personnes de façon séparée, nous achetons leurs parts sans être de futurs associés ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Car, quand, ayant tenu une délibération, une société a été formée, il y a une action en faveur de l'associé* (pro socio)*, du fait que, sans délibération sur ce même bien et sur cette même affaire, on semble l'avoir communément fait, … »*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … comme dans les prises de bail de biens publics, de même dans les achats ; car ceux qui ne veulent pas, entre eux, se disputer achètent ordinairement par l'intermédiaire d'un messager le bien en commun, ce qui est très éloigné d'une société. Et c'est pourquoi, une société ayant été formée sans l'autorité du tuteur, le pupille n'en est pas tenu, cependant, de ce qui a été communément fait, il est tenu ».*

[810] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 1 § 1 ; D. 17, 2, 5.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Dans la société de tous les biens, tous les biens qui appartiennent à ceux qui s'unissent sont immédiatement mis en commun ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Les sociétés sont contractées soit pour tous les biens, soit pour quelque affaire, soit pour [collecter] les taxes, soit aussi pour une seule chose. 1 - Aussi une société peut-elle être formée et être valide entre ceux qui ne sont pas d'égales richesses, du fait qu'en général, le plus pauvre, avec son service, y supplée pour autant qu'il lui manque par la comparaison du patrimoine. À raison d'une donation, une société n'est pas à bon droit contractée ».*

[811] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 7.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Il est permis de former une société purement et simplement ; et si cela n'a pas été tranché, on considère qu'elle est faite pour tous les biens qui viennent en gain, c'est-à-dire quand ce bénéfice, d'un achat et d'une vente, d'une offre de bail et d'une prise à bail, résulte ».*

[812] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 5 pr.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Les sociétés sont contractées soit pour tous les biens, soit pour quelque affaire, soit pour [collecter] les taxes, soit aussi pour une seule chose ».*

[813] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2 53 et 57.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais ce qui a été acquis à partir d'un vol ou d'un autre délit, il est manifeste que cela ne doit pas être rapporté sur la société, parce qu'une association pour des délits est honteuse et criminelle. Évidemment, si cela a été mis en commun, le profit sera commun ».*

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Pomponius dit que l'on ne doit pas ainsi exclure que cela est vrai, seulement si une société d'une chose honorable et licite a été formée ; du reste, si une société a été formée pour un délit, il est clair qu'il n'y a aucune société. En effet, de façon générale, on rapporte qu'il n'y a nulle société pour des affaires déshonorantes ».*

[814] (Note du traducteur) Grotius met dans la marge la qualification de cet acte qui est un "monopole".

[815] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 59, 1 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis* ; placard du 7 octobre 1561 ; placard du 4 octobre 1540 ; placard du 31 janvier 1592 ; Statut de Frise, liv. II, tit. 6 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *De monopolis.*

Constitution de Zénon adressée à Constantinus, Préfet de la ville, et donnée en 483 : *« Nous commandons que nul n'ose pratiquer un monopole de quelconque vêtement, poisson, peut-être de peignes, d'oursin ou de quoi que ce soit d'autre pour la nourriture, ou pour l'usage quelconque de ce qui regarde une espèce ou quelque autre matière, à la faveur de sa propre autorité, en obtenant un rescrit impérial ou en en obtenant un pour l'avenir avec une constitution impériale ou avec une annotation de notre sainte piété, que nul ne se lie par serment ou ne s'accorde en tenant des accords illégaux, afin de vendre les sortes des divers objets d'une négociation non moindre que celle qu'ils avaient établie entre eux. Les artisans des constructions aussi, ou les entrepreneurs et ceux qui font profession de divers autres ouvrages, les maîtres de bain se détourneront de faire entre eux des accords, afin que nul n'accomplisse un ouvrage qui a été remis à un autre ou que l'un n'enlève pas le soin enjoint à un autre, autorisation ayant été donnée à chacun d'accomplir un ouvrage commencé et abandonné par l'un par le biais d'un autre sans aucune crainte de dépense et de dénoncer tous les crimes de ce type sans aucun effroi et sans frais judiciaires. Mais, si quelqu'un a osé pratiquer un monopole, dépouillé de ses propres biens, il sera condamné à un exil perpétuel. Du reste, en outre, les premiers des professions, s'ils ont osé se lier à l'avenir par des contrats de ce type sur le taux des prix des biens, ou sur quoi que ce soit d'illégal, nous décrétons qu'ils seront frappés du paiement de quarante livres d'or, l'office de ton siège étant frappé d'une condamnation de cinquante livres d'or, si, dans des monopoles interdits et les actions interdites des corporations, l'on a peut-être*

§ 4. On peut conclure une société oralement, par des lettres, par un messager et de toutes les manières par lesquelles la volonté est connue [816]. On peut aussi le faire purement et simplement ou sous condition, pour un certain temps ou jusqu'à une certaine date, ou pour toujours [817] ; cela est entendu durant la vie des associés [818] ; car autrement, aucune société ne peut être éternelle [819].

[**Note de Willem Schorer sur la note 819 de Groenewegen van der Made**

Bien qu'une société puisse être conclue pour l'éternité, cependant, elle ne doit pas être admise d'une façon telle que jamais, même à partir de la survenue d'une nouvelle cause, il ne soit permis d'y renoncer. La raison en est que la communauté est tenue pour la mère de la discorde et que les discordes sont ainsi alimentées, voir Brunemann sur D. 17, 2 *(De l'action en faveur d'un associé)*, 70, comme [le dit] aussi l'auteur dans ce chapitre dans la note 846, loi que, cependant, Brunemann pense ne pas devoir être ainsi catégoriquement observée dans les affaires publiques. *"Je ne vois pas*, dit-il, *pourquoi deux provinces ne pourraient pas s'unir et s'associer à perpétuité, de sorte que, toutefois, elles restent des provinces différentes qui usent de lois différentes, mais cependant unies à perpétuité"* ; cela est manifestement clair pour nos sept cités qui, il y a deux siècles, ont été unies dans une alliance perpétuelle et qui restent liées jusqu'à ce jour. Il y a le plus ancien traité entre les Suisses qui, cruellement oppressés par la maison d'Autriche, déjà en 1315, avec un heureux événement, ont conclu un accord pour défendre la liberté commune contre l'ennemi, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. II, p. 391.]

---

moins appliqué (si cela arrivait) les condamnations remises à notre très salutaire disposition, par vénalité, par négligence ou par quelque défaut que ce soit ».

[816] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 4 pr, 52 § 6 et 58 § 3.

Extrait du livre III des *Règles* de Modestinus : *« Il n'est pas douteux que l'on peut former une société par la remise d'un bien* (re), *par un échange de paroles* (verbis) *et par l'intermédiaire d'un messager ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Papinien, dans le livre III de ses Réponses, a aussi déclaré : si des frères ont maintenu indivise la succession de leurs parents, de façon telle qu'ils en partagent communément les risques, ce qu'ils auront recherché d'un autre côté ne sera pas ramené à ce qui est commun ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Si mon esclave a formé une société avec Titius et que, vendu, il est resté dans celle-ci, on peut dire qu'avec l'aliénation de l'esclave, la première société est terminée et qu'en totalité, une autre a commencé ; à plus forte raison, à moi et à l'acheteur, l'action en faveur de l'associé* (pro socio) *se présente ; de même, tant contre moi que contre l'acheteur, sur le fondement de ces causes qui, avant l'aliénation, surviennent, il faut accorder l'action, sur le fondement des autres causes, contre l'acheteur seulement ».*

[817] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 1 pr.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« On peut former une société à perpétuité, c'est-à-dire, pendant que l'on vit, pour un temps, à partir d'une période ou sous condition ».*

[818] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 35, 52 § 9 et 59 pr.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Personne ne peut [faire] en sorte qu'une société soit soumise à son héritier d'une façon telle que l'héritier lui-même soit un associé ; mais, contre l'héritier d'un associé, une action est proposée pour qu'il garantisse sa bonne foi ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - De même, [Papinien] a répondu qu'une société ne pouvait se prolonger par-delà la mort et c'est pourquoi nul ne pourra enchaîner la liberté à ses décisions dernières ou placer au-devant d'un plus proche un cognat plus éloigné ».*

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Avec la mort d'un associé, la société est dissoute, à un point tel que, dès le commencement, nous ne pouvons pas conclure que l'héritier succédera aussi à la société. Il dit que c'est là la règle pour les sociétés privées ; dans une société de redevances, néanmoins, la société demeure après la mort de l'un [des associés], mais ainsi seulement, si la part du défunt a été assignée à la personne de son héritier, afin qu'à l'héritier, elle doive aussi être conférée ; c'est ce que, sur le fondement de la cause, il faut évaluer. En effet, qu'en est-il, si est mort celui à raison du travail duquel principalement la société a été formée ou sans lequel la société ne peut être administrée ? »*

[819] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 1 pr et 70 ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 49.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« On peut former une société à perpétuité, c'est-à-dire, pendant que l'on vit, pour un temps, à partir d'une période ou sous condition ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Il n'existe nul engagement de société à perpétuité ».*

§ 5. On peut aussi exprimer des parts ; en ne les exprimant pas, ainsi, chacun en a autant dans la société, à savoir , selon la proportion de ce qu'ils ont apporté [820] et, dans le cas où des parts de profit sont indiquées, celles-ci sont entendues aussi devoir être suivies dans la perte [821], à moins que cela ne fût autrement stipulé ; **[361]** car, pour l'inégalité du service et des moyens, il est permis que chacun puisse stipuler une plus grand part dans le gain et une moindre dans la perte, certes, une part dans le gain sans une part dans la perte [822], mais non que quelqu'un n'ait absolument aucune part au gain [823] étant considéré que la société est seulement conclue pour une volonté de gain. En outre, est ici entendu comme un gain ce qui reste, la perte étant déduite [824].

[**Note de Willem Schorer sur la note 823 de Groenewegen van der Made**

Il a été répondu à Amsterdam contre cette doctrine de l'auteur et il est enseigné que le contrat, dans lequel il est convenu qu'un seul des associés dans la société souffre la perte, n'est pas valide, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 36, p. 504.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefroed van der Keessel**

DCXCIX. N'est pas considérée illégale la société qui a été contractée sous cette loi que le profit soit commun et que l'un supporte toute la perte, et cela non seulement pour la raison dont use Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 17, tit. 2, nb 8, mais particulièrement pour celle-ci [qui est] que l'assurance sera permise dans nos lois et nos usages, observation dont est touché Grotius dans les *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st., cons. 303, p. 541.]

---

[820] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 6 et 29.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si tu formes une société avec moi sous cette condition que tu établirais les parts de la société, à l'arbitrage d'un homme de bien, cette affaire doit être ramenée ; il est conforme à l'arbitrage d'un homme de bien qu'en tout cas, à partir de parts égales, ne sous soyons pas associés, comme si l'un allait apporter plus de travail, plus d'activité, plus d'argent dans la société ».*

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si les parts n'ont pas été ajoutées à la société, il est clair qu'elles sont égales. Mais, s'il a plu que quelqu'un ait deux parts ou trois et un autre une, sera-ce valide ? On décide que c'est valide, si seulement il a apporté quelque chose de plus à la société en argent, en travail ou avec quelque autre chose. 1 - Cassius pense qu'on peut former une société d'une façon telle que l'un ne ressente nulle part un dommage, mais que le profit soit commun ; et comme Sabinus l'écrit, elle sera valide seulement d'une façon telle que si le travail [fourni] est aussi important que le dommage ; en effet, en général, l'industrie d'un associé est si grande qu'il apporte plus à la société qu'avec de l'argent, de même, si un seul navigue, si un seul part à l'étranger, il supportera seul les périls. 2 - Aristo rapporte que Cassius avait répondu qu'une telle société ne pouvait être faite, de sorte que l'un seulement ait le profit, l'autre le préjudice et que cette société était habituellement appelée société léonine ; et nous, nous sommes d'accord [pour dire] qu'une telle société n'en est pas une, de sorte que l'un éprouve le profit, mais que l'autre n'éprouve aucun profit, mais le dommage ; en effet, c'est là un type de société très injuste, à partir duquel quelqu'un éprouverait le dommage et non aussi le profit ».*

[821] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 3.

« § 3. Ceci est à propos, si, dans une seule cause, la part a été exprimée, comme sur le profit seul ou le seul dommage, mais omise dans l'autre ; dans ce qui a été laissé de côté, cette même part est observée ».

[822] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 29 § 1.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Cassius pense qu'on peut former une société d'une façon telle que l'un ne ressente nulle part un dommage, mais que le profit soit commun ; et comme Sabinus l'écrit, elle sera valide seulement d'une façon telle que si le travail [fourni] est aussi important que le dommage ; en effet, en général, l'industrie d'un associé est si grande qu'il apporte plus à la société qu'avec de l'argent, de même, si un seul navigue, si un seul part à l'étranger, il supportera seul les périls ».*

[823] (Note de Groenewegen) Voir ce dit texte de D. 17, 2, 29 § 1.

[824] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 20 ; *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 2 à la fin.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … car l'associé de mon associé n'est pas mon associé ».*

« § 2. (…) Et, dans le sens contraire, il a maintenu l'opinion de Quintus Mucius d'une façon telle qu'il était clair qu'aussi on pouvait convenir que quelqu'un supporte une part du profit et, de la perte, ne soit pas tenu ce que Servius a pensé de façon convenable pour lui ; cependant, il faut que cela soit entendu d'une façon telle que, si sur une chose, le profit, sur une autre, la perte ont été portés la compensation ayant été faite, seulement ce qui reste est entendu appartenir au profit ».

§ 6. Dans la communauté de gain, une succession et un profit semblable ne sont pas comptés [825]. Sous une communauté de tous les biens entrent un profit et une perte de toutes sortes, à l'exception de ce qui est acquis de façon déshonorante [826] ou perdu par un délit, une grossière négligence ou un jeu [827].

§ 7. Chacun des associés et leurs héritiers ont contre chacun et leurs héritiers un droit à [demander] l'exécution de ce qui est convenu [828], un partage de tous les profits avec les fruits et un intérêt après un retard [829], un recouvrement des dépenses faites pour le service commun [830], une réparation du dommage et tout ce dont quelqu'un est lésé par une mauvaise foi ou une négligence de son associé [831], étant bien entendu que, de lui, aucune

---

[825] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 9, 10 et 11. Voyez en outre ci-devant le liv. II, chapitre XII, § 11, note 301.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Sabinus n'a pas ajouté la succession, le legs, les donations à cause de mort ou non à cause de mort, peut-être pour cette raison qu'ils ne sont pas dévolus sans cause, mais à quelque mérite s'ajoutent … »*

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« … et qu'en général, d'un parent ou d'un affranchi, comme si c'était une dette, une succession nous est dévolue ; … »*

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« … et c'est ainsi qu'au sujet de la succession, du legs et de la donation, Quintus Mucius l'écrit ».*

[826] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 53.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais ce qui a été acquis à partir d'un vol ou d'un autre délit, il est manifeste que cela ne doit pas être rapporté sur la société, parce qu'une association pour des délits est honteuse et criminelle. Évidemment, si cela a été mis en commun, le profit sera commun ».*

[827] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 25 et 59 § 1.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« À cause de cette affaire, ne regarde pas moins le risque de l'associé le fait que, par sa négligence, elle ait péri et que, sur la plupart des autres choses, par son habileté, elle se soit accrue ; [c'est] là ce que, sur le fondement d'un appel, l'empereur l'a prononcé ».*

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Ce que, dans un jeu de hasard ou dans un adultère, a perdu un associé, à partir du pot commun, il ne l'apportera pas. Mais, si, avec notre dol, l'associé a pris quelque chose du dommage, de nous, il le réclamera ».*

[828] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 69.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Alors qu'une société pour acheter est formée et que l'on a convenu que l'un paierait aux autres les* nundinæ (*i. e.* ce qui se tient tous les neuf jours)*, c'est-à-dire les banquets* (epulæ)*, et qu'il a renvoyé ces derniers, s'il ne les leur a pas payés, avec une action en faveur de l'associé* (pro socio) *et sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, contre lui, il faut agir en justice ».*

[829] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 60.

Extrait du livre XIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Labéon dit que l'associé qui, pour rendre ce qu'à partir de la société, il a fait de profit, a appliqué un retard, alors que, de cet argent, lui-même a usé, doit aussi payer les intérêts, mais non comme des intérêts, mais parce qu'il importe à l'associé qu'il n'y ait pas appliqué un retard ; mais, s'il n'a pas usé de cet argent ou n'a pas commis de retard, c'est le contraire ; de même, après la mort de l'associé, il ne faut faire aucune telle évaluation à partir de l'acte de l'héritier, parce qu'avec la mort de l'associé, la société est dissoute. 1 - Un associé, alors qu'il s'opposait à des esclaves destinés à la vente et qui se précipitaient dans une fuite, a été blessé, Labéon dit qu'il ne pourra pas poursuivre sur le fondement de l'action de société* (actio societatis) *pour la dépense qu'il a faite pour se soigner, parce que cela n'a pas été dépensé pour l'association, bien qu'à raison de l'association ; c'est comme si quelqu'un, à raison de l'association, avait manqué d'instituer son héritier, avait omis un legs ou avait administré son patrimoine de façon plutôt négligente ; en effet, le gain qui lui serait arrivé à raison de l'association viendrait au pot commun, tout comme s'il avait été institué héritier à raison de l'association ou que quelque chose lui avait été donné ».*

[830] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 38 § 1 et 52 § 15.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - Si, avec toi, il y a pour moi une société et que les biens, sur le fondement de la société, sont communs, biens pour lesquels j'ai fait la dépense ou dont, à partir de ces biens, tu as pris les fruits, avec l'action en faveur de l'associé* (pro socio) *ou avec l'action en partage de bien commun* (communi dividundo)*, Proculus dit que je poursuivrai et qu'avec une action, l'autre est supprimée ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 15 - Si l'un des associés, à raison de la société, s'est mis en marche, comme pour acheter des marchandises, il imputera seulement à la société ceux des frais qui ont été dépensés pour cette affaire ; en conséquence, les frais de route, de logement, des écuries, des chevaux, de transport des voitures pour lui, pour ses bagages ou ses marchandises, il les imputera à bon droit ».*

[831] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 47 § 1, 48 et 49.

plus grande diligence ou prévoyance n'est réclamée que celle qu'il a coutume d'employer pour sa propre affaire [832], parce que cette convention ménage un profit aux deux côtés. Un dommage que quelqu'un, sur son propre bien ou son corps, a souffert à cause du service de la société et en dehors de sa faute doit être aussi réparé [833].

[**Note de Willem Schorer sur la note 828 de Groenewegen van der Made**

Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les Institutes, IV, vi, § 38, les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 235, p. 463, et de même, les *Responsa jurisconsultorum Ulrajectinorum*, part. III, cons. 114, nb 8 et 9, p. 487, disent que, ni dans nos usages ni dans ceux des Français, les associés ne jouissent du bénéfice de compétence, ainsi, de sorte qu'aujourd'hui, ils sont tenus pour le tout et au-delà de ce qu'ils peuvent payer, et ainsi aussi a-t-il été jugé dans le droit de la Saxe en juillet 1580, voir Carpzov, *Decisiones illustres Saxonicæ*, decis. 190, nb 22, et *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 17, defin. 12. Et, une société ayant été contractée sur quelque affaire, Hector Felicius, *De societatibus*, cap. 30, nb 20, enseigne que les associés sont obligés pour le tout.

Cependant, dans les usages, à l'exemple des armateurs, dont il a déjà été paré ci-dessus, liv. III, chap. I, § 31, sur la note 40, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 17, tit. 2, nb 13, pense qu'il faut dire qu'entre les marchands, aussi maintenant, lorsque plusieurs associés ont préposé l'un des associés ou un étranger à l'instar d'un détaillant à la société, chacun n'est pas tenu pour le tout, mais n'est seulement tenu qu'à proportion de sa part. En outre, il a été répondu que l'associé débiteur jouissait aussi contre l'associé créancier du bénéfice de la compétence, parce qu'une société comporte en elle d'une certaine façon un droit de fraternité, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 70. Felicius, *De societatibus*, cap. 31, nb 22, signale que l'associé cité par un autre associé n'est pas tenu, si ce n'est à la faveur de la part qu'il a dans la société.]

[**Sur la note 832 de Groenewegen van der Made**

De façon ordinaire, en tant qu'associé, il doit garantir la faute légère. Cependant, s'il a toujours employé dans l'administration de ses biens le devoir d'un très diligent père de famille, il s'ensuit aussi qu'il est tenu de la faute très légère, du fait que n'est pas présumé être exempt de fraude celui qui emploie un moindre soin envers les biens d'autrui qu'envers les siens, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 17, tit. 2, nb 12. Il apparaît des termes de celui-ci même que c'était là aussi la sentence de l'auteur.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais, si, sur le fondement d'une cause de vol, j'ai agi en justice avec une condiction, l'action en faveur de l'associé cessera, à moins que cela ne soit plus de mon intérêt. 1 - Si l'associé, sur le bien commun, a causé un dommage, Celsus, Julianus et Pomponius écrivent qu'il est tenu par la Loi Aquilia, … »*

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« … mais, néanmoins, par l'action en faveur de l'associé* (pro socio)*, il est tenu, … »*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« …, si, par cet acte, il a lésé la société, si, pour prendre un exemple, il a blessé ou tué, l'esclave préposé à un commerce ».*

[832] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 9.

« § 9. Il a été demandé si un associé, envers un associé, sera seulement tenu à ce titre de l'action "en faveur d'un associé" (pro socio)*, quand il a commis quelque chose avec un dol, comme celui qui a souffert que ce soit déposé chez lui, ou aussi d'une faute, c'est-à-dire au titre d'une paresse et d'une négligence ; a prévalu cependant qu'aussi, au titre d'une faute, celui-ci soit tenu. Mais la faute ne doit pas être dirigée vers une très exacte diligence ; il suffit en effet que l'associé emploie une telle diligence sur les biens communs que, pour ses propres biens, il emploie ordinairement. Car celui qui s'est choisi un associé peu diligent, de lui-même, doit se plaindre ».*

[833] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 52 § 4 ; Fachinæus, liv. II, cap. 95-96.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Des personnes se sont associées pour un commerce de manteaux ; l'un d'entre eux, qui s'était mis en marche pour acheter des marchandises, est tombé sur des brigands et a perdu son argent, ses esclaves ont été blessés et il a perdu ses propres biens. Julianus déclare que le dommage est commun et c'est pourquoi, par l'action de la société, l'associé doit reconnaître la moitié du préjudice, tant pour l'argent que pour les autres biens qu'il n'a pas emportés avec lui, s'il ne s'était pas mis en marche à un titre commun pour acheter des marchandises ; mais, si quelque chose a été dépensé pour des médecins, c'est à très bon droit que Julianus approuve que l'associé doive en reconnaître une part. De même, si quelque chose a péri dans un naufrage, du fait que les marchandises n'étaient ordinairement pas transportées autrement que par bateau, les deux éprouveront le dommage : car, de même qu'un bénéfice, de même le dommage qui ne survient pas par la faute de l'associé doit être commun ».*

De même, il faut le dire si l'associé, non par quelque moyen comme tel, mais comme artisan, a pris sur lui quelque chose pour promouvoir la société. En outre, il faut relever contre Groenewegen, *Der legibus abrogatis* sur D. 17, 2 *(De l'action en faveur d'un associé)*, 23, qu'aucune compensation de la diligence n'est faite dans les usages avec une négligence, voir Voet, lib. 17, tit. 2, nb 12.

De plus, il faut faire attention à ce que l'associé est tenu de rendre les comptes de son administration et non seulement de ce qu'il a administré, mais de ce qui devait être administré. Mieux, cette prestation des comptes ne peut pas être remise au moment où la société est conclue à l'exemple des tuteurs, du fait que le dol n'est pas garanti et ne peut être remis par aucune convention. Si plusieurs [personnes] ont eu l'administration de la société, dans ce cas, elles sont tenues de se rendre réciproquement les comptes, cependant, d'une façon telle qu'aucun ne puisse les réclamer à l'autre, à moins que lui-même ne les ait rendus ou, du moins, n'ait offert de rendre les comptes, mais non pour que l'associé administrateur puisse y être contraint à chaque moment, mais seulement, une fois la société terminée ou, durant celle-ci, chaque année ou au moment où cela pourra être fait commodément, ou bien, où il est –ordinaire que cela soit fait à partir de l'usage des marchands ou de la place. Cependant, si les autres associés, de bonne foi, recherchent dans quel endroit seront les biens de la société, cela semble devoir leur être sommairement indiqué, voir Voet, lib. 17, tit. 2, nb 11. De plus, tous les autres doivent s'en tenir aux comptes de l'associé administrateur, à moins que des présomptions plus graves ne militent contre celui-ci, voir Menochio, *De arbitrariorum judiciorum quæstionibus*, lib. II, cent. 1, cas. 92.]

[**Sur la note 833 de Groenewegen van der Made**
Voyez sur tout cet endroit ce que tient Voet, lib. 17, tit.2, nb 5.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCC. Il n'y apas besoin de l'action en faveur d'un associé dans notre droit pour livrer ou céder ce qui a été obtenu à un associé après la conclusion du contrat ; mais ce qui a été apporté à raison de la société est mis en commun selon le droit lui-même, voir Cooren, *Observationes*, obs. 25, nb 50, p. 91.

DCCI. La faute légère dont l'associé est tenu doit être entendue comme celle qu'il ne commet pas ordinairement sur ses propres biens, voir *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 63, p. 249 et suivantes.

DCCII. Sur la question quant au droit que les étrangers ont contre plusieurs associés, il est certes certain qu'à partir du contrat d'un seul que les autres emploient pour administrer les affaires, en tant que détaillant, les autres sont aussi tenus, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 17, tit. 2, nb 13. Mais ce que celui-ci enseigne, lib. 17, tit. 2, nb 13 et 15, [à savoir] que les autres peuvent dans le doit contemporain, à l'exemple des armateurs, s'enacquitter en décdant leur part dans la société aux créanciers, semble être tout à fait contraire à la raison du droit.

DCCIII. Dans les sentences des jurisconsultes, il y a eu des variations [sur le fait de savoir] si, à partir du contrat d'un seul ou de plusieurs associés qui sont réciproquement à la place de détaillants envers les autres ou envers eux, en ce que les autres souffrent que celui-ci ou celui-là, ou que chacun contracte sous le nom dont use la société pour administrer ses propres affaires. Avec l'autorité du statut d'Anvers, tit. 52 *(De la compagnie et de la communauté de biens)*, art. 1, il a été répondu pour l'affirmative dans les *Hollandsche consutltatien*, part. I, cons. 151, p. 255 à la fin, cons. 283 et cons. 303, p. 488 à la fin, part. II, cons. 235 à la fin, p. 463. Mais d'autres l'ont refusé, de Pape dans ses *Observationes ad volumen I [Reponsorum jurisconsultorum Hollandorum]*, cons. 283, p. 283, et cela semble avoir été l'opinion de Grotius dans les *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st. cons. 143, nb 5. Cependant, la première sentence a été approuvée dans la coutume d'Amsterdam, attestant de cela un célèbre jurisconsulte le 23 juin 1708 dans les *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 61, et la turbe des marchands du 16 février 1707, de même, cons. 60. De même, la plupart des avocats et des procureurs versés ici dans le tribunal ont employé, le 29 janvier 1710, voir les *Handvesten van Amsterdam*, p. 507 et 508, ce témoignage. Y consentent le marchand Adriaan Verwer, *Zeerechten*, sur l'édit de 1711, p. 171 à la fin, et sur l'édit de 1730, p. 188, et dernièrement, des avocats expérimentés dans une réponse du 29 juin 1790 dans la *Verzameling van casus-positien etc. betrekkelijk tot de koophandel*, Amsterdam, 1793, cas. 18, et enfin, la

turbe des marchands du 30 juin 1790, ci même, p. 164 et suivante ; cf. Dupuis, *L'art des lettres de change*.

DCCIV. Toutefois, une autre chose doit être dite : par exemple, Primus ne sera pas tenu d'une dette au-delà du capital qu'il a apporté dans la société si, entre Primus qui apporte l'argent, et Secundus qui apporte ses services, la société a été contractée sous cette loi que seul Secundus administre l'affaire et qu'en outre, le profit soit commun, mais que Primus ne soit pas tenu de la perte au-delà du capital rassemblé. La raison du droit enseigne quelles sociétés peuvent être chez nous conclues à l'exemple de celles qui sont appelées en France *sociétés en commandite*, voir Savary, *Le parfait négociant* [éd. Paris 1736], part. II, liv. I, chap. 1, p. 13 et suivantes, et chap. 2, p. 50 et suivantes. En revanche, afin que, toutefois, ceux qui contractent avec Secundus ne suivent aussi pas la foi de Primus à leur perte, chez nous, où les lois des sociétés ne sont pas publiées dans les actes, il semble être requis que l'on puisse distinguer que Primus ne s'est pas publiquement déclaré associé ni à partir du nom dont, peut-être, Secundus use pour administrer les affaires de la société.]

§ 8. La société périt par la mort de l'un des associés pour autant qu'elle concerne les autres, à moins qu'une autre chose **[362]** ne fût stipulée [834]. Mais, pour autant que cela concerne l'héritier du défunt, tout à fait, là où aussi, une autre chose était stipulée [835], excepté dans une société de fermiers [des revenus] qui prennent en ferme les biens ou les moyens d'un pays, par laquelle les héritiers aussi restent obligés [836]. Autrement, les héritiers peuvent toujours s'en séparer ; cependant, il sont tenus d'aider à accomplir ce qui n'est pas dans son entier [837]. Et, jusqu'à la séparation, ils sont obligés par leur propre délit ou

---

[834] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 65 § 9 ; *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 5. Voyez Bronckhorst, cent. 2, assert. 49 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, tom. VII, concl. 306, nb 1 avec le suivant et nb 15, lettre S.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 9 - Par la mort de l'un [des associés], la société est dissoute, quoiqu'avec le consentement de tous, elle ait été faite et qu'au vrai, plusieurs demeurent, à moins qu'en formant la société, on n'en ait convenu autrement. L'héritier de l'associé n'hérite pas ; mais il doit être fourni ce qui a été obtenu par la suite à partir du bien commun et de même, le dol et la faute, pour ce qui dépend de ce qui a été fait antérieurement, tant par l'héritier qu'à l'héritier ».*

« § 5. Est donc dissoute la société aussi par la mort de l'associé, parce que celui qui contracte une société choisit pour lui une certaine personne. Mais, si, avec le consentement du plusieurs, la société a été conclu, avec la mort d'une seul associé, elle est dissoute, quoique plusieurs survivent, si ce n'est si, en contractant la société, l'on a convenu autrement ».

[835] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 35, 52 § 9 et 59.

Extrait du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Personne ne peut [faire] en sorte qu'une société soit soumise à son héritier d'une façon telle que l'héritier lui-même soit un associé ; mais, contre l'héritier d'un associé, une action est proposée pour qu'il garantisse sa bonne foi ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - De même, [Papinien] a répondu qu'une société ne pouvait se prolonger par-delà la mort et c'est pourquoi nul ne pourra enchaîner la liberté à ses décisions dernières ou placer au-devant d'un plus proche un cognat plus éloigné ».*

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Avec la mort d'un associé, la société est dissoute, à un point tel que, dès le commencement, nous ne pouvons pas conclure que l'héritier succédera aussi à la société. Il dit que c'est là la règle pour les sociétés privées ; dans une société de redevances, néanmoins, la société demeure après la mort de l'un [des associés], mais ainsi seulement, si la part du défunt a été assignée à la personne de son héritier, afin qu'à l'héritier, elle doive aussi être conférée ; c'est ce que, sur le fondement de la cause, il faut évaluer. En effet, qu'en est-il, si est mort celui à raison du travail duquel principalement la société a été formée ou sans lequel la société ne peut être administrée ? 1 - Ce que, dans un jeu de hasard ou dans un adultère, a perdu un associé, à partir du pot commun, il ne l'apportera pas. Mais, si, avec notre dol, l'associé a pris quelque chose du dommage, de nous, il le réclamera ».*

[836] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 65 § 2.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Si, pour acheter un bien certain ou le prendre à bail, une société a été formée, alors, après la mort de l'un [des associés], Labéon dit que tout ce qui a été fait en profit ou en perte, est commun ».*

[837] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 17, 2, 65 § 9.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 9 - Par la mort de l'un [des associés], la société est dissoute, quoiqu'avec le consentement de tous, elle ait été faite et qu'au vrai, plusieurs demeurent, à moins qu'en formant la société, on n'en ait convenu autrement. L'héritier de l'associé n'hérite pas ; mais il doit être fourni ce qui a été obtenu par la suite à partir du bien commun et de même, le dol et la faute, pour ce qui dépend de ce qui a été fait antérieurement, tant par l'héritier qu'à l'héritier ».*

négligence [838], tel que le défunt aurait été obligé. Par une disparition de la chose [839] ou par une réalisation de ce pour quoi la société était conclue [840], la société disparaît aussi ; comme aussi, si l'un des associés, par un délit [841] ou par une faute [842], est devenu sans défense, à moins que, dans ce cas, les autres ne se contentassent de rester dans la société [843]. Semblablement, par une renonciation [844], non seulement quand tous, mais aussi un seul, font la renonciation, puisque par celle-ci, ils sont libérés de la société [845], bien qu'aussi il ne fût pas parlé de pouvoir renoncer, puisqu'une convention de cette sorte est sans effet [846] ; mais, s'il faisait la renonciation à un moment impropre et au préjudice de la société, ainsi, il devrait compenser tout ce qui venait en perte aux autres par cela [847]. Quand chacun des

[838] (Note de Groenewegen) Voir ce dit § 9 [cité ci-dessus].

[839] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 63 § 10.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - La société est dissoute à partir des personnes, des biens, de la volonté, d'une action en justice. C'est pourquoi, que les hommes, les biens, la volonté ou l'action en justice ait disparu, la société est considérée comme dissoute. Mais les hommes disparaissent certes avec le très grand ou le moyen amoindrissement du statut* (capitis deminutio) *ou par la mort ; mais les biens, quand il n'en reste aucun ou qu'ils ont changé de condition, en effet, un associé n'est pas propriétaire de ce bien qui sera déjà inexistant et de celui qui a été consacré ou confisqué. Avec la volonté, la société se dissout par une renonciation ».*

[840] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 65 § 10 ; *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 6.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 10 - De même, si la société appartient au bien d'autrui et qu'un terme a été imposé à l'affaire, la société est terminée ; si l'un est mort, tout restant en entier, qu'ensuite, s'ensuive alors la chose pour laquelle ils ont contracté la société, alors nous utiliserons la même distinction dont [nous faisons usage] dans le mandat, de sorte que, si la mort de l'autre a été ignorée, la société soit valide et, si elle est connue, elle ne soit pas valide ».*

« § 6. De même, un société de quelque affaire a été contractée et qu'une fin, à l'affaire, a été imposée, la société est terminée ».

[841] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 65 § 12 ; *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 7.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 12 - Par une confiscation aussi, nous avons dit que la société était dissoute. Cela est considéré regarder la confiscation de tous les biens, si les associés se voient confisquer leurs biens ; car, alors qu'à sa place, un autre succède, il est tenu pour mort ».*

« § 7. Avec une confiscation aussi, il est clair que la société est dissoute, à savoir si l'ensemble des biens de l'associé sont confisqués, car, du fait qu'à sa place, un autre a succédé, pour mort, il est tenu ».

[842] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxv, § 8.

« § 8. De même, si l'un des associés, surchargé par la masse d'une dette, dans ses biens, a cessé [de se trouver] et que, pour cela, à raison des dettes publique ou privées, sa substance est vendue, la société est dissoute ».

[843] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 8 des *Institutes*, III, xxv *(De la société)*.

[844] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 63 § 10 à la fin.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« (…) mais les biens, quand il n'en reste aucun ou qu'ils ont changé de condition, en effet, un associé n'est pas propriétaire de ce bien qui sera déjà inexistant et de celui qui a été consacré ou confisqué. Avec la volonté, la société se dissout par une renonciation ».*

[845] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 4 aux mots *at cum aliquis.*

« § 4. (…) <u>en revanche, quand quelqu'un</u> a renoncé à la société, la société est dissoute. (…) ».

[846] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 14.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« S'il est convenu entre des associés que, durant un délai fixé, le bien commun ne sera pas divisé, on ne considère pas que l'on a convenu de ne pas quitter la société. Cependant, qu'en est-il, si l'on convient de ne pas la quitter, cela aura-t-il une valeur ? Avec finesse, Pomponius écrit que convenir de cela est vain, car, si l'on n'en convient pas et que, cependant, de façon inopportune, on renonce à la société, il y aura lieu à une action* pro socio. *Mais, si, durant une période certaine, l'on convient de ne pas quitter la société, et que l'on y renonce avant la date, la renonciation peut avoir une raison. Ne sera pas tenu par l'action* pro socio *celui qui a renoncé pour cette raison que la condition, avec laquelle la société a été formée, n'est pas remplie par lui ; ou bien, qu'en est-il, si l'associé est nuisible et préjudiciable d'une façon telle qu'il n'est pas avantageux de le supporter ».*

[847] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 17, 2, 14 ; D. 17, 2, 17 § 2 ; *Institutes de Justinien*, III, xxv *(De la société)*, § 4.

Le premier texte est donné dans la note précédente.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« 2 - Dans la formation d'une société, il n'importe en rien de se soucier de la renonciation, parce que, selon le droit de la société lui-même, la renonciation déplacée entre dans l'évaluation ».*

« § 4. Mais la société demeure jusqu'à ce que, dans le même consentement, ils aient persévéré ; en revanche, quand quelqu'un a renoncé à la société, la société est dissoute. Mais, clairement, si quelqu'un, de façon frauduleuse, a renoncé à la société pour avoir seul quelque profit qui vient, comme si, associé de tous les biens, du fait qu'il a été laissé héritier par quelqu'un, avait renoncé à la société pour faire profit seule de la succession, il est contraint de partager ce profit ; mais, s'il avait profité de quelque chose d'autre

associés commence à traiter pour lui, ainsi, la société est semblablement tenue pour dissoute [848].

[**Note de Willem Schorer sur la note 844 de Groenewegen van der Made**
N'importe quel associé est libéré de la société avec une renonciation appropriée, pourvu quecela doit fait clairement et publiquement déclaré, et cela avec l'argument de D. 14, 3 *(De l'action institoire)*, 11 § 2 et suivants, *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 114, nb 8, 9 et 10, p. 487.]

[**Sur la note 848 de Groenewegen van der Made**
Si l'un ou l'autre des associés a commencé séparément à faire des affaires et, à cette occasion, a réclamé différentes dettes de la société, dans la mesure où il les a réclamées au-dessus de sa part, il est aussi tenu aux intérêts, du moins depuis le moment du début du débat judiciaire ; en sens contraire, il doit aussi recevoir une petite rémunération au jugement d'u homme de bien à la faveur l'inquiétude de la réclamation, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 246. Du reste, il faut observer que, durant la société, un associé ne prescrit pas contre un associé, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 4, defin. 14, nb 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Kessel**
DCCV. Si l'associé qui n'a pas encore apporté à la société ce qu'il devait a fait cession de ses biens, ses créanciers ou le curateur des biens n'ont aucun droit sur la société tant que l'autre associé n'a pas obtenu son bien, voir *Hollandsche consultatien*, part. III, cvons. 6-9, et ainsi aussi l'ont réôndu les jurisconsultes le 19 décembre 1754 et confirmé plusieurs parchands, voir *Vervolg der Hollandsche consultatien*, part. II, cons. 98.]

[363] § 9. Il y a certaines sortes de société qui ont des propriétés particulières, comme le mariage, l'amirauté, le co-armement.

§ 10. Par un MARIAGE, il y a entre les époux selon le droit du pays, une société de tous les biens, mais le mari en est le maître et le tuteur ; par un pacte anténuptial, on peut venir à une communauté de tous les profits, successions qui y sont comprises, ou seulement des acquêts ou si plus ou moins est stipulé comme réciproque, comme il est dit ci-dessus [849] dans le traitement du mariage et de la communauté des biens.

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCVI. Entre une société universelle et une communauté des biens statutaire entre les époux, en dehors de plusieurs autres différences, doivent être relevées d'abord celles-ci : 1° que, dans une société, le profit et la perte sont mises en commun dans une proportion géométrique, voir Grotius ci-dessus dans le § 5, et, dans la communauté statutaire, dans une proportion arithmétique ; 2° que l'associé, contre le gré de l'associé, ne pourra pas disposer des biens communs, voir D. 10, 3 *([De l'action] en partage de bien commun)*, 28, le mari, même contre le gré de son épouse, le pourra ; 3° que l'associé sera tenu de garantir sa faute à son associé, le mari n'en sera pas tenu envers son épouse, voir *Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 47, nb 5 ; part. III, 2e st., cons. 182, nb 3, 9-11.]

§ 11. Cette société est dissoute avec la mort de l'un des deux [époux] [850], aussi par un jugement suivi sur un adultère [851], aussi, par une séparation de biens, pour autant qu'elle concerne ces deux époux et leur héritiers [852].

---

qu'il n'a pas capté, à lui seul, cela appartient ; mais, à celui pour lequel il a été fait renonciation, tout, après la renonciation à la société, est tout à fait acquis ».

[848] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 2, 64.

Extrait du livre premier des *Questions* de Callistrate : *« C'est pourquoi, alors que, de façon séparée, des associés ont commencé à agir en justice et que chacun d'eux fait pour lui le commerce, sans aucun doute, la loi de la société est dissoute ».*

[849] (Note de Groenewegen) Voir le liv. I, chapitre V, et le liv. II, chapitres XI et XII.

[850] (Note de Groenewegen) Voir la Novelle XXII, cap. 20. Voyez en outre ci-dessus le liv. II, chapitre XIII, § 3.

[**Note de Willem Schorer sur la note 852 de Groenewegen van der Made**

Novelle XXII : Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet des prétoires de l'Orient, et donnée en 535 : *« Chapitre XX : Ensuite, la mort qui dissout semblablement tout mariage, attend la fin des mariages. D'où, que, par la mort du mari, soit dissout de mariage, ou par la fin de la femme, le profit sera certes pour l'homme sur la dot selon ce qui est contenu dans le pacte des instruments de secondes noces, mais à la femme à partir de la donation nuptiale, comme cela est convenu ici depuis le début par les contractants, des offres inégales ne se voyant pas interdire selon la quantité, mais les pactes inégaux étant interdits ; ce que le très courageux Léon, certes, a inscrit dans ses lois, nous l'assumant, nous l'avons réglé plus clairement. En effet, si l'un, certes, a conclu plus, mais l'autre moins en profit, il était incertain [de savoir] quelle part il faudrait qu'il tienne, plus ou moins, un doute surgissant semblablement sur les deux. D'où, il nous a agréé d'étendre les immodérations pour ceux qui s'opposent vers le moins qui dans le pacte est plus et de ne pas permettre à l'un, certes, de conclure un tiers, à l'autre, peut-être, un quart du profit et, ensuite, semblablement pour les parts, cependant, le montant n'étant pas établi pour les deux. 1 - En conséquence, le mariage ayant été dissout, selon toutes les disjonctions ci-devant dites, il est certes heureux et bienheureux que les deux contractants durent dans la première union et peut-être, qu'ils n'attristent pas la descendance procréée avec des mariages suivants. Et, s'ils ont fait cela et sont restés dans les premières [noces], ils auront en propre, c'est-à-dire, la femme, la dot, mais le mari, le don des fiançailles, nous ne l'examinant en rien (ce qui pour les secondes noces), ils recevront les profits, le mari certes, à partir de la dot, la femme, à partir de la donation anténuptiale ; et cela leur sera propre, leur possession n'étant en rien différente. D'où, tant qu'ils auront vécu, ils auront toute possibilité sur ces aliénations comme sur les autres choses que, de leur bien, dès le commencement, ils auront eues. Mais, si aussi, ils meurent, il leur est permis, dans des legs et des fidéicommis, de transporter ces biens à d'autres ; mieux, nous avons permis une telle aliénation, nous écrivant la constitution en faveur de cela. 2 - Mais, si, pour quelque part, ils ont inscrits les fils comme héritiers, des étrangers pour une autre, de tels biens resteront ou aussi certains de ceux-ci non aliénés, à raison de cela, ils ne seront pas considérés avoir été aliénés, parce que quelqu'un d'autre a été inscrit comme héritier, mais ceux-ci resteront aux fils. En effet, s'il a inscrit tous les fils comme héritiers pour des parts inégales, ils les recevront selon les parts héréditaires, mais, à égalité, les partageront selon leur nombre, comme aussi, s'il n'avait inscrit aucun de ceux-ci comme héritier, mais tous les étrangers, satisfaction leur ayant été faite par d'autres moyens, ils les recevront, du fait qu'en tout cas, ils ne sont pas héritiers des parents. En effet, cela nous agréé par une présomption, parce que le père, tandis qu'il n'aura pas aliéné de son vivant ou obligé l'un de ces biens ou, mourant, ne les aura pas transférés sur un autre et aura voulu plus les conserver pour ses fils en tant qu'acquis pour lui à raison de ceux-ci et non, à des étrangers, les amener. Et ceux-ci seront donnés aux fils avec un honneur particulier à partir de notre loi, bien qu'ils ne soient pas héritiers du père, de la mère ou des deux ou si certains de ceux-ci sont, certes, héritier, mais les autres les refusent : en effet, cela nous a agréé comme plus juste que dans les premières lois. D'où, s'il y a une récompense qui vient de la loi pour ceux-ci, avec aucun ajout, elle ne sera troublée ni amoindrie, à moins peut-être que les fils eux-mêmes ne donnent la cause de sa diminution ».*

[851] (Note de Groenewegen) Voir Voyez le liv. I, chapitre V, note 91.

[852] (Note de Groenewegen) Cela a aussi été entendu par le Haut Conseil de Malines le 24 janvier 1604, voir Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. I, decis. 273, nb 6, 7 et 8. Mais le contraire est ordonné par les deux Cours de justices en Hollande, voir Nieuwstadt, *De pactis antenuptialibus*, obs. 8 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle XCVIII, cap. 2 et sur le titre de C. 5, 19 *(Si la dot, le mariage durant, a été dissoute)* ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 5, defin. 7 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur la Novelle CXVII, cap. 13, et ci-dessus, le liv. I, chapitre V, notes 90 et 91 [Le texte indique ici une note qui n'existe pas dans ce chapitre et nous pensons qu'il s'agit bien des notes indiquées ici].

(Note du traducteur) Grotius définit ici l'amirauté comme une forme de société. Il ne s'agit effectivement pas de la juridiction maritime, mais d'une forme de contrat associant des navires en convoi pour assurer leur protection sous la conduite d'un navire appelé navire amiral. Cette association est ainsi définie par Malynes : (notre traduction de l'anglais) *« L'autre association est faite par et entre marchands de leur propre autorité, s'unissant ensemble pour les affaires et le commerce soit pendant des années, soit pour des voyages. Et ceci est proprement appelé une société quand un homme met dans le jeu mille livres, un autre, 500 livres, un autre trois cents livres et un autre quatre cents, plus ou moins comme ils s'en sont accordés entre eux pour constituer une provision, pour que chacun ait son bénéfice ou pour supporter les pertes et mises en jeu selon leurs différentes provisions lors d'un ou plusieurs voyages, pendant une ou plusieurs années, à côté de l'argent levé en plus pour la pratique du commerce, proportionnellement en fonction des montants de leurs provisions en parts et portions, pour être partagé en autant de parts qu'ils ont agréées (…) ».* Cf. Gerard Malynes, *Consuetudo vel Lex mercatoria, or the Ancient Law-Merchant*, T. Basset, R. Chiswell, T. Horne & E. Smith, London 1686, (rééd. Professional Books Ltd, Abingdon (Ox) 1981), p. 151. Il s'agit donc ici d'un contrat d'origine privée liant des marchands entre eux, alors que le convoi, en tant que tel, est une initiative des pouvoirs publics qui vont faire accompagner les navires marchands par des navires militaires pour assurer leur protection.

Enfin, on peut relever que, dans la dernière codification du droit hanséatique de 1614, le tit. VII comporte un unique article consacré à cette *Ammiralschafft* en ces termes : (notre traduction de l'allemand) *« Quand une amirauté est faite et non tenue et que, là-dessus, quelqu'un est capturé, alors chacun qui a rompu l'amirauté doit être redevable de payer le dommage sur ses propres fonds ; s'il n'a pas d'argent suffisamment, il doit le faire sur ses biens dont il a suffisamment ».* Cf. pour le texte allemand, Pardessus, *op. cit.*, t. II, p. 548.

Voyez ce que j'ai relevé ci-dessus liv. I, chap. V, § 18, sur la note 91, et Abraham van Wesel, *De connubiali bonorum separatione*, tit. 2, cap. 4, nb 26 et suivants, explique plus longuement ce qu'il en sera du droit si les époux ont volontairement fait une séparation de la table et du lit. Voyez la formule de la requête chez van Alphen, *Papegay ofte formulierboek*, part. II, req. 14.]

*

Chapitre XXII
De l'amirauté [853]

[**Note de Willem Schorer sur la note 853**
Ces sociétés de navigation sont presque retirées de l'usage, mais maintenant, des taxes (communément des *taxes de convoi*) imposées par l'autorité publique sont payées aux préfets maritimes, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 29, nb 9.]

§ 1. À une SOCIÉTÉ, appartiennent l'*amirauté* et le *co-armement.*

[364] § 2. Une AMIRAUTÉ est *une société de navires appartenant à différentes personnes [conclue] pour une défense.*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCVII. Cet accord de défense lutuelle contre des ennemis ou des pirates qui devait autrefois être conclu entre les navires marchands peut être encore à bon droit conclu (voir la loi de Rotterdam sur les affaires maritimes de 1721, art. 252 et suivants) et qui est appelé une *amirauté* n'est pas mal rapporté aux sociétés, du fait que les lois elles-mêmes introduisent une communauté de la perte née d'une défense mutuelle et définissent la forme de la convention.]

§ 3. Les difficultés d'une guerre et de la piraterie ont rendu très employés chez nous ces conventions ; certes, il est parfois interdit par les lois que les navires ne puissent voyager en dehors de ces pays sans une amirauté de cette sorte de cinq, six, vingt, trente navires, selon que la nécessité le demande [854].

§ 4. Les conditions ne sont pas ici uniformes et parfois, des navires non armés doivent donner de l'argent pour être joints dans l'amirauté avec des navires armés ; les principales conditions servent à cela, à rester les uns avec les autres, à attendre celui qui est en nécessité, à avertir d'un danger, ce pour quoi des signaux sûrs sont fixés ; et, si l'un des navires est fait navire amiral, [c'est] avec un pouvoir de convoquer les autres en conseil et, en attendant, montrer le chemin.

§ 5. Cela n'étant pas autrement agréé, le dommage qui est fait par des ennemis ou des pirates à un navire ou à certains biens en dehors d'une négligence de leur propre équipage est supporté comme avarie grosse sur tous les navires et les biens [855].Sous le dommage, est aussi compté la poudre et les balles tirées, le soin de ceux qui sont estropiés dans les

[853] (Note de Groenewegen) Voir les placards des 25 juin, 26 juillet, 19 décembre 1552, du 3 mai 1555, du 10 septembre 1558, du 31 octobre 1563, tit. I *De l'équipement des navires* [Ce titre n'a pas été repris dans la collection de Pardessus, mais il se trouve mentionné dans la collection des lois maritimes d'Adriaen Verwer, p. 62, sans en citer cependant les articles], ordonnance des amirautés des États de Hollande, se trouvant imprimée avec les placards des lois maritimes ; les placards des États généraux du 9 avril 1603, du 23 février 1607, du 22 juillet 1625, du 16 janvier 1627, du 17 mars 1627, du 20 octobre 1628, du 14 mars 1629 et du 3 octobre 1643. Voir Johan Locken, *De jure navali et maritimo*, liv. II, chap. 2.

[854] (Note de Groenewegen)Voyez les ci-devant dits placards et les placards des États généraux du 27 octobre 1621 et du 10 octobre 1627.

[855] (Note de Groenewegen) Voir le placard des États généraux du 9 avril 1603, art. 51.

combats [856], et, s'ils ne sont pas secourables, leur libre pain durant leur vie ; et, pour trouver mieux la répartition, la coutume est que, dans le contrat d'amirauté, l'on fixe leur valeur sur les navires et les biens [857].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

Le profit qui est ramené de la prise du navire des ennemis ou des pirates n'est pas commun à l'amirauté de tous les navires associés, mais regarde ceux seuls qui ont apporté leur bien pour le capturer, voir *Nederlandsche advijsen*, part. II, cons. 98 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. I, cap. 18, p. 136.]

[365] § 6. De cela, tous sont tenus de s'assister réciproquement loyalement comme des soldats devraient faire et celui qui, ici, est en défaut est tenu de réparer le dommage que les autres en souffrent et perd la réparation du dommage qui lui est fait ? En plus de quoi, parfois aussi, d'autres peines sont fixées contre les négligents.

§ 7. Le dommage des navires qui, s'en remettant à leurs voiles, partent en avant n'est pas supporté sur le [pot] commun [858].

---

[856] (Note de Groenewegen) Voir le placard de l'empereur Charles du 19 juillet 1551, art. 28 ; le placard du roi Philippe II du 3 octobre 1563, tit. IV, art. 2 ; Weytsen, *Tractaet van avaryen*, § 29.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 28 : *« Item. Si quelqu'un, dans quelque combat contre des ennemis ou des pirates est blessé, estropié ou mort, l'intérêt et le dommage des blessés ou des estropiés et, en outre, leur plein loyer, portage et enterrement des morts seront payés comme avarie grosse du navire et des biens, pour la défense desquels l'accident était arrivé, le tout aux dires d'hommes de bien qui s'y entendent, qui seront pris et recherchés à la place où le navire sera en premier lieu arrivé sous notre juridiction ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 54-55.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 2 : *« Dans le cas où le patron, les matelots ou quelqu'un d'autre, dans une résistance et un combat contre des ennemis, des pirates ou d'autres, au service du navire, est endommagé, blessé, estropié ou mort, ainsi, l'intérêt et le dommage des endommagés, blessés ou estropiés et en outre, leur plein loyer, portage et enterrement des morts sont payés comme avarie grosse du navire et des biens, pour la défense desquels l'accident était arrivé, le tout aux dires d'hommes de biens qui s'y entendent ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 79.

« § 29. Ensuite, j'ai su que l'on usait ainsi en l'année 1545 (non obstant la paix que la Majesté impériale et le roi de France avaient conclue, un capitaine de guerre de France, animé contre les Anglais, vint à bord d'un navire marchand de Zirickzee, ordonnant qu'il amène son pavillon, ce que le navire marchand refusa de faire, de telle sorte qu'ils échangèrent des coups et qu'il y eut aussi certaines personnes blessées, avec de nombreux morts dans le navire marchand), à savoir que le dommage des blessés et des mutilés fut payé sur le navire et la cargaison, comme avarie grosse ; ceci est contre le texte de D. 14, 2, 2 § 2. Et les personnes mortes, avec leur enterrement, furent de même estimés à l'arbitrage et au plaisir de prud'hommes (i. e. d'arbitres) qui entendent cela, au profit de leurs veuves ou de leurs héritiers, comme avarie grosse, à condition que, par une telle perte, le navire et la cargaison fussent sauvés. C'est ce que, par la suite, sa Majesté impériale, le trouvant raisonnable, a statué en l'année 1551, le 19 juillet, par l'Ordonnance sur les lois de la mer, en l'article 28 des ci-devant dites lois de la mer ».

[857] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard du 9 avril 1603, art. 52.

[858] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 9, 4, 9 ; D. 50, 17, 203 ; D. 17, 2, 52 § 18 et 60 § 1.

Extrait du livre XXXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si une domesticité commune ou un esclave commun a commis un vol, l'un des maîtres le sachant, celui qui le sait, au nom de tous, sera tenu, et, cité en justice, il libère aussi l'autre et, de son associé, il ne devra rien obtenir ; en effet, au titre de son acte, il a mérité la peine. Si celui qui ne l'a pas su a payé le double, de son associé, il obtiendra le simple ».*

Extrait du livre VIII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Ce que quelqu'un ressent comme un dommage qui provient de sa propre faute, il n'est pas entendu le ressentir comme un dommage ».*

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 18 - En sens contraire aussi, chez les anciens, on discute [de savoir] si un associé de tous les biens, quand, ayant été condamné, à cause d'une action d'injures, il a payé quelque chose, l'obtient à partir du pot commun pour le payer. Atilicinus, Sabinus et Cassius ont répondu que, si, avec une injure du juge, il a été condamné, il l'obtiendra, si lui-même, à cause de son méfait, doit seulement ressentir le dommage. Ce à quoi s'accorde ce qu'Aufilius rapporte que Servius a répondu, [disant que] s'ils étaient associés de biens et qu'ensuite, un seul, alors qu'il n'était pas présent au jugement, avait été condamné, il ne devait pas l'obtenir du pot commun, mais que, si présent au jugement, il avait souffert l'injure, cela devait être réparé sur le pot commun ».*

Extrait du livre XIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Un associé, alors qu'il s'opposait à des esclaves destinés à la vente et qui se précipitaient dans une fuite, a été blessé, Labéon dit qu'il ne pourra pas poursuivre sur le fondement de l'action de société* (actio societatis) *pour la dépense qu'il a faite pour se soigner, parce que cela n'a pas été dépensé pour l'association, bien qu'à raison de l'association ; c'est comme si quelqu'un, à raison de l'association, avait manqué d'instituer son héritier, avait omis un legs ou avait administré son patrimoine de façon plutôt négligente ; en effet, le gain qui lui serait arrivé à raison de*

*

Chapitre XXIII
Du coarmement [859]

§ 1. Un COARMENENT est *une société de différentes personnes qui étant communes entre elles, emploient un ou plusieurs navires pour un profit commun.*

§ 2. Le coarmement est réglé selon les lois communes de la société [860]. Mais puisqu'il arrive souvent que le patron qui a une part dans le navire ou qui n'a aussi aucune part, par son service, soit coarmateur sur le navire, que, pour cette raison, il stipule une part à la place d'un loyer et que les patrons aient plus d'autorité que les autres armateurs, en particulier à l'étranger, ainsi, naissent ici de cela certaines règles particulières.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCIX. Dans une société d'armement qui a été contractée entre plusieurs propriétaires d'un ou de plusieurs navires, ont été reçues les choses particulières suivantes : 1° que plusieurs armateurs qui auront la majorité dans le navire puissent le vendre en entier au profit et à la perte communs, voir la Loi de Rotterdam de 1721, art. 171 ; la loi de Dordrecht sur les affaires mairitimes de 1775, art. 166 ; 2° que, lors d'un désaccord des armateurs, la majorité puisse louer le navire et que, celui-ci ayant été loué, elle puisse répéter la part de l'argent nécessaire pour équiper ou armer le navire que les autres, avertis de cela, ne veulement pas apporter, prendre par un contrat de bomerie en prêt ou payer d'avance de leur bien à partir de la part que les autres ont dans le navire, voir la loi de Rotterdam, art. 172, de Dordrecht, art. 167.]

§ 3. En premier lieu, dans le cas où certains armateurs ne veulent pas armer, ainsi, le patron peut entreprendre le voyage avec les **[366]** armateurs volontaires, que ce soit pour un propre trafic ou pour un loyer selon le dire de gens de biens [861].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCX. Si l'un des armateurs est le patron du navire ou que lui-même,seul, ou avec le consentements des autres armateurs, a lamoitié sur le navire, il peut entreprendre lanavigation pou !r cette rémunération qui sera considérée juste par des arbitres équitables dans les lois de Wisby, art. 65-67 ; ce qui, cependant, dans cesdites lois, est seulement admis si seul ou avec les autres il a lamajorité dans le navire, voir la loi de Rotterdam, art. 173, de Dordrecht, art. 168.]

§ § 4. Des patrons qui sont coarmateurs peuvent aussi, dans un cas de nécessité, lever de l'argent par un bomerie ou autrement sur la quille du navire et, ne pouvant pas trouver un tel argent, vendre ou engager les agrès, comme il est dit des patrons loués ; mais ils ne peuvent pas vendre le navire ni prendre de l'argent de ce côté-ci de la mer [862].

---

l'association viendrait au pot commun, tout comme s'il avait été institué héritier à raison de l'association ou que quelque chose lui avait été donné ».

[859] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 1 *(De l'action exercitoire)* ; Johan Locken, *De jure navali et maritimo*, liv. III, chap. 7 *De l'action exercitoire.*

Ce titre du Digeste renferme 7 extraits.

[860] (Note de Groenewegen) Ce dont il est traité ci-dessus dans le chapitre XXI.

[861] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 65.

Lois de Wisby, art. 65 : *« Si le Maistre fait faire des réparations au navire, ou bien achepte quelques apparaus, ou autre chose pour le service d'iceluy, il sera remboursé et compté à chacun bourgeois pour sa part ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 187.

[862] (Note de Groenewegen) Voir le placard du roi Philippe II du 31 octobre 1563, tit. II, art. 12.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 12 : *« Dans le cas où un patron, étant maître d'un navire appartenant à différents armateurs qui se trouvent en dehors du pays, était en nécessité d'argent, il ne pourra pour cela pas, sans le consentement*

§ 5. Tous les patrons, étant requis de cela par les armateurs, sont tenus de faire des comptes, des preuves et une satisfaction de la perte sans retenir quelque chose par devers eux sous une peine d'amende de deux cents florins au profit des armateurs, en plus de tous les dommages et pertes de gain [863].

[**Note de Willem Schorer sur la note 863 de Groenewegen van der Made**

Les matelots sont condamnés à cette amende chaque fois qu'ils ont refusé de rendre les comptes, voir le placard du roi Philippe II de 1563, [tit. II], art. 10, cependant, une fois terminée l'administration, voir Taco Glints sur l'art. 10 dans la note alléguée.]

*

Chapitre XXIV
De l'assurance [864]

[**Note de Willem Schorer sur la note 864 de Groenewegen van der Made**

Aorès l'époque de Groenewegen, différents statuts ont été promulgués qu'indique Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap.1, et il signale dans ce même chapitre, aux mots *Atque illæ leges* - "Et ces lois", que toutes ces lois ont été reçues dans l'usage tant dans les causes des étrangers que dans celles des citoyens, pourvu que l'affaire ait été contractée là où elles triomphent. Le grand homme, cap. 5, et l'auteur, § 6, dans ses notes 880 et 881, poursuive à pleine main que l'on ne renonce pas à bon droit à ces lois portée pour l'utilité publique, voir Roseboom, coutumes d'Amstredam, chap. 30, art. 1. En tout cas, doit cependant être admise la distinction faite par Groenewegen dans sa note.

Tpoutefois, Bijnkershoek explique plus abondamment cette matière à laquelle il a destiné tout le livre IV. À celui-ci, peut être ajouté Francisco Rocco, jurisconsulte et sénateur napolitain et là, Feitama dans ses notes publiése à Asterdam en 1741 ; van Zurk, *Codex Batavus* [éd. 1711], *vbo Asseurantie*, p. 89-97, et l'*Algemeene verhandeling der heerschappy van der zee vertaald door P. de Clerk (Traité général de la domination de la mer traduit par P. der Clerk)*, [publié à] Amsterdam 1751.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

de ces armateurs, vendre le ci-devant dit navire, mais pourra prendre sur lui une bomerie ou vendre [certains] des biens chargés dans celui-ci selon cette ordonnance. Et, s'il ne pouvait trouver aucune bomerie, aussi, qu'il n'avait aucun bien chargé ou qu'il ne pouvait pas les vendre, dans ce cas, il pourra engager ou vendre les agrès avec l'avis de ses matelots ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 69.

[863] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard [de Philippe II], tit. II, art. 10 ; placard de l'empereur Charles du 19 juillet 1551, art. 45.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 10 : *« Que tous les patrons seront obligés en touts temps, étant requis par les armateurs, de faire un bon compte, preuve et les reliquats de tout le traitement, administration et gouvernement qu'ils auront eus sans réserver ou retenir quelque chose et cela, sous un peine d'amende de deux cents florins carolins au profit des ci-devant dits armateurs aussi souvent et fréquemment qu'ils seront trouvés en défaut de cela, en plus de tous les dommages et intérêts que ces armateurs pourraient en souffrir ou en ont souffert ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 68.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 45 : *« Item. Et que, maintenant, tout les patrons qui vont en avant sur mer avec des marchandises chargées ou pour chercher un fret, à l'Est ou à l'Ouest, où que ce soit, ayant fait un voyage, ayant vendu ou livré leurs marchandises et reçu leur fret, seront tenus et obligés, dans les huit jours après qu'ils auront été payés de leur ci-devant dit plein fret, de faire un bon compte à leurs armateurs et de leur donner et délivrer telle somme d'argent qui appartient et revient aux ci-devant dits armateurs ou de 'accorder avec eux selon la raison sous un peine d'amende de deux cents florins carolins pour chaque voyage qu'ils en seront trouvés convaincus ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 60-61.

[864] (Note de Groenewegen) Zypæus, dans sa *Notitia juris Belgici*, tit. *De navicularis* à la fin, parle des placards donnés sur cela dans les temps passés. Voyez en outre Pedro de Santarem, *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus* ; les coutumes d'Anvers, tit. 54 *Des contrats d'assurance, de gageure et de jeu* ; l'ordonnance des assurances de Rotterdam du 26 avril 1635 ; l'ordonnance des assurances de Middelburg du 30 septembre 1600.

DCCXI. En dehors des lois sur l'assurance recensées par Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, p. 519 et suivante, méritent d'être relevées : 1° l'ampliation de la loi de Middelburg du 4 février 1719, dans le *Groot Placaet-boek*, part. V, p. 1287 ; 2° la nouvelle loi d'Amsterdam du 10 mars 1744 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 562 et suivantes, ses amendements ou interprétations du 27 avril 1745, de même, p. 1666, du 30 janvier 1756 dans la *Tweede vervolg der handvesten*, p. 89 et suivantes, et du 31 janvier 1775, de même, p. 91 et suivantes ; 3° la loi de Dordrecht porté le 29 juin et promulguée le 13 juillet 1775, sous le titre *Instruction pour les capitaines de la justice maritime et ordonnance sur la matière de l'assurance et des avaries, avec les affaires maritimes et la manière de procéder concernant celles-ci.*]

§ 1. Une ASSURANCE est *une convention par laquelle quelqu'un prend sur lui le danger incertain qu'un autre a à attendre ; lequel, en retour, est tenu de lui donner pour cela une prime.*

[**Note de Willem Schorer**

Le danger incertain. L'auteur requiert dans sa définition un danger incertain pour que le contrat subsiste ; et il a observé aussi, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II chap. XII, § XXIII, et ainsi aussi Struve, *Syntagmatæ juris exercitationes*, exercit. 25, nb 46, que la nature originelle de ce contrat était qu'il fût conclu sous une raison incertaine. Cela est vrai tant du côté de l'assureur que de celui de l'assuré, voir Formey, *Principes du droit naturel*, t. II, § 50, p. 172, Pufendorf, *Ledroit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 9, § 8.

À partir de ce contrat, naît une action *directe* et une action *en sens contraire* ; l'un est accordée à l'assuré contre l'assureur pour réparer le dommage en faveur duquel il a donné garantie et a reçu le prix (communément la *prime*) ; l'autre est accordée à l'assureur contre l'assuré pour le paiement de la prime du dommage reçu dont on a convenu.

Du reste, il faut observer que cette prime d'assurance dépasse à bon droit la mesure légale des intérêts, ce qui est aussi vrai pour le prêt à intérêt maritime, comme je l'ai relevé ci-dessus, liv. III, chap. XI, § 1, sur la note 448. Car, par la variété des dangers et la longueur de la route, il peut à peine être fait en sorte que quelque chose de certain soit établi quant à cette affaire, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, aux mots *ex contractu* - "de ce contrat", Struve, *Syntagmatæ juris exercitationes*, exercit. 25, nb 47.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXII. *L'assurance est un contrat nommé consensuel, de bonne foi, avec lequel, à la faveur d'un certain prix, la garantie du dommage qui peut arriver au bien d'autrui à partir d'un danger incertain est entreprise. Le prix*, qui (si vous regardez la nature du contrat, non uniquement ce qui est d'usage) et dans une autre espèce, endehirs de l'argent, semble pouvoir consister à la faveur de la raison du danger, estdéterminé avec le consentement des deux d'une façon telle qu'ici, il ne psuise y avoir aucune question quant à une énorme lésion, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 5, p. 564. *Le dommage* est entendu non seulement quant à la perte du bien, mais aussi quant à sa corruption, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 35, la nouvelle loi de Rotterdam, art. 70. Est un danger *incertain* celui que les deux contractants ignorent ; en effet, en sachant que le dommage a déjà été causé à l'autre, le contrat est, selon le droit lui-même, nul, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap.26, nb 6.]

§ 2. Une *convention*, à savoir celle-ci a sa force, bien que la prime n'ait pas encore été donnée, puisque, par l'usage constant des marchands, cette convention **[367]** a reçu sa fermeté et ses propriétés [865].

[**Note de Willem Schorer sur la note 865 de Groenewegen van der Made**

Le contrat d'assurance est réalisé avec le seul consentement. De là, selon l'auteur, l'assureur est aussi tenu de réparer le dommage à l'assuré, le prix n'en ayant pas été reçu ; ce qui est aussi vrai, bien qu'il n'ait pas encore reçu le prix au moment de la perte des marchandises. La raison en est qu'il doit s'imputer le fait qu'il n'aura pas réclamé la prime à ce moment, voir

[865] (Note de Groenewegen) Voir Johan Locken, *De jure navali et maritimo*, liv. II, chap. 5.

Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2. Toutefois, le grand Président ne critique pas Struwe de la même manière que s'il avait douté de cela, voir ladite excercit. 25, nb 48, ce qui n"est pas d'un homme de bon sens, il dit : car, tant s'en faut qu'ici, Struwe ait douté qu'il n'a pas seulement affermi cette sentence, mais aussi, a répondu aux objections et aux arguments opposés. Cependant, il a été autrement disposé dans le statut d'Amsterdam du 5 décembre 1620, comme [le dit] Groenewegen, § 18, dans sa note 899. Mais Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 30, entre les art. 36 et 37, signale que cette loi n'a pas été abrogée dans l'suage dans les jugements. Un autre semble presser au minimum à une renonciation tacite, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 90, nb 5. Rocco, *Sentences choisies*, sent. 6, nb 7, enseigne qu'à Naples, de façon certaine, le prix n'ayant pas été payé, l'assurance est nulle.

Du reste, il faut observer que cette action de prime n'affecte pas le bien assuré ; car aucune hypothèque conventionnelle ni légale n'est présente ici, mais il a seulement comme obligée envers lui une personne, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 282. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, aux mots *Hæc præmii actio* - "Cette action de prime", rapporte que la Cour suprême l'a ainsi jugé le 30 juillet 1605. À partir de là, il s'ensuit aussi que la propriété des biens assurés reste dans les mains de l'assuré et ne passe pas à l'assureur, voir Rocco, *Sur l'assurance*, art. 9, nb 23.

Du reste, il est demandé si, pour l'assurance, un mandat spécial sera requis ou si la confirmation suffira. Bijnkershoek, qui aussi, admet les représentants [facteurs] et les administrateurs des affaires, dit que la seule confirmation suffit, pourvu que l'assuré ait prouvé qu'autant de son bien avait disparu qui avait été en réalité assuré, ce dont [il sera parlé] plus longuement bientôt, cependant, ainsi, de sorte qu'ils garantissent la faute très légère, voir *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, aux mots *Quæsitum est* - "Il a été demandé".]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXIII. Du fait que ce contrat a reçu sa forme certaine et sa force d'obligation dans les usages et les lois, il doit être tenu en tout cas pour un contrat *nommé* et certes, *qui se tient ferme* avec le seul *consentement*, à ce point obligatoire, bien que le prix n'ait pas été payé, comme l'a décidé la Cour le 24 novembre 1639, quoique les termes de la loi d'Amsterdam du 5 décembre 1620 semblent le vouloir autrement. Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 30, sur l'art. 36, p. 145, et Tobias Boel sur Loenius, *Dercisiones*, cas. 93, attestent que cette loi a été abrogée dans l'usage ; voyez aussi Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, p. 535 et suivantes. Cette affaire est certaine à partir de la nouvelle loi d'Amsterdam de 1744, art. 37 et de la plus récente de 1775, qui change l'art. 60, et à partir de la loi générale de Hollande du 13 novembre 1773 qui souffre que l'on conclue de vive voix le contrat, pourvu que, dans les quatorze jours, il soit rédigé sur un papier scellé, voir le *Groot Placaet-boek*, part. IX, p. 1341.]

§ 3. Toutes les personnes peuvent s'assurer et se faire assurer, à l'exception des juges institués sur la matière de l'assurance et leurs serviteurs, comme aussi les collecteurs de péages et les courtiers [866] ; en outre, les voituriers, les charretiers, les transporteurs ne

[866] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance d'Amsterdam du 31 janvier 1598, art. 30 ; l'ordonnance de Rotterdam du 26 avril 1635, art. 22 ; l'ordonnance des assurances de Middelburg du 30 septembre 1600, art. 29.

(Note du traducteur) Pour l'ensemble de la législation néerlandaise, dont les textes originaux sont donnés dans la collection de Pardessus, nous avons préféré reprendre totalement les traductions qui, trop souvent, sont peu précises, omettent des passages parfois et ne respectent donc pas l'intégralité des textes néerlandais donnés en regard. Nous espérons avoir été ainsi plus fidèles à l'égard de ces textes.

(Notre traduction du néerlandais pour ces trois textes) Amsterdam, art. 30 : *« Aussi, les officiers, les commis dans chambres d'assurance, leur secrétaire, leur clerc assermenté, les receveurs des péages ou courtiers des assurances ne peuvent faire ou faire faire aucune assurance directement ni indirectement ».*

Rotterdam, art. 22 : *« Les commis à une décision des questions qui tombent sur l'assurance, avec leur secrétaire ou clerc assermenté et les courtiers d'assurance ne pourront eux-mêmes ou par d'autres assurer personne directement ou indirectement ».*

Middelburg, art. 29 : *« Les officiers, les commis des chambres d'assurance, leur secrétaire, leur clerc assermenté, les receveurs de péages ou courtiers d'assurances ne pourront faire ou faire faire aucune assurance directement ni indirectement ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 133, 161 et 178.

peuvent pas assurer ; ils ne peuvent aussi faire assurer leurs voitures, leurs chariots ou chevaux que pour la moitié de leur valeur, mais en aucune façon, leur rémunération [867].

[**Note de Willem Schorer sur la note 866 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que ce contrat a été en totalité interdit aux courtiers, entendez en tant que tels, non pas en tant que personnes privées. Cela est de même vrai sur les commissaires et par les secrétaires de la Chambre de l'assurance, comme cela aussi a été disposé à Middelburg, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note, ce qui aété de nouveau modifié, voir l'art. 4 de l'ampliation du 4 février 1719.]

[**Sur la note 867 de Groenewegen van der Made**

Selon l'auteur, les salaires des matelots et des cochers ne sont pas à bon droit assurés et ainsi a-t-il été disposé à Amsterdam, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam, chap. 30, art. 15. Cela est aussi vrai pour la solde du soldat, comme [le dit] ici l'auteur, § 4, dans la note 868. La raison est qu'ils sont plus attentifs au salut des navires, des courses et des marchandises, tandis qu'ils savent que, les navires et les courses ayant été perdus, qu'ils font abandon de leurs salaires ; cependant, cela ne doit pas être étendu aux marchandises qu'ils ont sur le navire à côté des salaires, voir l'art. 6 de l'ordonnance de Middelburg. Mais, dans les nouvelles lois de Rotterdam, il est aussi permis d'assurer les salaires des matelots, comme aussi les espèces données pour le rachat des captifs, de même le prêt à intérêts maritime, voir les *Keuren van Rotterdam* sur les assurances, art. 26.

En outre, il est demandé si la liberté civile sera à bon droit assurée. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, doute de cela à partir de l'analogie du droit, bien que nous soyons trompé par la loi expresse qui interdit une telle assurance. Cependant, en tout cas, le grand homme remet au jugement du juge [de savoir] si ceux dont la liberté a été assurée, se seront empressés au service dû pour la conservation du navire, du fait que, de façon certaine, personne ne peut être assuré contre sa propre inaction et que, jamais, l'assureur n'est tenu de garantir le dol ou la faute de l'assuré, voir Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, cons. 25, nb 1, comme aussi la négligence de l'armateur ne porte pas préjudice au créancier, voir dans ce livre, chap. XI, sur la note 448. Toutefois, cela est indistinctement permis, voir l'art. 26 de la loi de Rotterdam sur l'assurance de 1748.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXIV. Les courtiers se voient partout interdire de faire ce contrat d'assurance en leur nom. La même chose a été statuée dans la nouvelle loi de Rotterdam, art. 82, quant aux juges délégués à cette cause et leur secrétaire. Une autre chose a semblé à Middelburg, voir

[867] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 15, de Middelburg, art. 27.

(Notre traduction du néerlandais pour ces deux textes) Art. 15 : *« Mais, à l'égard des autres marchandises qui vont et viennent sur terre ou sur eaux douces, vu qu'il n'y a pas de risques aussi importants que sur la mer, on se réglera cependant de telle manière que les marchands pourront s'accorder de la meilleure façon en contractant ; excepté que les ci-devant dites assurances ne pourront être faites que sous la valeur des ci-devant dits biens assurés, en comptant la même valeur que celle qui est indiquée dans l'article 2 de cette ordonnance ; mais, le dixième restera au risque du marchand qui les aura chargées. Cependant, les voituriers et charretiers ne pourront faire aucune assurance, ni ne pourront les ci-devant dits voituriers faire assurer leurs voitures, leurs charrettes ou leurs chevaux que sous la moitié de leur valeur, mais aucunement leur rémunération ou leurs gages ».*

(Notre traduction du néerlandais) Art. 27 : *« Et dans les affaires d'assurance des marchandises qui vont et viennent à terre ou sur eaux douces ou eaux intérieures, vu que le risque n'y est pas si important que sur mer, on devra les réguler selon la manière que les marchands, dans leurs contrats, pourront trouver la meilleure pour s'accorder, excepté le fait que de telles assurances ne pourront avoir lieu que sous la valeur des mêmes marchandises assurées, à compter la même valeur dont il est question dans le troisième article de cette ordonnance, mis le dixième restera au risque du marchand qui les aura chargées ; toutefois, les voituriers, transporteurs et charretiers ne pourront faire aucune assurance, ni ne pourront les ci-devant dits voituriers faire assurer leurs voitures, charrettes ou chevaux que sous la moitié de leur valeur, mais aucunement leur rémunération ou leurs gages. De même, l'action d'avaries affectant de telles marchandises devra être intentée au plus tard dans le délai d'une année après qu'elles doivent être survenues, de même que l'action pour les autres dommages devra l'être au plus tard dans le délai d'une année après que le dommage se sera produit ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 128-129 et 177-178.

l'ampliation de 1719, art. 4, et, comme il est probable, à Amsterdam, voir en argument la nouvelle loi, art. 39 à la fin, et dans la loi de Dordrecht, art. 80.

DCCXV. Celui qui n'a pas le mandat de procurer l'assurance ne veillera pas moins à bon droit à ce que celle-ci soit faite pour un autre, voir *Nerderlandsche adivijsen*, part. III, cons. 17 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, p. 524,, non cependant celui qui, depuis le début, administre sa propre affaire, non celle de l'associé, par exemple le copropriétaire du navire ou des marchandises, s'est soucié qu'un montant plus grand que le sien qui a péri soit pour lui assuré, peut céder après ce qui a été fait pour une partie de cette sorte à cet associé, voir *Nerderlandsche advijsen*, part. II, cons. 120 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, p. 523 ; mais, à partir de cette réponse, n'est pas à bon droit approuvé ce qui est enseigné dans les *Adivijsen ver den koophandel*, part. I, cons. 26 et 27, [à savoir] que l'associé qui n'a pas de mandatet ne se souvient pas expressément de l'associé ne peut pas même faire cela pour que, par le moyen de l'administration des affaires et en faveur de lui, il conclue l'assurance.]

§ 4. On peut tout faire assurer, à l'exception de la vie des hommes, des gageures, de la rémunération des patrons de navires, des matelots, des soldats ou d'autres [868], non plus un fret stipulé des navires, la poudre, les balles et les nécessités [869]. Des navires, de l'artillerie et des instruments de guerre, on ne peut faire aucune assurance que sous les deux tiers de la juste valeur [870] ; et de tous les autres biens, ce que le dixième, comme ces biens en achat, en droits de douane, en emballage, en équipement, en chargement et en assurance, doit avoir coûté **[368]** reste à la charge du propriétaire, à moins que quelqu'un n'eût dans un navire

---

[868] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 11 et 24, de Middelburg, art. 2 et 6, de Rotterdam, art. 10 ; le placard du 31 octobre 1563 tit. VII, art. 9.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble des textes) Amsterdam, art. 11 : *« Les maîtres, pilotes, matelots, gens de guerre et tous les autres qui seront sur les ci-devant dits navires ne peuvent assurer leur rémunération ou salaire, ni aucune chose leur appartenant que seulement, des marchandises, dans le cas où ils en ont quelques-unes (au-delà de ce qu'il reçoivent de leur loyer), ainsi qu'il est dit ci-dessus, le tout sans fraude ».*

Art. 24 : *« Aussi, aucune assurance ne pourra être faite sur la vie de certaines gens ou personnes ni sur des gageures de parcours ou voyages et semblables inventions ; et, dans le cas où une telle chose serait faite, tout cela sera nul et d'aucune valeur ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 127 et 131.

Middelburg, art. 2 : *« Aussi, désormais, aucune assurance ne pourra être faite sur la vie de certaines gens ou personnes, ni sur des gageures de voyages ou d'invention semblables, et, dans le cas où une telle chose était faite, tout cela sera nul et de nulle valeur ».*

Art. 6 : *Les maitres, pilotes, matelots, soldats et tous les autres qui seront sur les ci-devant dits navires ne pourront faire assurer leur rémunération ou salaire, ni certains biens à disposition leur appartenant que seulement des marchandises , dans le cas où ils ont en certains, au-dessus de ce qu'ils reçoivent de leur loyer et cela, dans la manière ci-dessus expliquée, le tout sans fraude ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 168 et 170.

Rotterdam, art. 10 : *« Sur la vie de certaines personnes ou des gageures, aucune assurance ne pourra être faite ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 156.

Ordonnance de 1563, tit. VII, art. 9 : *« Aucun patron, officier de navire, pilote, contremaître, quartier-maître, charpentier, canonnier, cuisinier, matelot ou valet ne pourra faire assurer ses rémunération ou loyers ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 97.

[869] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 10. Non plus les navires appartenant aux ennemis de ces pays, voir le placard des États généraux du 1er avril 1623.

(Notre traduction du néerlandais) Amsterdam, art. 10 : *« Concernant les navires, l'artillerie, les munitions de guerre, aucune assurance de cela ne pourra être faite que sur les deux tiers de leur juste valeur sans cependant pouvoir faire assurer en aucune manière le fret ou l'équipement des ci-devant dits navires, non plus la poudre, les balles, victuailles ou semblables choses qui sont en quelque façon consommées ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 127.

[870] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit art. 10. À Rotterdam, les deux tiers au regard des navires qui restent du côté de la ligne équinoxiale ; mais, sur les navires qui font voile plus loin, pas plus de la moitié, voir l'ordonnance faite là, art. 4. À Middelburg, pas au-dessus de la moitié de la juste valeur sans quelque différence, voir la ci-devant dite ordonnance, art. 4. Mais, par le ci-devant dit placard de 1563, tit. VII *Des assurances*, art. 8, il est dit que les navires ne peuvent pas être assurés au-dessus de la moitié de ces navires avec les cordages et cables de ceux-ci, dans le cas où ceux-ci vont seulement sous balast ou sont chargés de moins de la moitié ; étant chargés de plus de la moitié, on peut assurer la cale, la quille ou la coque du navire, aussi l'artillerie, la poudre et les boulets qui y servent, mais non les cables, équipages et leurs taxes.

plus de la valeur de deux mille livres de gros ; dans ce cas, il pourrait faire satisfaction en tenant non assuré le dixième de ces deux mille livres [871]. De plus, les biens qui périssent facilement, dont il sera parlé plus largement ci-après [872], aussi les machines de guerre, l'or, l'argent, frappés ou non frappés, ne sont pas tenus être compris dans les termes généraux de l'assurance ; ils doivent alors spécialement indiqués [873].

---

[871] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 2, la ci-devant dite ordonnance de Middelburg, art. 3. Mais à Rotterdam, les marchands ou fréteurs peuvent faire assurer tout ce qu'ils chargent dans un navire avec les frais qui tombe sur ces mêmes biens jusqu'au chargement, dans quoi, est aussi comprise la prime ou la rémunération, ce qu'ils ont payé ou promis sur leur assurance faite ; mais, sur des gains ou des retours incertains, au-dessus du capital envoyé, ils ne peuvent pas se faire assurer ; cependant, dans le cas où ont reçu des nouvelles particulières ou justes des retours ou des gains qui attendent, ainsi, ils peuvent aussi se faire assurer au-dessus de leur capital jusqu'à cinquante pour cent et plus haut, non ; dans ce cas, ils portent la nouvelle qu'ils ont reçue et l'attachent à la lettre de l'assureur ou au moins, font voir cette nouvelle aux assureurs et doivent en faire mention dans la lettre de l'assureur avec l'indication du nom de celui qui a écrit la nouvelle avec le temps et le moment ce de cette nouvelle, voir l'ordonnance des assurances de Rotterdam, art. 2. Mais dans le placard du 31 octobre 1563, tit. VIII, art. 11, il est dit que chacun qui se fait assurer sur certains biens ou marchandises, leur premier achat n'ayant pas coûté deux mille livres flamandes, sera tenu de faire assurer le dixième de ces mêmes biens et ne pour compter dedans les frais de douane, de fret du navire ni aucun autre, non plus un gain tel qu'il espère ou pense faire, ses marchandises étant arrivées ou transportées à la place où il a chargé celles-ci ; mais celui qui charge des biens et des marchandises qui ont coûté dans leur premier achat plus des ci-devant dites deux mille livres, pourra faire assurer la totalité de la valeur de ses biens assurés à un même prix que ceux-ci lui ont coûté ; sauf qu'il laisse non assurés et et court lui-même le risque ou péril de cent livres et en plus, tous les frais de douane, de fret et tous les autres.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 2 : *« Qu'aucune assurance ne pourra être faite que ce soit par une ou différentes personnes pour des marchandises qui entrent et qui partent que sous leur juste et commune valeur, au moins dix pour cent restant au risque, péril et aventure de celui qui se fait assurer, ce qui est environ le dixième de la valeur de ces marchandises, selon l'avenant que cela peut avoir coûté aussi bien en achat, emballage, droits de douane, frais d'expédition ou équipement, argent d'assurance et tous les autres frais jusqu'au chargement de celles dans le navire inclusivement. Étant bien entendu que, pour autant qu'une personne avait dans un navire plus de la valeur de deux mille livres de gros elle pourra semblablement assurer ce qui dépassera, restant seulement au risque et péril du ci-devant dit dixième sur cette somme de deux mille livres de gros ».*

Middelburg, art. 3 : *Qu'aucune assurance ne pourra être faite, que ce soit par une ou différentes personnes sur des marchandises qui entrent et partent que sous la juste et commune valeur, restant au moins dix pour cent au risque, péril et aventure de celui qui se fera assurer, ce qui est environ le dixième de la valeur de ces marchandises selon l'avenant que celle-ci peut avoir coûté, aussi bien en achat, emballage, droits de douane, frais d'expédition ou équipement, argent d'assurance comme tous les autres frais jusqu'au chargement de celles-ci dans le navire inclusivement ; étant bien entendu que, pour autant qu'un personne avait dans un navire plus de la valeur de deux milles livres de gros flamands, elle pourra assurer ce qui dépassera, restant sur lui seulement le risque et péril du ci-devant dit dixième sur cette somme de deux mille livres de gros flamands ».*

Rotterdam, art. 2 : *« Les marchands ou chargeurs de quelque navire pourront faire assurer tout ce qu'ils chargent dans un navire avec les frais qui tombent sur ces mêmes biens jusqu'au chargement inclusivement, dans lesquels est aussi comprise la prime qu'ils ont payée ou promise sur leur assurance faite ; mais, sur les gains ou des retours incertains, au-dessus du capital envoyé, ils ne pourront pas se faire assurer ; cependant, s'ils avaient des avis particuliers et justes des retours qu'ils attendent, ainsi, ils pourront se faire assurer aussi au-dessus du capital envoyé jusqu'à cinquante pour cent et plus haut, non ; dans ce cas, ils devront annexer leur lettre d'avis à la police d'assurance ou au moins, le s montrer aux assureurs et le déclarer dans la police d'assurance avec l'indication du nom de celui qui a donné l'avis et de la date de ce même avis ».*

Ordonnance de 1563, tit. VII, art. 11 : *« Que quiconque se faisant assurer sur des biens ou des marchandises n'ayant pas coûté à leur premier achat mille livres flamandes, sera tenu de laisser non assuré le dixième de ces mêmes biens et, dedans, ne pourra pas compter les frais de douane, de fret du navire ni certains autres, ni aussi un gain tel qu'il espère ou pense faire, ses marchandises étant arrivées ou transportées à la place où il les a frétées ; mais celui qui charge des biens et marchandises qui, à leur premier achat, ont coûté plus des ci-devant dites mille livres, pourra faire assurer la totalité du prix de ses biens assurés à un semblable prix qu'il les a achetées. Sauf qu'il laisse non assuré et court lui-même le risque et péril de cent livres et, avec cela, tous ces frais de douane, de fret et tous les autres ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 123, 168-169, 152-153 et 97-98.

[872] (Note de l'éditeur) Voir dans ce chapitre le § 14.

[873] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance des assurances d'Amsterdam, art. 17, de Middelburg, art. 7, de Rotterdam, art. 3 et les coutumes d'Anvers, tit. 53, art. 13.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble des textes qui suivent) Amsterdam, art. 17 : *« Item, celui qui veut faire assurer sur des grains, des fruits, des vins, des huiles, du sel, des harengs, du sucre, du vif-argent, du suif, du beurre, du*

[**Note de Willem Schorer**

La vie des hommes. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, enseigne que l'assurance sur la vie des hommes n'est pas valide, ce qui a été aussi interdit dans le statut d'Anvers, tit. 54 *(Des contrats d'assurance, des gageures et du jeu)*, art. 2, p. 152, de même dans les lois de Frise, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 28, art. 3. Les interprètes affirment la raison posée dans cela que l'on n'ait pas foi en la vie de quelqu'un.

Cette question a occupé, le siècle passé, le consulat de Florence qui a approuvé cette assurance et le Sénat de Florence a confirmé cette sentence, un appel ayant été interjeté, voir Rocco, *Sentences choisies*, sent. 3. De même Rocco, dans ledit endroit, nb 5 et 6, dit que cette assurance a été aussi reçue à Naples, surtout si est ajoutée la clause, comme il est ordinairement fait : *Que Dieu lui conserve une longue vie*.]

[*Des gageures*. L'auteur proscrit les promesses dont il a été question plus longuement ci-dessus, liv. III, chap. III, §§ 8 et 10, sur les notes 178 et 179. La raison en est que les contrats de cette nature ne conviennent pas uniquement à la promotion de la découverte d'un commerce ; voyez aussi van Zurk, *Codex Batavus* sur le mot *Asseurantie*, art. 7, note 1 ; cela a été interdit en Frise, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 28, art. 3. Bien que j'eusse défendu ci-dessus que les promesses étaient licites sur une cause honorable ; aussi, pour cette même raison, à savoir l'utilité publique, l'ai-je autrement observé ci-dessus, liv. III, chap. XI, § 1, note 448, le hasard avait été aussi interdit dans le prêt à intérêts maritime, comme n'est pas assuré à bon droit le profit qui est espéré ([en néerlandais] *le profit imaginê*), voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 5, au mots *Contradicunt* - "Parlent contre" ; van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Asseurantie*, art. 7, note 5 [de l'édition de 1758]. Car un tel profit revêt la nature d'une promesse, comme cela est tenu dans l'art. 28 de l'ordonnance sur l'assurance de Rotterdam de 1748. Comment cela sera-t-il de nouveau limité et que sera-t-il compris sous une promesse. Voyez le § suivant. Non la prime d'assurance, ce qui est cependant maintenant permis à Middelburg et à Rotterdam, voyez l'ampliation de l'ordonnance de la Chambre de l'assurance de Middelburg du 4 février 1719, art. 2, et l'ordonnance sur la matière de l'assurance de Rotterdam de 1748, art. 25.

Du reste, l'assurance de marchandises interdites (communément *de contrebande*) a été prohibée, surtout si l'assureur l'avait ignoré à un point tel que, dans ce cas, il n'est pas tenu de garantir le dommage, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 175, nb 3.]

[**Sur les notes 869 et 870 de Groenewegen van der Made**

Voyez van Zurk, *Codex Batavus*, [au mot *Asseurantie*], art. 7, p. 91 [éd. 1711]. Il est cependant clair que cette limitation ne doit pas être maintenant employée partout, car, dans l'art. 3 de

---

fromage, du houblon, du sirop, du miel, de la semence ronde et plate, qui périssent facilement ou aussi sur des munitions de guerre, de l'or, de l'argent monnayé ou non monnayé, doit l'indiquer ou le donner à connaître dans la police d'assurance ou autrement, l'assurance ne serait d'aucune valeur, sans que, sous les termes généraux d'effets et de marchandises faits assurer par quelqu'un, de telles marchandises n'étant pas spécialement indiquées, les termes ne seront pas entendus être compris ».

Middelburg, art. 7 : *« Celui qui veut faire assurer sur des grains, des fruits, des vins, de l'huile, du sel, des harengs, du sucre, du vif-argent, du suif, du beurre, du fromage, du houblon, du sirop, du miel, de la semence ronde et plate ou autre effets semblables qui périssent facilement, ou aussi sur des munitions de guerre, de l'or, de l'argent monnayé ou non monnayé doit les indiquer ou donner à connaître dans la police d'assurance ou autrement, l'assurance ne sera d'aucune valeur sans que, sous les termes généraux d'effets ou de marchandises faits assurer par quelqu'un, de tels effets n'étant pas spécialement indiqués, les termes seront entendus être compris ».*

Rotterdam, art. 3 : *« Celui qui veut faire assurer sur des grains, des fruits, des vins, des bières, de l'huile, du sel, des harengs, du sucre, du vif-argent, du suif, du beurre, du fromage, de la viande, du poisson, du houblon, du sirop, de la semence ronde te plate ou d'autres biens semblables qui périssent ou se gaspillent si rapidement, ou aussi sur des munitions de guerre, de l'or, de l'argent monnayé ou non monnayé, des perles, des pierreries ou joyaux, de les indiquer clairement dans la police d'assurance sous peine de nullité, puisque l'on n'entend pas que ces biens soient compris sous les termes généraux d'effets ou de marchandises ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 53, art. 13 : *« Celui qui veut se faire assurer sur des grains, des fruits, des vins, des huiles, du sel, des harengs, du sucre, du vif-argent, du suif, du beurre, du fromage, du houblon ou d'autres semblables effets qui périssent facilement, ou aussi sur des munitions de guerre, de l'or, de l'argent monnayé ou non monnayé, doit l'indiquer et le donner à connaître dans la police d'assurance ou autrement, l'assurance serait de nulle valeur. Car, lorsqu'il y a dans la police que quelqu'un se fait assurer sur certains effets ou marchandises, on n'entend pas qu'y soient compris de tels effets périssables ».* Cf. Pour l'ensemble des textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 129, 170, 153 et 185-186.

l'ampliation de Middelburg en 1719, il est expressément permis d'assurer en totalité tout l'appareil guerrier et la nourriture, et ainsi est abrogé l'art. 4 de l'ordonnance du 30 septembre 1600 ; ce qui est toutefois interdit sur l'approvisionnement par les nouvelles lois de Rotterdam, art. 27.]

[**Sur la note 871 de Groenewegen van der Made**

En dehors de ce que tient Groenewegen dans sa note, on peut voir van Zurk, *Codex Batavus*, [au mot *Asseurantie*], art. 7, p. 91 [éd. 1711].

[**Sur la note 872 de Groenewegen van der Made**

Dans van Zurk, dans ledit endroit, art. 8, et aussi, il a été ainsi disposé dans le règlement de l'assurance et des avaries de Hambourg de 1731, tit. 4, art. 8. Cependant, il a été reçu dans l'usage des marchands qu'il suffit que l'on ait dit *sur des biens périssables et non périssables*, etr, sous ce terme général, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 15, au mot *Scio* - "Je sais", enseigne que toutes les marchandises sont comprises, même celles qui périssent facilement, parce qu'il est souvent difficile, souvent impossible, d'exprimer les espèces elles-mêmes.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXVI. Bien que l'assurance ait regardé dès le début particulièrement les biens exposés au danger de la navigation ou de la route, cependant, son usage a été par la suite étendu aussi aux bâtiments et aux autres biens pour lesquels un dommage est craint à partir des incendies, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 18 et la plus récente de 1775 ; mieux, tout ce qui est de l'intérêt de quelqu'un, pourvu que, dans le contrat, cela soit déterminé de façon appropriée, voir *Tweede vervolg der handvesten*, p. 91 et suivante.

DCCXVII. Peuvent être assurés contre les dangers de la navigation

1° les navires eux-mêmes, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 25, de Dordrecht, art. 29, de Middelburg, art. 4, et son ampliation, art. 3 ; il est cependant requis qu'ils arrivent à l'endroit d'om le danger a commencé, voir ladite loi d'Amsterdam, art. 13 à la fin, et si le navire est de cette espèce qui est appelée *een vuuren blaas*, une poudrière, il faut que cela soit exprimé, art. 8 ; rien n'interdit qu'un navire ancien soit assuré, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 6, p. 567.

2° Les marchandises de toutes sortes, aussi celles qui sont facilement corrompues, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 25 ; la loi de Dordrecht, art. 29.

3° Les dépenses de chargement du navire et les primes d'assurance déjà payées ou à payer, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 25 ; de Dordrecht, art. 29 ; d'Amsterdam, art. 2, et la nouvelle, art. 22 ; de Middelburg, art. 3, et son ampliation, art. 2.

4° Les frets à payer pour transporter les marchandises, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 26 ; la loi de Dordrecht, art. 30 ; il est disposé plus complètement de ce point dans la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 15, qui déroge à l'ancienne loi, art. 10 ; car maintenant, les armements du navire sont à bon droit assurés, voir ladite nouvelle loi, art. 7. Il en est de même du droit à Middelburg, voir en argument l'ampliation, art. 2 et 3.

5° Les salaires des matelots, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 26 ; la loi de Dordrecht, art. 30 ; une autre chose a agréé aux gens d'Amsterdam, voir l'ancienne loi, art. 11, et la nouvelle, art. 13, et la loi de Middelburg, art. 6.

6° L'argent prête sous une bomerie des navires ou des marchandises, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 26 ; la loi de Dordrecht, art. 30, et celle qui se soucie le plus soigneusement de ce point, la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 19, 20 et 21, et son ampliation de 1756, art. 21 ; voir la *Tweede vervolg der handvesten*, p. 89. Il est cependant requis que l'assurance de cette sorte qui est faite au créancier de la bomerie soit expressément exprimée dans le contrat lui-même de l'assurance, voir ledit art. 21 de l'ampliation, selon lequel est décidé le doute de Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 26, nb 7 à la fin. Il a été de plus reçu dans l'usage que non seulement l'argent prêté lui-même, mais aussi les marchandises d'où elles ont été achetées et transportées sur le navire étaient au risque des assureurs, voir Bijnkershoek, dans ledit lib. IV, cap. 16, p. 658 et suivantes.

Du reste, les marchandises de la bomerie ne peuvent pas, pour le débiteur, être assurées ; celles-ci sont tenues en totalité avec le lien de la bomerie, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art.21, et l'ampliation de 1756.

7° Les prix des rachats de ceux qui ont été capturés par les Turcs, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 26 ; la loi de Dordrecht, art. 14 ; avec ces lois, l'hésitation de Bijnkershoek, dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, p. 526 et suivantes, a été enlevée.

8° Tout ce qui regarde le commerce, la navigation, l'importation et l'exportation des marchandises et les routes, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 26 ; la loi de Dordrecht, art. 30. À cela aussi, on peut rapporter la crainte du risque venant de l'indigence du premier assureur, pourvu qu'il soit indiqué au premier assureur et qu'au second, l'action contre le premier soit cédée, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 25, et son interprétation dans l'ampliation de 1756, car, à partir des assurances faites pour soi, il n'est pas permis de prendre un profit, voir en argument la loi de Middelburg, art. 31 et 32.

9° Ce qui est tenu pour la nourriture quotdienne sur le navire peut être assuré contre les risques de la mer à Middelburg dans la nouvelle loi, art. 3, et à Amsterdam dans la nouvelle loi, art. 7 ; cependant non à Rotterdam, dans la nouvelle loi, art. 27, ni à Dordrecht, art. 31.

10° À Amsterdam, dans la nouvelle loi, art. 17, peut aussi être assuré l'espoir de profit à naître de l'entreprise d'une certaine affaire évalué à un prix certain. Cela a été interdit à Rotterdam dans la nouvelle loi, art. 28 et 29. Si, cependant, cette assurance a été faire ici et que l'on a renoncé à la loi, la Cour Suprême a parfois jugé que celle-ci était valide, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris priuvati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 5, p.557 et suivantes.

DCCXVIII. On ne se voit plus interdire d'assurer la poudre, les mèches à feu, les boulets préparés pour les canons de guerre, pourvu qu'ils soient spécialement indiqués, voir l'ampliation de la loi de Middelburg, art. 3 ; la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 10 ; la nouvelle loi de Rotterdam, art. 41 ; la loi de Dordrecht, art. 43. Les biens des ennemis ne peuvent pas être assurés, pas même par celui qui le sait, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 21.

DCCXIX. Les navires avec tous leurs agrès et apparaux sont à bon droit assurés en totalité à Amsterdam, voir la nouvelle loi, art. 7 ; à Dordrecht, art. 34 ; et à Middelburg, en argument voir l'ampliation, art. 2 et 3. À Rotterdam, sept parts sur huit peuvent seulement être assurées ; la huitième part restante ne le peut pas, voir la nouvelle loi, art. 31. Ce droit de Rotterdam, comme aussi ce qui a été dit du droit de Middelburg, échappe à l'industrie, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 6, p. 569.

DCCXX. Les marchandises aussi (autrement que dans le droit ancien, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 4, p. 550, et cap. 13, p. 626) peuvent être assurés en totalité à Midelburg, voir l'ampliation, art. 2 ; à Rotterdam, voir la nouvelle loi, art. 25 joint à l'art. 31 ; à Amsterdam, voir la nouvelle loi, art. 22. Mais cependant, pour certaines marchandises qui sont facilement corrompues, si, certes, elles ont été assurées sous le nom général de marchandises, le dommage est réparé dix, mais si au contraire, ces mêmes espèces ont été expressément assurées, le dommage n'est pas réparé à moins de trois pour cent, le déclarant l'art 34 de la loi de 1756. Une semblable exemption de réparation du dommage à moins de trois pour cent a agréé à la loi nouvelle de Rotterdam, art.44, et à Dordrecht, art. 46.

DCCXXI. Ces marchandises qui se détériorent facilement non spécialement énumérées, comme autrefois, mais aussi de façon générale, sous le nom de [en néerlandais] *biens périssables et biens impérissables*, sont à bon droit assurées, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 25 ; la loi de Dordrecht, art. 29 ; mieux, simplement aussi, sous le nom général de marchandises, voir ladite loi d'Amsterdam, art. 34 (en la suppléant à partir de l'art. 17 de la loi antérieure). Cela peut aussi être fait à Rotterdam, voir la nouvelle loi, art. 41 joint à l'art. 3 de l'ancienne loi. La même chose doit être dite du droit de Dordrecht, voir l'art. 29 joint à l'art. 43.]

§ 5. Des assurances de biens qui, au moment de l'assurance, en dehors de la connaissance de celui qui les fait assurer, avaient péri, étaient volés ou s'étaient gâtés, sont

sans effet [874]. Mais, si les biens avoient péri longtemps avant qu'il les fasse assurer, qu'il ne pouvait pas en avoir connaissance, que ce soit sur mer ou sur terre, en comptant trois miles pour [deux] heures [875], ainsi, la connaissance est tenue pour prouvée [876], à moins que l'assurance ne fût faite sur bonne et mauvaise nouvelle ; dans lequel cas, l'assuré offrant à se purger par un serment, l'assureur sera tenu de satisfaire à l'assurance ou de prouver la connaissance de l'assuré [877]. On ne peut aussi faire faire aucune assurance après qu'un navire envoyé vers certaines places d'Europe ou de la Barbarie, depuis trois mois, ou étant envoyé plus loin, depuis six mois, a été sans nouvelle, à moins que l'assureur n'en soit averti et qu'il n'ait fait l'assurance sur bonne et mauvaise nouvelle [878].

---

[874] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance d'Amsterdam, art. 20, les coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 6 ; la ci-devant dite ordonnance de Middelburg, art. 22.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 20 : *« On peut aussi faire assurer des navires, des biens, des effets ou des marchandises qui sont noyés, volés ou gâtés, aussi après qu'ils ont été noyés, volés ou gâtés, quand il n'est pas venu à la connaissance de la personne qui les fait assurer [ce qu'il en est] de la noyade, du vol en de la détérioration des ci-devant dits navires et biens ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 6 : *« Item. Ce que et combien on peut faire assurer est dit dans l'ordonnance qui a été faite sur cela ».*

Middelburg, art. 22 : *« On peut aussi faire assurer des navires, des biens, des effets et des marchandises qui sont noyés, volés ou gâtés, aussi après qu'ils ont été noyés, volés et gâtés, quand il n'est pas venu à la connaissance de la personne qui les fait assurer [ce qu'il en est] de la noyade, du vol et de la détérioration des ci-devant dits navires et biens ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 130, 176 et 184.

[875] (Note du traducteur) Le manuscrit de Lund corrige ici les impressions de l'ouvrage de Grotius données en 16 44, 1692, 1727, [1737, qui est notre édition] et 1767, qui portent toutes "deux heures" en accord avec l'article 21 de l'ordonnance d'Amsterdam de 1598, et remplace par "une heure". Cet article est d'ailleurs cité dans la note qui suit.

[876] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 21 ; les coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 10 ; la ci-devant dite ordonnance de Middelburg, art. 23 ; à Rotterdam, art. 9.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces des textes) Amsterdam, art. 21 : *« Mais, quand le navire ou le bien a été noyé, volé ou gâté si longtemps que la connaissance a pu venir à la personne qui les fait assurer, que ce soit sur mer ou sur terre (en comptant trois miles de route dans une période de deux heures), une telle assurance est tenue pour nulle et de nulle valeur et, dans un tel cas, l'assuré est entendu et tenu d'avoir eu connaissance des dommages et des accidents, sans qu'en sens contraire, quelque preuve soit reçue, à moins que l'assuré ne se fût fait assurer sur bonne et mauvaise nouvelle ; dans lequel cas l'assurance sera tenue [être] de valeur si l'assureur ne peut pas faire prouver que l'assuré, avant la confection de l'assurance, a eu connaissance du dommage ou de la perte et si l'assuré voudra s'en purger par un serment ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 10 : *« Mais, quand le navire ou le bien a été noyé, volé pu gâté si longtemps que la connaissance n'a pu en venir à la personne qui les fait assurer, que ce soit sur mer ou sur terre, en comptant trois miles de route dans une période de deux heures, que ce soit sur mer ou sur terre, une telle assurance est tenue pour nulle et de nulle valeur ; et, dans un tel cas, l'assuré est entendu et tenu d'avoir eu connaissance du sinistre ou de l'inconvénient ; et aucune preuve en sens contraire n'est reçue ».*

Middelburg, art. 23 : *« Mais, quand le navire ou le bien a été si longtemps noyé, volé ou gâté que la connaissance na pas pu en venir à la personne qui les fait assurer, que ce soit sur mer ou sur terre (en comptant trois mille dans une période de deux heures), une telle assurance est tenue pour nulle et de nulle valeur et, dans un tel cas, l'assuré est entendu et tenu des dommages et accidents s'il en a eu connaissance sans qu'en sens contraire, quelque preuve soit reçue, à moins que l'assuré ne se soit fait assurer sur bonne et mauvaise nouvelle, dans lequel cas l'assurance sera tenue pour valide, si l'assureur ne peut pas faire prouver que l'assuré, avant la confection de l'assurance, a déjà eu connaissance du dommage ou de la perte et si l'assuré veut s'en purger par le serment ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 130-131, 185 et 176.

[877] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dits art. 21 [de l'ordonnance d'Amsterdam] et 23 [de l'ordonnance de Middelburg]. Mais, par le ci-devant dit placard de 1563, tit. VII, art. 4, il est interdit sans distinction de faire qu'une quelconque manière une assurance sur des navires, des biens, des marchandises, un loyer, un fret ou d'autres choses sans excepter ceux qui auront périclité au moment de l'assurance.

(Notre traduction du néerlandais) Ordonnance de 1563, tit. VII, art. 4 : *« Et, désormais, aucune assurance ne pourra être faite, que ce soit par une forme d'assurance, de gageure ou autrement d'une quelconque manière, sur des navires, des biens, des marchandises, un loyer, un fret ou d'autres choses sans excepter ceux qui auront péri au moment de l'assurance, non plus contre la baraterie, le vol ou quelque délit du patron ou des matelots. Abolissant et anéantissant toutes les usances et coutumes en sens contraire et, si quelques contrats ou conventions pouvaient être faits, les déclarons nuls, sans effet et de nulle valeur ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 95.

[878] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites ordonnances d'Amsterdam, art. 6, de Middelburg, art. 13 ; les coutumes d'Anvers, tit. 54 *(Des contrats d'assurance, des gageures et du jeu)*, art. 8.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 874, 875 et 876 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici quant à la connaissance, van Zurk, *Codex Batavus*, dans ledit endroit, art. 9, et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 7, 11, 13 et 16, le poursuivent plus longuement, auxquels peuvent être ajoutés le statut de Frise, liv. I, tit. 28, art. 9, de même, le règlement de Hambourg sur l'asssurance et les avaries, tit. 5, art. 9.

L'assurance de biens déjà perdus n'est d'aucun effet selon l'auteur, parce que les résultats ont enseigné que la foi avait été interposée en faveur d'aucun bien ; si l 'on peut le savoir, à plus forte raison, l'assuré est présumé l'avoir su, de sorte que la preuve au contraire n'est clairement pas admise, à moins cependant que l'assurance n'ait été faite *pour tout événement* ou SUR BONNE ET MAUVAISE NOUVELLE, comme [le disent] ici l'auteur et ainsi aussi Bijnkershoek, lib. IV, cap. 7 ; cela a été aussi reçu en Frise, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 28, art. 10.

Mais il est demandé quelle sentence rendra ce contrat inutile. Bijnkershoek, cap. 16, aux mots *Igitur cardo* - "En conséquence, le point principal", requiert seulement un témoin digne de foi, mais il enseigne ici que ni les seules rumeurs de naufrage ni la seule crainte d'un danger ne suffisent. Ceêndant Rocco, *Sur l'assurance*, art. 84, nb 319, qui pense que la seule rumeur rend ce contrat inutile est en désaccord. Mais, quant au droit naturel, Formey, *Principes du droit naturel*, t. II, § 50, p.172, signalela perte des biens assurés vicie ce contrat à untel point que qu'il n'importe clairement en rien que l'un des contractants l'ait su ou ignoré.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXXII. Si le bien assuré a déjà péri et que l'assuré a pu être certifié de cette affaire avant la conclusion du contrat, l'assurance faite est, selon le droit lui-même, nulle, à moins cependant que ne soit clairement excepté que l'assuré lui-même et celui aussi qui s'était occupé que l'assurance soit faite pour lui, avaient ignoré l'accident, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 12, et, à partir de cette loi, la doctrine de Bijnkershoek [tenue dans ses] *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 7, p. 575, doit être limitée ; dans les autres places, ils ne sont pas même admis, à moins que l'assurance n'ait été faite sur tout événement, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 35, 36 et 37, la loi de Dordrecht, art. 38 et 39.

DCCXXIII. Cependant, si l'assurance a été faite sur tout événement, un serment de l'ignorance ne semble pas devoir être offert par l'assuré, mais il doit être alors seulement prêté si les assureurs le demandent, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 37, la loi de Dordrecht, art. 40. Quant à cette affaire, Bijnkershoek l'a pensé autrement et la Cour Suprême, chez le même, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 11, p. 615, l'a jugé ; une sentence que n'approuvent pas assez les anciennes lois d'Amsterdam, art. 21, de Middelburg, art. 23, de Rotterdam, art. 9.

DCCXXIV. Toutefois, l'assureur lui-même est reçu à prouver la connaissance de l'assuré et celle-ci est ici entendue non seulement comme certaine, mais aussi comme problable, cependant, en n'étant pas née de la seule rumeur, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV,cap. 16, p. 653. Prouvée, elleest puni non seulement de la perte de l'action, du double de la prime d'assurance et des frais du procès, mais aussi de l'accusation de crime de faux, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 39 et 40, la loi de Dordrecht, art. 42.

DCCXXV. Le navire et les marchandises, le voyage ayant été déjà entrepris, ne peuvent pas être assurés, à moins que le moment dans lequel le navire a fait voile, n'ait été inséré dans l'instrument ou que l'assuré n'ait écrit qu'il l'ignorait, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 32-

---

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 6 : *« Étant bien entendu que les assurances qui sont faites trois mois après le départ des navires en Europe, Barbarie ou dans les environs, pendant trois mois, et des places plus lointaines, six mois après le départ, seront tenues pour nulles et de nulle valeur, à moins que ceux qui se font assurer n'en ait informé l'assureur et ne se fît assurer sur bonne et mauvaise nouvelle ».*

Middelburg, art. 13 : *« Étant bien entendu que les assurances qui sont faites trois mois après le départ des navires en Europe, Barbarie ou dans les environs, et des places plus éloignées, six mois après le départ, seront tenues pour nulles et de nulle valeur, à moins que celui qui se fait assurer n'en informe l'assureur et ne se fît assurer sur bonne et mauvaise nouvelle ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 8 : *« Étant bien entendu que les assurances qui sont faites trois mois après le départ du navire en Europe, Barbarie ou dans les environs et, des places plus lointaines, après le sixième mois, seront tenus pour nulles et de nulle valeur, à moins que celui qui se fait assurer, [ne le fasse] sur bonne et mauvaise nouvelle ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement, p. 125, 172 et 184.

34, la loi de Dordrecht, art. 35-37 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 12, p. 616-618. Dans la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 3, et la plus récente de 1775, art. 3, s'il a écrit qu'il ignorait le départ du navire, en outre, la mention du jour dans lequel la lettre a été remise pour procurer l'assurance et de la réception du dernier message du navire et des marchandises, est réputée devoir être faite.

DCCXXVI. Si, le navire étant déjà parti, le moment du départ n'a pas été mis dans le contrat à l'encontre du précepte des lois louées dans la thèse précédente, que cependant, l'assureur lui-même a prouvé qu'il avait appris dans un autre endroit ce moment, le contrat ne sera pas vicié, mieux, l'assureur n'ayant pas été trompé, comme l'a décidé la Cour Suprême le 7 février 1739, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 17, p. 663.

DCCXXVII. La clause, pour que soit valide le contrat, bien que, peut-être, plus rapidement qu'il avait été dit, faite de bonne foi de part et d'autre, [disant] que le navire serait parti, a soutenu le contrat devant la Cour Suprême le 15 janvier 1740, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 17, p. 665-669. Cependant cette clause a déplu à Amsterdam, voir la nouvelle loi, art. 3, et elle a été déclarée sans effet, voir la récente loi [de 1775], art. 3.]

§ 6. Une assurance peut être faite de telle manière que les contractants le veulent, devant le tribunal, devant des rédacteurs qui en ont le pouvoir, devant des témoins ou sous seing privé [879] et sous des conditions telles qu'il leur plaît, mais non en opposition contre la bonne foi [880]. Cependant, toujours, le dixième doit rester non assuré comme il est dit-ci-dessus et en outre, dans toutes les assurances sur mer, on ne peut pas **[370]** stipuler contre les lois communes [881] rapportées ci-dessus et par la suite ; autrement une telle stipulation est

---

[879] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites ordonnances des assurances d'Amsterdam, art. 18, de Middelburg, art. 8, de Rotterdam, art. 20.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 18 : *« Aux parties qui contractent sur une assurance, il sera permis de le faire devant des échevins, des notaires, de tabellions et d'autres personnes publiques, ou par de propres et particulières polices, cédules, signatures et obligations signées par les personnes obligées ou par des témoins dignes de foi, ainsi que les parties l'accorderont pour cette raison ».*

Middelburg, art. 8 : *« Aux parties qui contractent sur une assurance, il sera permis de le faire devant des échevins, des notaires, de tabellions et d'autres personnes publiques ou par de propres et particulières polices, cédules, signatures ou obligations signées par les personnes obligées ou par des témoins dignes de foi, ainsi que les parties l'accorderont pour cette raison ».*

Rotterdam, art. 20 : *« Les contrats d'assurance seront faits ou pourront être faits avec des instruments publics ou privés signés ou rédigés de la main des assureurs ou aussi, par des témoins dignes de foi ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 129-130, 170-171 et 161.

[880] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 27 §§ 3-4.

Extrait du livre III sur l'*Édit du préteur* de Paul : *« 3 - C'est là ce qui a plu à notre Scævola. Il ne peut être fait par aucun pacte en sorte que le dol soit garanti ; bien que l'on fasse un pacte de ne pas agir en justice avec une action de dépôt* (actio depositi)*, par sa force elle-même, ayant fait un pacte sur cela, on sera considéré ne pas agir en justice [par une action] de dol* (actio de dolo)*, parce que le pacte sera profitable. 4 - Les pactes qui contiennent une cause honteuse doivent être observés, comme quand je contracte de ne pas agir en justice pour vol ou pour injures, si tu les as commis ; il est, en effet, à propos du fait de craindre d'une peine de vol ou d'injures ; mais, après que cela a été permis, nous pouvons conclure. De même, nous ne pouvons nous accorder que je ne ferai pas valoir mon droit par l'interdit* unde vi*, dans la mesure où cela est en rapport avec une cause publique. En somme, si le pacte convenu a été exempté d'une chose privée, il ne doit pas être observé ; avant toutes choses, en effet, il faut faire attention à ce que la convention faite sur un bien, avec une personne ou avec une autre personne, sur un autre bien, ne porte pas préjudice ».*

[881] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu, pour autant que ces lois offrent ou interdisent quelque chose en considération du bien commun, voir D. 2, 14, 27 § 4 aux mots *quatenus publicam causam* ; *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 188, quest. 1. Mais l'avantage qui est ajouté sans considération du bien commun peut bien être aboli par un accord, voir C. 2, 3, 29 ; résolution du tribunal d'Amsterdam du 19 juillet 1598.

Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 4 - Les pactes qui contiennent une cause honteuse doivent être observés, comme quand je contracte de ne pas agir en justice pour vol ou pour injures, si tu les as commis ; il est, en effet, à propos du fait de craindre d'une peine de vol ou d'injures ; mais, après que cela a été permis, nous pouvons conclure. De même, nous ne pouvons nous accorder que je ne ferai pas valoir mon droit par l'interdit* unde vi*, dans la mesure où cela est en rapport avec une cause publique. (…) ».*

sans effet [882]. En outre, l'écrit de l'assurance doit contenir le nom du patron ou du navire, avec la place où le navire est chargé et vers laquelle il va sous peine d'invalidité, sauf pour l'assuré, son recours contre celui qui a établi l'écrit, dans le cas où quelque chose est négligé par lui [883]. Si les biens étaient évalués au-dessus de leur valeur par la police d'assurance, ainsi, l'assureur n'est néanmoins tenu au-delà que jusqu'à la juste valeur de ces biens [884].

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si quelqu'un a confessé en rédigeant un instrument, qu'il n'usera pas du prétexte du tribunal à raison de son baudrier de service, de sa dignité ou du privilège du sacerdoce, bien que l'on ait douté auparavant qu'il faille tenir ce même écrit et que celui qui a accordé cela ne doive pas venir contre sa convention ou [qu'il ne faille pas] lui donner la possibilité de s'écarter de son écrit, mais d'user de son droit, nous consacrons qu'il ne sera permis à personne d'aller contre ses propres accords et de tromper ses cocontractants. 1 - En effet, si, selon l'Édit même du préteur, les accords convenus qui ne sont faits ni contre les lois, ni de mauvaise foi, doivent absolument être respectés, pourquoi, dans cette cause, les accords seraient-ils sans valeur, du fait qu'il existe une autre règle de l'ancien droit [qui dit] que tous ont licence de renoncer à ce qui a été introduit en leur faveur ? 2 - C'est pourquoi tous nos juges observeront cela et une observation de ce type s'étendra aux juges subalternes, aux juges compromissoires et aux arbitres choisis ; ils sauront que, s'ils ont négligé cela, ils seront entendus faire leur le procès ».*

[882] (Note de Groenewegen) Voir les ordonnances des assurances d'Amsterdam, art. 1 et 29, de Rotterdam, art. 1, de Middelburg, art. 1 et 28 ; C. 1, 14, 5. Voyez § 6 la note 881.

(Notre traduction du néerlandais de l'ensemble des textes) Amsterdam, art. 1 : *« En premier lieu, sont déclarés être nuls et de nulle valeur tous les contrats d'assurance qui, contrairement à cette ordonnance, seront faits, quelques stipulations, conditions ou serments qui pourraient y être faits ».*

Art. 29 : *« Et cette ordonnance est à entendre de toutes les assurances qui ici, seront faites avec les sujets de ces pays ou avec des étrangers et aussi bien des effets en marchandises qui sont chargées sur des navires, des voitures, des chevaux appartenant à des étrangers ou [gens] extérieurs au pays que ceux qui appartiennent aux habitants de ces pays, qu'il y ait aussi que les marchandises assurées sortent de ces pays ou y entrent, d'une façon telle que toutes les assurances contractées faites contrairement à cette ordonnance seront nulles et de nulle valeur comme cela est plus largement dit au commencement de l'ordonnance ».*

Rotterdam, art. 1 : *« En premier lieu, il est choisi et ordonné que toutes les conditions et promesses mises dans la police d'assurance devront être exécutées, à moins que n'y fussent mis certains points qui, par cette ordonnance, sont interdits, lesquels points seront tenus comme s'ils n'avaient pas été exprimés dans la police ; aussi, non obstant que l'assureur eût renoncé à cette ordonnance, restant néanmoins valide le reste qui sera mis dans la ci-devant dite police ».*

Middelburg, art. 1 : *« En premier lieu, sont déclarés être nuls et de nulle valeur tous les contrats d'assurance qui seront faits contrairement à cette ordonnance, quelques stipulations, conditions ou serments qui pourraient y être faits ».*

Art. 28 : *« Et cette ordonnance est à entendre de toutes les assurances qui, ici, seront faites avec les sujets de ces pays ou avec un étranger, aussi bien des effets et marchandises qui sont chargés sur des navires, des voitures ou des chevaux appartenant à des étrangers ou des [gens] extérieurs que ceux qui appartiennent aux habitants de ces pays, qu'ils sortent aussi les marchandises assurées de ces pays ou qu'ils les y entrent. D'un façon telle que toutes les assurances faites contrairement à cette ordonnance, sans distinction de personnes ou de biens, seront nulles et de nulle valeur comme il est dit plus largement au commencement de cette ordonnance ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 123, 132-133, 152, 168 et 178.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Florentius, Préfet du prétoire, et donnée en 439 : *« Il n'est pas douteux qu'agit contre la loi celui qui, embrassant les termes de la loi, s'appuie [sur eux] contre la volonté de la loi. Il n'évitera pas les pénalités incluses dans les lois celui qui s'excuse frauduleusement avec un cruel gage à l'encontre de la sentence du droit. En effet, nous voulons que nul pacte, nulle convention, nul contrat ne soient considérés s'être ensuivis entre ceux qui contractent, la loi interdisant de contracter. Nous commandons que l'on interprète généralement tant pour les anciennes interprétations des lois aussi que pour les nouvelles, de sorte qu'il suffise que l'on interdise au législateur ce que l'on ne veut pas qu'il fasse et qu'il soit permis de rassembler les autres choses comme si elles avaient été exprimées sur le fondement de la volonté de la loi, c'est-à-dire, de façon à ce que l'on interdisait de faire avec la loi, si cela a été fait, soit aussi tenu pour non réalisé, bien que le législateur ait seulement interdit qu'on le fasse et n'a pas spécialement dit que ce qui avait été fait devait être sans effet ; mais, si quelque chose s'est ensuivi à partir de cela, ou à cause de cela, ce qui a été fait, la loi l'ayant interdit, nous commandons que cela soit aussi cassé et soit sans effet. 1 - C'est pourquoi, suivant la règle précitée, avec laquelle nous avons pensé que, nulle part, l'on n'observe ce qui a été fait, la loi l'ayant interdit, qu'un mandat n'est d'aucune importance et que l'on ne reçoive pas de serment ».*

[883] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites ordonnances d'Amsterdam, art. 3, et de Middelburg, art. 9 et 10 ; l'ordonnance des assurances de Rotterdam, art. 6 et 21, à moins que le marchand ne sût dans quel navire ou avec quel navire ses biens seraient envoyés ; dans ce cas, il doit le déclarer par la police d'assurance et, à côté de celle-ci, annexer à la police l'avis qu'il a reçu du chargement de ses biens ou les assureurs le montrer et l'écrire dans la police, et la prime doit être payée dans un tel cas comptant, laquelle il ne peut pas de nouveau réclamer bien qu'il ne voulût pas dire après que les biens n'ont pas été envoyés, voir ordonnance de Rotterdam, art. 7. Et, dans le cas où quelqu'un veut faire assurer des navires ou des biens qui sont déjà partis de la place de leur chargement, cela et le moment dans lequel ils sont partis doivent être déclarés par la police, à moins qu'il ne le sût pas, ce qu'il est semblablement tenu d'indiquer dans la police d'assurance sous peine de nullité, voir la ci-devant dite ordonnance de Rotterdam, art. 8.

[**Note de Willem Schorer sur la note 879 de Groenewegen van der Made**

Cet écrit est appelé *POLIZZA* ou *POLICE*, dont on peut voir la formule d'après l'ordonnance de Middelburg, p. 32.

Mais il faut relever que cet écrit d'assurance sont en général, dans les régions extérieures conçue dans la langue belge. Voyez Heinecke dans ses *Elementa juris Gremanici*, lib. II, tit. 15, § 438, note *.]

[**Sur la note 880 de Groenewegen van der Made**

Voyez van Zurk, *Codex Batavus*, [au mot *Asseurantie*], art. 13. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 8, aux mots *Succedit alia causa* - "Suit une autre cause", signale que, dans le doute cependant, la bonne foi est présumée congtre l'assuré. Quant au dol et à la ruse employés dans le contrat d'assurance, la connaissance n'en incombe pas à la Chambre de l'assurance, mais aux échevins et aux autres juges qui, de façon ordinaire, président à la juridiction, voir Roseboom, coutumes d'Amsterdam,chap. 30, art. 42.]

[**Sur les notes 881 et 882 de Groenewegen van der Made**

Nous avons déjà vu que l'on ne renonçait pas à bon droit à ces lois sur la note 864, cependant, en employant la distinction que Groenewegen tient ici dans sa note, du fait qu'autrement, on ne peut pas renoncer à bon droit à un privilège introduit en sa faveur.]

[*Avec la place etc.* Il n'y a pas d'assurance selon l'auteur, si le nom de la place depuis laquelle et vers laquelle la route a été destinée, n'y est pas exprimédu fait qu'il convient tout à fait à la nature de ce contrat que l'on sache à partir d'où le risque regardera l'assureur et quand il cessera ; les lois de Frise et le statut de Frise sont en accord avec cela, voir liv. I, tit. 28, art. 4.

Mais il est demandé, quand le navire a navigué outre la place insérée dans l'instrument et a péri par la suite, si l'assureur sera tenu de réparer le dommage. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, aux mots *Nunc excutiamus* - "Maintenant, examinons", signale

---

(Notre traduction du néerlandais de l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 3 : *« L'instrument d'assurance devra aussi contenir le nom du navire qui fera voile ou partira de ces pays vers d'autres pays et royaumes ou qui viendra d'autres pays vers ces pays et royaumes ou d'autres ; aussi, le nom du maître du navire ou du patron qui en aura le commandement avec les places où le ci-devant dit navire sera chargé et où il voudra aller sous peine de nullité et de nulle valeur des obligations de ces assurances, dans le cas où la faute provient de celui qui est assuré ; autrement, l'assuré aura un dédommagement contre celui qui a fait l'instrument, pour autant que le vice et la faute provienne de celui-ci ».*

Middelburg, art. 9 : *« L'instrument d'assurance devra aussi contenir le nom du navire qui sera sorti ou parti de ces pays vers d'autres pays ou royaumes ou qui viendra des autres pays dans ces ou d'autres pays et royaumes. Aussi, [le nom] du maître du navire ou du patron qui en aura le commandement, avec celui de la place où le ci-devant dit navire sera chargé sous peine de nullité ou de nulle valeur des obligations des assurances, dans le cas où la faute provient de celui qui est assuré ; autrement, l'assuré aura un dédommagement contre celui qui a fait l'instrument, pour autant que le vice et la faute viennent de celui-ci ».*

Art. 10 : *« Et, pour prévenir toute tromperie, tous les courtiers et autres qui demanderont et solliciteront la ci-devant dite assurance seront tenus de dresser toutes les polices conformes à cette ordonnance et de tenir une copie mot pour mot de tout ce qui sera écrit à la main dans la police. Sous peine de perdre le salaire gagné et quatre fois autant au profit des pauvres et, en outre, sous une suspension ou une privation de leur office selon la circonstance de la chose ; ou l'assuré pourra aussi faire enregistrer pour une plus grande sécurité ces polices à la chambre des assurances de cette ville ».*

Rotterdam, art. 6 : *« En faisant assurer les ci-devant dits navires, les patrons ou les armateurs devront indiquer dans la police d'assurance le nom du patron et des navires sur lesquels l'assurance est demandée ».*

Art. 21 : *« Les contrats d'assurance seront faits ou pourront être faits avec des instruments publics ou privés signés ou rédigés de la main des assureurs ou aussi, par des témoins dignes de foi ».*

Art. 8 : *« Celui qui veut se faire assurer sur des biens ou des navires qui sont déjà partis de la place de leur chargement, devra le déclarer et le moment où ils sont partis dans la police d'assurance, à moins qu'il ne l'ignorât, ce qu'il sera tenu d'indiquer dans la police sous peine de nullité ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 123-124, 171, 154, 161 et 155.

[884] (Note de Groenewegen) Voir le placard de 1563, tit. VII, art. 10.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 10 : *« Quiconque voudra faire assurer la quille ou la cale de son navire ou aussi, l'artillerie, la poudre et les balles qui y servent, sera tenu de faire tout estimer avant son départ par des gens qui s'y entendent, laquelle estimation, cependant, en cas de sinistre, ne préjudiciera pas aux assureurs pour autant qu'ils peuvent montrer, cette ci-devant dite estimation ayant été faite plus haute par faveur, une simulation, collusion ou autre mauvaise pratique qu'il convient ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 97.

que le risque et le dommage regardent l'assureur bien que les consultants eux-mêmes, la question étant tombée, l'aient enseigné autrement et aient répondu qu'il fallait s'attacher très strictement aux termes de l'instrument ; mais faussement, du fait qu'en passant outre la place, le navire n'a souffert aucun dommage et que le nom de la place est uniquement inséré pour que soit désigné la limite depuis laquelle le dommage regardera l'assureur et son risque commencera.]

[**Sur la note 884 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici que l'assureur n'est jamais tenu au-delà de la valeur interne des biens assurés et nous en avons déjà indiqué la raison ci-dessus, à savoir que ce contrat estuniquement introduit pour que l'assuré, d'une certaine façon, soit conservé sans dommage, non pour qu'il s'enrichisse. À partir de là, il s'ensuit aussi que, si l'on a agi au contraire, l'assureur est libéré en payant la somme concurrente et n'est pas obligé plus loin ; ce qui a été expressément disposé dans la nouvelle loi de Rotterdam, art. 70.

Mais il est demandé si celui pour lequel plus que sa part a été assuré, pourra à bon droit échoir à l'autre, associé du même navire, à cet effet que, le navire ayant été perdu, le substitué obtient le dommage des assureurs. Mais cette question a préoccupé les juges de Middelburg préposés aux assurances, le 18 juillet 1708, et les échevins à partir d'un appel le 16 juillet 1709, et de noveau, le moyen étant laissé de côté, le 13 septembre 1725, la Cour Suprême, mais, partout, le demandeur a été repoussé, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 12, au mot *Titius*, et cap. 1, aux mots *Dominus* - "Le propriétaire".

Mais la preuve [de savoir] combien vaudront les biens assurés incombe à l'assuré, à un point te lque la seule affirmation non confirmée par un serment ne suffit pas, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 17, au mots *Nonnulli* - "Certains".

En outre, il faut observer que les termes douteux sont expliqués dans ce contrat contre l'assuré, à savoir s'il était l'auteur d'un contrat douteux et ainsi a-t-il été répondu le 4 octobre 1665 à Amsterdam, voir *Consilia jurisconsultorum Belgorum*, part. III, cons. 169, p. 461. Nous avons déjà vu ci-dessus dans ce livre, chap. XV, § 9, sur la note 625.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXXVIII. L'office du courtier employé pour s'occuper de l'assurance et son salaire sont décrits dans la loi de Middelburg, art. 9 et 10, d'Amstersdam, art. 3, et dans la nouvelle, art. 38 et 398, de Rotterdam, art. 21, et dans la nouvelle, art. 76-79, dans la loi de Dordrecht, art.76-79 et 81.

DCCXXIX. Il est certain que l'assurance peut être au commencement contractée sans un écrit, voir la loi de Rotterdam, art. 20, la récente loi d'Amsterdam [de 1775], art. 60 et 61, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. cap. 26, nb 1 ; cependant, elle doit être rapportée dans un écrit dans les quatorze jours muni du sceau dû, voir la loi de Hollande du 13 novembre 1773, ci-dessus, la thèse DCCXIII. À plus forte raison, avant ce moment, il n'y a pas de place pour un regret, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 12, p. 58 et suivantes.

DCCXXX. N'importe quels pactes non interdits, à observer soigneusement, peuvent être ajoutés aussi à cette assurance à laquelle les lois elles-mêmes ont prescrit certaines formulations. Cependant, qu'ils ont été négligés, l'assureur n'est pas libéré, à moins que celui-ci, ayant négligé l'occasion, n'ait causé le dommage. Je pense que cette règle peut être effective à partir de la remarquable décision de la Cour Suprême du 8 septembre 1728 [mentionnée] chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 14, p. 635-637.

DCCXXXI. La Cour Suprême, [mentionnée] chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 11, p. 606-608, a jugé que les conditions exprimées dans l'instrument lui-même sont considérées avoir été répétées dans un appendice écrit par la suite, à moins que l'on n'ait agi autrement.

DCCXXXII. Les pactes que l'on interdit nommément dans les lois portées sur l'assurance d'insérer dans ce contrat, ceux-ci ayant été insérés, vicient tout le contrat ou sont du moins eux-mêmes invalides, comme dans la nouvelle loi de Rotterdam et, avec la renonciation de la loi qui les interdit, ils ne peuvent pas être confirmés, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 6, p. 570 et suivantes.

DCCXXXIII. Bien que le nom du navire doive être exprimé dans l'instrument d'assurance, cependant, sa désignation claire et précise est considérée suffire, comme [cela est dit] dans le cas

[mentionné] chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 12, p. 618et suivantes. Le changement de nom fait de bonne foi ne porte pas préjudice aussi, si l'on s'accorde quant à son identité à partir de la décision de la Cour Suprême du 20 février 17212, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 11, p. 610-612.

DCCXXXIV. S'il n'a pas été dit dans l'assurance de celles-ci que le risque commencera non depuis la place où le navire a été chargé de marchandises, mais depuis une autre place, et que le navire a passé outre cette place à la faveur du vent, l'assurance est valide, voit Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 1, p. 521 et suivante.

DCCXXXV. Par les places circonvoisines que l'on ajoute ordinairement dans le contrat d'assurance généralement, sont entendues les places proches, les fleuves, les ports et les stationnements, bien qu'ils n'aient pas été nommément exprimés, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 4, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 6, p. 571 et suivantes, non les places trop écartées, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 10, p. 601-603, cf. p. 598-600.

DCCXXXVI. Si l'assurance a nommément et strictement été faite jusqu'à un certain port, un certain fleuve ou un certain stationnement, mais peut-être d'une ville proche où les marchandises étaient proprement destinées et que les contractants n'en ont fait aucune mention, la place elle-même doit être tenue pour avoir été désignée à la faveur des craintes d'un péril. Le cas qui se rencontre chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 15, p. 645-650, est particulier.

DCCXXXVII. Dans l'assurance faite jusqu'à une place certaine, si un dommage a été causé avant que le navire y arrive, l'assureur est tenu, bien que le navire, peut-être destiné à un autre port, ait passé par la suite outre ce port, comme l'a décidé la Cour Suprême le 27 juin 1720, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 10, p. 603-605.

DCCXXXVIII. Le prix des marchandises assurées mis dans l'instrument, un dommage ayant été causé, ne doit pas être prouvé avec le seul serment de l'assuré, mais d'une autre façon, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 17, p. 663-665.

DCCXXXIX. Le dommage des marchandises perdues est estimé au prix où elles ont été achetées en y ajoutant les dépenses de chargement de celes-ci ; mais [celui] des marchandises corrompues, si elles sont arrivées dans la place où elles étaient destinées, est compté à partir du prix auquel elles auraient pu être vendues saines ici. Aucun compte du fret et des autres dépenses n'est tenu dans cela ; mais celles-ci peuvent être assurées séparément ; ceci ayant été fait, on juge qu'autant du dommage à ce titre est arrivé que dans les marchandisrs elles-mêmes et cela doit être réparé en observant la même proportion, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 35, ceci étant déclaré par la loi de 1756. Lorsque le fret des marchandises périssables n'est pas dû, son assurance est annulée, voir ladite loi.

DCCXL. Des marchandises en partie saines et en partie corrompues ayant été assurées en même temps, dans le compte du dommage, le compte n'est pas seulement tenu de celles-ci, mais aussi des saines et le dommage est estimé à autant de pourcentage que toutes, jointes en même temps, auront valu, à savoir en compensant le profit des saines avec la perte des corrompues, voir *Verzameling van casuspositien etc.*, cas. 5, p. 43 et suivantes.

DCCXLI. Le navire ayant été assuré qui est arrivé sauf, mais, au milieu de la mer ou lors d'une pêche dans la glace du Groenland, a été détérioré, l'assureur n'est pas tenu au titre du dommage de celui-ci, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 25.]

§ 7. Sous le risque sur lequel une assurance est faite, est compris ce qui est fait sur mer, un mauvais temps, un incendie, un ennemi, des brigands, un arrêt de l'autorité supérieure, aussi, tout ce qui, par **[371]** une friponnerie ou un manque de soin du patron, des matelots ou d'autres, pourrait arriver au navire ou aux biens, à savoir autant qu'aux autres ou aussi au patron lui-même, il en serait porté préjudice et, en outre, tout ce qui est pensé ou non pensé, habituel ou non habituel [885].

[**Note de Willem Schorer sur la note 885 de Groenewegen van der Made**

[885] (Note de Groenewegen) Suivant le contenu des polices d'assurances.

Ce que l'auteur tient ici quant au risque qui regarde l'assureur a été expressément disposé à Hambourg, voir le règlement de Hambourg sur l'assurance et les avaries, tit. 5, art. 1, jusquà ce point que l'assureur est aussi tenu de payer les dépenses faites pour recouvrer les marchjandises, bien qu'elles dépassent le prix même des biens assurés, voir *Responsa juriconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 13.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXLII. Sous le péril de mer, est compris tout ce qui arrive par le mouvement de la mer, du vent, d'une tempête, non par l'incompétence du patron, ou par l'exploration des passes, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 12.

DCCXLIII. Celui qui a assuré contre la violence des ennemis, en ajoutant dans l'instrument même cette condition que le navire et les marchandises capturés pourront être rachetés jusqu'à un certain montant, doit réparer le prix qui a été donné et le dommage du navire et des marchandises de nouveau capturés, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 16.

DCCXLIV. Sous les ennemis, sont aussi compris les pirates dans les formules des assurances. Les peuples amis ne sont pas compris. Cependant, leur amitié peu protégée a fait que mention expresse de ceux-ci est maintenant faite, voyez aussi la nouvelle loi de Rotterdam, art. 42, la loi de Dordrecht, art. 44.

DCCXLV. Contre le dol ou la fraude du patron [en d'autres termes, la baraterie], l'armateur du navire ne peut pas être assuré, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 4, p. 553 et suivante ; contre le dol du patron en second préposé à l'insu de l'armateur, il le peut, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 43, la loi de Dordrecht, art. 45. Les propriétaires des marchandises sont à bon droit assurés contre le dol et la fraude tant du patron que du patron en second,voir ladite loi de Rotterdam, rat. 42, la loi de Dordrecht, art. 44, et les autres lois.

DCCXLVI. Contre la faute du patron, qu'elle consiste en une omission ou en une commission, l'assurance est à bon droit faite envers l'armateur lui-même, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 4, p.556. Du reste, l'abandon du navire jeté sur un rivage et non réparable sans une plus grande dépense ne doit pas même être tenu pour une faute du patron, comme l'a jugé la Cour Suprême le 16 juin 1728, [jugement mentionné] chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 14, p. 634 et suivante.]

§ 8. L'assurance en mer commence à partir du moment où les effets sont apportés sur le quai pour être chargés dans les navires ou sur des barques pour être apportées dans les navires et elle dure jusqu'à ce que les marchandises arrivent dans les ports et y soient déchargées sans dommage et sans perte, libres et en sécurité [886].

[**Note de Willem Schorer sur la note 886 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici quand le risque des marchandises passera sur l'assureur et quand il cessera ; mais, après l'époque de Grotius, différentes lois ont été portées sur cette question et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, indique ce qui aura été disposé dans celles-ci.

Mais qu'en est-il du droit pour les navires ? Quant à cela, les lois gardent le silence, si ce n'est ce qui est statué dans l'art. 47 de la nouvelle loi de Rotterdam quant aux navires et aux marchandises, [qui dit] que leur risque est dans les mains de l'assureur jusqu'à ce qu'ils soinet arrivés saufs et que [les marchandises] aient été déchargées ; avec une équité avisée, Bijnkershoek approuve ici cette sentence, mais il rejette l'opinion d'autres qui répondent que le risque qui survient ailleurs au navire dans un port ou un stationnement ne regarde pas l'assureur,

[886] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 4. Voyez en outre les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 284.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 4 : *« L'assurance des effets assurés commencera à partir du moment où les effets assurés seront apportés sur les quais pour, de là, être chargées dans les navires avec lesquels ces effets seront conduits à leur lieu de destination, ou sur des barques ou des barges pour, avec celles-ci, être portées vers les ci-devant dits navires et, en outre, l'assurance durera jusqu'au moment où les marchandises seront venues ou arrivées dans les ports, déchargées et vidées à terre libres et en sécurité ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 124.

comme si l'on avait été assuré pour un navire qui navigue, mais non [pour un navire] à l'arrêt ou qui se tient à l'ancre.

Du reste, il faut observer que, certes, à bon droit, le risque du navire est assuré, à l'exception cependant du huitième de la valeur sans aucune distinction [de savoir] où la route a été destinée, et ainsi a-t-il agréé aux gens de Rotterdam, voir l'art. 31 sur la matière de l'assurance, comme aussi, cela a été disposé dans le statut de Frise, liv. I, tit. 28, art. 1. Ainsi, l'art. 4 des anciennes lois de Rotterdam est-il abrogé. Toutefois, à Middelburg, cela est permis jusqu'à la moitié, voir l'ampliation de l'ordonnance de Middelburg, art. 4.

En outre, il faut relever que ce contrat est annulé non à raison d'une lésion énorme, mais seulement très énorme (si l'on pardonne le mot), voir van Zurk, *Codex Batavus*, [au mot *Asseurantie*], art. 7, note 1, p. 91 [éd. 1711].]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXLVII. Le risque de l'assurance du navire lui-même, comme il semblait certes à Bijnkershoek de son temps, voir *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, p. 529 et suivante, commence à regarder l'assureur à partir du jour où on a convenu que le navire navigue ; mais, par la suite, dans la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 5 à la fin, et peut-être aussi dans les autres places où les lois gardent le silence quant à cela, il a été expressément statué qu'à la ressemblance de ce qui avait été disposé quant aux marchandises assurées, il a été reçu dans l'usage qu'il commence à partir du jour où les marchandises ont commencé à être chargées dans le navire. Il n'y a cependant pas de doute qu'une autre moment peut être déterminé dans le contrat, voir en argument D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 34 ; la nouvelle loi de Rotterdam, art. 48 ; la loi de Dordrecht, art. 50.

DCCXLVIII. Mais il est terminé quand le navire, ayant abordé dans un port, a été déchargé, pourvu que cela soit fait dans les vingt-et-un jours, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 5 à la fin, ou, selon la loi de Rotterdam et de Dordrecht, dans les quatorze jours ouvrables, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 49, la loi de Dordrecht, art. 49 et 51 ; cela semble devoir être aussi dit quant au droit de Middelburg, voir en argument la loi de Middelburg, art. 11, à la fin.

DCCXLIX. Les exceptions à cette règles sont : 1° si, en même temps que le navire a abordé dans un port, les armateurs l'ont destiné encore chargé, à partir d'un pacte conclu avec les propriétaires des marchandises, à une autre navigation et qu'ils ont rendu ce propos certain, par exemple une nouvelle assurance ayant été faite, en effet, le risque de la première assurance est maintenant immédiatement terminé, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I , cons. 24.

2° Si le navire a été assuré pour un certain temps, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 3, p. 539 et suivantes.

3° Si l'assurance a été faite simplement de port à port et que, dans le contrat, ont été omis ces termes qui désignent le moment du déchargement du navire, voyez la le placard de Philippe Ii de 1563, tit. 7, art. 13 ; dans ce cas, comme il semble, elle est encore conservée dans l'ausage, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, p. 529, et cap. 15, p. 647 à la fin et suivante.]

§ 9. Le marchand est tenu de faire décharger les biens arrivés à la place de destination dans les cinq jours, à moins d'un empêchement notable. Autrement, le risque vient à sa charge [887].

[887] (Note de Groenewegen) Voir le placard de 1563, tit. VII, art. 13 ; à Rotterdam, dans quatre fois vingt-quatre heures, voir ordonnance de Rotterdam, art. 11.

(Notre traduction du néerlandais pour ces deux textes) Ord. de 1563, tit. VII, art. 13 : *« Que quiconque sera tenu de faire décharger en toute diligence ses biens et marchandises assurés quand ceux-ci sont arrivés à la place de destination et ne pourra différer ce déchargement qu'à son péril au-delà de quatorze jours, si ce n'est par un notable inconvénient ou obstacle qu'il sera tenu de prouver. Et, dans le cas où l'assurance est faite d'un port à un autre sans parler des biens à porter à terre, cette ci-devant dite assurance commencera lorsque les biens seront dans le navire assuré en finira quand ce navire sera arrivé au port de destination en là, sera placé ferme en sûreté une durée de vingt-quatre heures ».*

Rotterdam, art. 11 : *« L'assurance des effets et marchandises assurés commencera et finira suivant le texte de la police d'assurance et, lorsque celui-ci, ne le porte pas, cette assurance commencera à partir du moment où ces biens seront portés sur le quai ou la levée pour, de là, être chargés ou conduits vers le navire avec lequel ceux-ci sont destinés à aller hors du pays et durera*

§ 10. Dans le cas où le navire ou le bien envoyés vers l'Europe ou la Barbarie, pendant un an et un jour, ou étant envoyé plus loin, pendant deux ans après leur départ de la première place de chargement, est resté en arrière sans qu'une nouvelle n'en soit entendue, ainsi, le navire est tenu pour perdu [888].

[**Note de Willem Schorer sur la note 888 de Groenewegen van der Made**
Par un défaut de plume, Groenewegen allègue l'art. 15 du statut d'Amsterdam, alors que cela est tenu dans l'art. 5.]

§ 11. Celui qui fait assurer ne peut pas charger le patron d'aller dans quelque autre port que celui qui est dit dans la police d'assurance [889] ; mais si le patron faisait une telle chose

---

jusqu'au moment où les ci-devant dits biens seront dans le port pour lequel ceux-ci sont assurés et que ceux-ci seront déchargés libres et en sécurité à terre, à moins que l'assuré n'ait pas fait vider dans quatre fois vingt-quatre heures après que ceux-ci sont arrivés dans le ci-devant dit port, lorsqu'un tel manquement, en dehors de sa faute ou de son moyen, n'est pas fait ; l'assuré ne pourra pas faire changer au patron dans le navire duquel il a chargé ses biens, sa route ou faire accepter ou pénétrer certains autres ports que ceux qui sont déclarés dans sa police sous peine de nullité ; mais le patron peut bien le faire dans d'autres ports lorsqu'une nécessité le réclame et, agissant autrement, l'assurance reste valide, sauf pour l'assureur son recours contre le patron ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 98 et 156.

[888] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 15, de Middelburg, art. 12, de Rotterdam, art. 14 ; les coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 7.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 15 : *« Mais, concernant les autres marchandises qui vont et viennent à terre ou sur l'eau douce, étant remarqué que, puisque les périls ne sont pas si grands que sur mer, son se réglera de la manière que les marchands, en contractant pourront s'accorder le mieux. Sous la réserve que la ci-devant dite assurance ne pourra être faite que sous la valeur des ci-devant dits biens assurés, à compter cette valeur comme il est dit dans l'article 2 de cette ordonnance, mais un dixième restera au risque du marchand qui aura chargé celle-ci ; cependant, les voituriers et les charretiers ne pourront faire aucune assurance ni les ci-devant dits transporteurs faire assurer leurs voitures, chariots ou chevaux que sous la moitié de leur valeur, mais en aucune manière, leurs gages ou salaires ».*

[Selon la correction proposée par Willem Schorer disant qu'il s'agit plutôt de l'art. 5]. Amsterdam, art. 5 : *« Et, dans le cas où quelque navire ou bien assuré un an et un jour après que le navire assuré est parti du port où il est chargé, on reste après sans que l'on ait quelque nouvelle dans l'intermédiare à la place du chargement ou du déchargement à destination, pour autant que cela se trouve en Europe , Barbarie ou dans les environs, ainsi, le navire et bien sont tenus comme perdus et on peut en faire la déclarationaux assureurs et réclamer après trois mois le paiement ; et, concernant les places qui sont situées plus loin, on observera désormais un délai de deux ans ».*

Middelburg, art. 12 : *« Et, dans le cas où quelque navire assuré ou un bien, pendant un an et un jour après qu'il est assuré et du port où il est chargé, est parti et reste en arrière sans que l'on n'en ait entendu, dans l'intervalle, à la place de chargement ou de destination pour le déchargement, des nouvelles pour autant qu'il est en Europ, Barbarie ou dans les environs, ainsi, ce navire et ce bien sont tenus pour perdus et l'on peut en faire déclaration aux assureurs et trois mois après, en réclamer le paiement ; et, concernant les place sui sont situées plus loin, on observera désormais le délai de deux ans ».*

Rotterdam, art. 14 : *« Dans le cas où quelque navire est assuré, pendant un an et un jour après qu'il est parti du port où il était chargé, reste en arrière sans que, dans l'intervalle, à la place de chargement ou de destination pour le déchargement, on n'y entende de nouvelle pou autant que celui-ci est destiné à l'Europe, la Barbarie, les îles de la Canarie et autres environs, ainsi, ce navire et ce bien sont tenus pour perdus d'une façon telle que les assurés peuvent les abandonner au profit des assureurs. Et, au regard des navires et des biens destinés en dehors des ci-devant dites limites, cela aura lieu dans le cas où, pendant deux ans, de ceux-ci, on n'a aucune nouvelle dans les places respectives ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 7 : *« Et, dans le cas où quelque navire et bien assurés, dans l'année et un jour après qu'il est assuré et qu'il est parti du port où il est chargé, reste en arrière sans que, dans l'intervalle, à la place de chargement et de destination pour le déchargement, on n'en ait entendu quelque nouvelle pour autant qu'il est en Europe, Barbarie ou dans les environs, ainsi, ce navire et ce bien sont tenus pour perdus et l'on peut en faire une déclaration aux assureurs et réclamer le paiement comme ci-dessus. Et, concernant les places situées plus loin, on observera désormais un délai de deux ans ».* Cf. Pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 128-129, 124-125, 172, 158-159 et 184.

[889] (Note de Groenewegen) Ou autrement l'assurance serait nulle et de nulle valeur et l'assureur qui ne suit pas cela ne pourrait pas être actionné en justice, voir le placard de 1563, tit. VII, art. 6 et 7 ; la ci-devant dite ordonnance des assurances d'Amsterdam, art. 7, de Middelburg, art. 14, de Rotterdam, art. 11 ; les coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 12.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Placard de 1563, tit. VII, art. 6 : *« Personne ne pourra aussi changer au préjudice des assureurs son voyage de destination, que ce soit en augmentant ou diminuant sa route ou son chemin ou autrement, le changeant semblablement ».*

sans un mandat et en dehors d'une nécessité, ainsi, l'assureur aurait son recours contre ce même patron [890].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCL. Le navire ayant été assuré avec un acte du patron, bien qu'à l'insu de l'assuré, en changeant la course, l'assureur est libéré, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 21, p. 123-125 ; la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 6 à la fin ; cf. aussi D. 14, 1 *(De l'action exercitoire)*, 1 § 5. Mais, les marchandises ayant été assurées, si la route, sans la volonté de l'assuré avec un acte du patron, a été modifiée, il n'est pas libéré, voir ladite nouvelle loi d'Amsterdam, ici même, à moins que, pour l'armateur lui-même, les marchandises n'aient été assurées, voir la même, art. 6 à la fin. Le patron, avec l'acte duquel la route a été modifiée, est toujours tenu ; et à plus forte raison, l'action qui se présente contre lui doit être accordée à l'assureur non libéré, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 52, la loi de Dordrecht, art. 54.

DCCLI. Ce que nous disons, [à savoir] qu'avec un acte du patron l'armateur du navire ou des marchandises qui appartiennent à l'armateur était libéré, même si, à l'insu de l'assuré, le changement de route a été fait, cela doit être reçu quant à Amsterdam certes, à raison des termes généraux de la nouvelle loi, aussi quant à la faute du patron. Mais, quant aux autres places, c'est à peine que l'on puisse prouver la même chose ; et ici, au contraire, l'assureur est considéré seulement être libéré, si la route a été modifiée avec un dol du patron, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 8, p. 586.

DCCLII. Si le cours de la route est réputée avoir été modifié à partie de la volonté de l'assuré et que, de là, dépende la question [de savoir] si l'assureur sera libéré ou non, la charge de la preuve incombe à l'assureur, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 7, p. 582, cap. 8, p. 585 et le serment de l'assurer peut ici venir en usage, ici même, cap. 16, p.

Art. 7 : *« Et quiconque sera tenu comme ayant changé son voyage assuré par une charte-partie, des lettres de fret, un connaissement ou autrement, ou aussi, par des témoins qualifiés, celui-ci sera convaincu avoir changé son voyage de destination déclaré dans son assurance, laquelle, avec ce changement à raison des ci-devant dites assurances, il ne pourra réclamer ».*

Amsterdam, art. 7 : *« Item, l'assuré ne peut faire entrer ou accepter le patron qu'il frète dans un autre port, ou faire changer son voyage qu'en suivant la police, ou autrement, l'assurance serait nulle ; mais le patron peut bien accepter d'autres ports lorsque la nécessité le demande et, agissant autrement, sans mandat de l'assuré, l'assurance reste valide, sauf pour l'assureur son recours contre le patron ».*

Middelburg, art. 12 [on ne voit pas le rapport de cet article cité ici par Groenewegen avec le propos tenu par Grotius] : *« Et, dans le cas où quelque navire assuré ou un bien, pendant un an et un jour après qu'il est assuré et du port où il est chargé, est parti et reste en arrière sans que l'on n'en ait entendu, dans l'intervalle, à la place de chargement ou de destination pour le déchargement, des nouvelles pour autant qu'il est en Europ, Barbarie ou dans les environs, ainsi, ce navire et ce bien sont tenus pour perdus et l'on peut en faire déclaration aux assureurs et trois mois après, en réclamer le paiement ; et, concernant les place sui sont situées plus loin, on observera désormais le délai de deux ans ».*

Rotterdam, art. 11 : *« L'assurance des effets et marchandises assurés commencera et finira suivant le texte de la police d'assurance et, lorsque celui-ci, ne le porte pas, cette assurance commencera à partir du moment où ces biens seront portés sur le quai ou la levée pour, de là, être chargés ou conduits vers le navire avec lequel ceux-ci sont destinés à aller hors du pays et durera jusqu'au moment où les ci-devant dits biens seront dans le port pour lequel ceux-ci sont assurés et que ceux-ci seront déchargés libres et en sécurité à terre, à moins que l'assuré n'ait pas fait vider dans quatre fois vingt-quatre heures après que ceux-ci sont arrivés dans le ci-devant dit port, lorsqu'un tel manquement, en dehors de sa faute ou de son moyen, n'est pas fait ; l'assuré ne pourra pas faire changer au patron dans le navire duquel il a chargé ses biens, sa route ou faire accepter ou pénétrer certains autres ports que ceux qui sont déclarés dans sa police sous peine de nullité ; mais le patron peut bien le faire dans d'autres ports lorsqu'une nécessité le réclame et, agissant autrement, l'assurance reste valide, sauf pour l'assureur son recours contre le patron ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54 *(Des contrats d'a ssurance, des gageures et du jeu)*, art. 12 : *« Item, l'assuré ne peut faire entrer ou accepter le patron qu'il a frété dans un autre port ou faire changer son voyage autrement que suivant la police, ou autrement, l'assurance serait nulle. Mais le patron peut bien accepter un autre port lorsqu'et ainsi que la nécessité le réclame. Et, agissant autrement, sans un mandat de l'assuré, l'assurance reste valide, sauf pour l'assureur, son recours contre le patron ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 96, 125, 172, 156 et 185.

[890] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance d'Amsterdam, art. 7, de Middelburg, art. 14, Rotterdam, art. 11 ; le chapitre XXIX ci-après, § 18.

(Notre traduction du néerlandais) Middelburg, art. 14 : *« Item. L'assuré ne peut faire entrer ou accepter le patron qu'il a frété dans un autre port ou faire changer son voyage que suivant la police ou autrement, l'assurance serait nulle ; mais le patron peut bien entrer dans une autre port lorsqu'ainsi, la nécessité le demande ; et, agissant autrement sans un mandat de l'assuré, l'assurance reste valide, sauf pour l'assureur, son recours contre le patron ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 173.

657 ; cf. cap. 5, p. 562 et suivante. Le seul conseil de changement de route non conduit à son aboutissement ne libère jamais l'assureur, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 3, p. 545, et cap. 5, p. 562 et suivante.

DCCLIII. La route est entendue avoir été modifiée non seulement si le navire tend clairement à une autre, mais aussi, si, naviguant en ligne droite certes vers le port dans lequel l'assurance a été faite, les marchandises ayant été bientôt retenues, il navigue outre ce port, peut-être à destination d'un autre avec les autres marchandises, voir *Verzameling van casuspositien, etc.*, cas. 12. Il en est de même si, avant qu'il arrive à la place de destination, il s'est approché d'autres ports, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 16, p. 655, comme cela a été décidé par la Cour Suprême le 7 mais 1735, voir ici même, p. 554 et suivante, à moins qu'il n'ait été dit qu'il était permis de pénétrer dans d'autres ports, voir ici même, cap. 4, p. 554 et suivante, ou de naviguer partout, voir ici même cap. 4, p. 564 et suivante, cap. 7, p. 581. Du reste, le changement du cours qui est fait à partir d'une nécessité ne porte pas préjudice, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 9, p. 591 et suivantes, et p. 596.]

[372] § 12. Un navire ayant été arrêté par un autorité souveraine en dehors du pays ou autrement, devenu sans utilité pour faire le voyage, les propriétaires des navires et des effets assurés, que ces effets soient inquiétés ou non, doivent attendre six mois après que la connaissance en est faite à la place où la plupart des assureurs habitent, dans le cas où l'empêchement est tombé à l'intérieur de l'Europe ou en Barbarie, et dans le cas où [c'est] en dehors, une année entière avant d'abandonner le ci-devant dit navire ou les biens ; mais, dans l'intervalle, l'assuré peut bien contraindre l'assureur à mettre une caution ou un gage pour l'assurance. Les marchands peuvent durant le ci-devant dit délai de six mois ou d'une année, mettre les marchandises sur un autre navire ou d'autres navires pour accomplir leur voyage à la place de destination ou, dans le cas où ne ils faisaient pas une telle chose, l'assureur peut la faire et, dans un tel cas, il est tenu aux frais d'armement, de fret et de dommage que les marchandises, dans l'intervalle, ont soufferts, en dehors du cas de la ci-devant dite inquiétude ou empêchement [891], à moins que l'assureur n'eût pris à sa charge

[891] (Note de Groenewegen) Comme on le voit par l'art. 8 de la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, par l'art. 15 de la ci-devant dite ordonnance de Middelburg et les art. 12 et 13 de l'ordonnance de Rotterdam.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 8 : *« Et, dans le cas où quelques rois, princes, potentats ou seigneurs, dans leurs terres, prenaient, retenaient ou arrêtaient un navire qui était destiné à quelque trajet ou voyage, qu'il y eût un espoir d'obtenir de nouveau ce navire ou non, ou pour autant qu'un navire devient inutile et incapable de faire le voyage à destination, dans les ci-devant dits cas, ceux qui ont fait assurer des navires arrêtés avec les marchands qui, sur de tels navires, auront chargé des biens assurés ou d'autres pour leur compte, sont tenus, avec les navires et les effets précieux et de prix arrêtés (que ces effets soient inquiétés ou non), d'attendre six mois avant de pouvoir abandonner les ci-devant dits navires et effets précieux, concernant les six mois, à partir du moment où seront avertis par les courtiers ou d'autres personnes publiques la majorité des assureurs qui sont trouvent là où l'assurance est faite et une déclaration faite. Ce ci-devant dit délai de six mois aura lieu pour autant que les ci-devant dites saisies, retenues et arrêts sont faits en Europe et en Barbarie ; mais, dans le cas où ils sont faits en dehors des limites ci-devant dites, les navires arrêtés ou effets précieux ne pourront pas être abandonnés après l'expiration d'une année, concernant cette année, après qu'une semblable déclaration, comme ci-dessus, sera faite, bien qu'entre temps, les assurés ne soient pas empêchés de prendre que sécurité des assureurs avec des cautions, des gages ou autrement, s'ils le trouvent convenable. Et les marchands qui ont chargé sur les ci-devant navires, ou d'autres pour leur compte, dans les ci-devant dits délais respectifs de six mois et d'une année, pourront mettre mes marchandises sur un autre ou d'autres navires pour accomplir leur voyage à la place de destination ; ou, dans le cas où ils ne faisaient pas une telle chose, l'assureur pourra la faire. Et, dans un tel cas, le ci-devant dit assureur sera tenu seulement aux frais, de plus, à l'armement, au fret et au dommage qui les marchandises pourront souffrir dans l'intervalle à la suite du ci-devant dit arrêt ».*

Middelburg, art. 15 : *« Et, dans le cas où que roi, prince, potentat ou seigneur, sur sa terre, retenait ou arrêtait quelque navire qui sortait pour un voyage, qu'il y eût un espoir d'obtenir de nouveau ce navire ou non, ou , pour autant qu'un navire devînt inutile ou incapable de faire le voyage de destination, dans les ci-devant dits cas, ceux qui, sur des navires de cette sorte, auront fait assurer, avec les marchands qui auront chargés des biens sur de tels navires, ou d'autres pour leur compte, seront tenus d'attendre six mois, avec les navires assurés arrêtés ou les effets précieux, que ces effets en fussent inquiétés ou non avant de pouvoir abandonner les ci-devant dits navires arrêtés ou effets précieux, à l'égard des six mois, depuis le moment où, par des notaires ou des personnes publiques, ils auront informé la majorité des assureurs qui se trouvent dans la place où l'assurance est faite de la circonstance et fait une déclaration. Ce ci-devant dit délai d'une demie année aura lieu, pour autant que les ci-devant dites saisies, retenues et arrêts se sont faites en Europe ou Barbarie ; mais, dans le cas où ils sont faits en dehors des limites ci-*

aussi le risque du transbordement par la police d'assurance (comme cela est maintenant communément fait). Cependant, l'assuré peut aussi dans le ci-devant dit délai de six mois ou d'un an, faire sa suite à raison des marchandises en gros gâtées, comme du blé, des fruits d'arbres, du vin, de l'huile, du sel, du sucre, du vif-argent, du suif, du beurre, du fromage, du houblon, du miel, en le faisant savoir à la majorité des assureurs [892].

[**Note de Willem Schorer**

Mettre une caution ou un gage. Non seulement dans ce cas, l'assuré peut demander aux assureurs un garant, mais aussi dans le temps intermédiaire, si l'un ou plusieurs des assureurs a été suspecté de ne pas être solvable, voir Heinecke, *Elementa juris Germanici*, lib. II, tit. 15, § 40.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

devant dites, alors, les navires arrêtés ou effets coûteux ne pourront être abandonnés qu'un année, à l'égard de cette année, après qu'une semblable déclaration, comme ci-dessus, sera faite. Bien qu'entre temps, pour les assurés, il n'y ait pas d'empêchement à prendre quelque sécurité des assureurs, avec des cautions, des gages ou autrement s'ils le trouvent convenable ; et les marchands qui, sur les ci-devant dits navires, ont chargé, ou d'autres pour leur compte, dans les ci-devant dits délai de six mois et d'une année, pourront charger les ci-devant dites marchandises sur un autre ou d'autres navire pour accomplir leur voyage à la place de destination ou, dans le cas où ils ne le faisaient pas, l'assureur pourra le faire et, dans un tel cas, le ci-devant dit assureur sera seulement tenu aux frais, en outre, à l'armement , au fret et au dommage que de telles marchandises pourront avoir soufferts dans l'intervalle à raison du ci-devant dit arrêt ».

Rotterdam, art. 12 : *« Lorsque le navire assuré est devenu innavigable ou que les navires assurés ou les autres biens sont volés, pris ou défaits par des pirates ou des ennemis, ou autrement, semblablement, gâtés, perdus ou sans espoir des les recouvrer, ainsi, l'assuré peut immédiatement abandonner de tels navires ou biens au profit des assureurs. Mais, si ces navires ou autres biens , par quelque rois, princes ou seigneurs, en Europe, Barbarie ou dans les îles de Canaries et autres situées auprès, étaient arrêtés ou retenus d'une façon telle qu'il n'y eut aucun espoir de les recouvrer, ainsi, ils ne pourront abandonner les ci-devant dits biens que six mois après qu'ils ont déclaré le ci-devant dit accident à la plupart des assureurs par le biais d'une personne publique. Et, si cet accident se produisait en dehors de l'Europe, de la Barbarie ou des ci-devant dites îles, ainsi, après une semblable déclaration comme ci-dessus, ils devront attendre une année entière avant de pouvoir abandonner les ci-devant dits biens, cependant, avec un tel entendement que les assurés pourront réclamer dans l'intervalle une telle caution ou un tel gage avec lequel il peuvent être en sécurité pour leur assurance et que le ci-devant dit délai n'aura pas lieu lorsque l'assurance est faite sur certains biens qui peuvent rapidement se gâter ou s'évaporer, comme du vin, des fruits, des grains et d'autres énumérés ci-dessus dans l'article 3 ; lesquels biens, étant arrêtés ou retenus de la manière ci-devant dite, pourront être immédiatement abandonnés, si, en toute probabilité, ceux-ci étaient en totalités perdus ».*

Art. 13 : *« Quand un navire assuré est innavigable ou arrêté avant qu'il soit arrivé à la place de son plus tardif ou dernier déchargement désigné dans la police et que les biens assurés s'y trouvant ne sont pas arrêtés, ou, étant arrêtées, étaient relâchées, le ci-devant dit navire restant en arrêt, ainsi, les assurés ou leurs commis peuvent transférer ou charger sur un autre navire les biens assurés pour les faire conduire avec lui à la place du ci-devant dit dernier déchargement et les assureurs courront un semblable péril et risque comme ils l'auraient fait, dans le cas où ces biens étaient restés dans le premier navire. Et, outre cela, les assurés devront compenser les frais de rechargement dans les deux navires et les dommages que les biens , par cela et par l'arrêt, pourront souffrir, avec tout ce que l'assuré devra donner en plus du fret qu'il aurait fait si le premier navire avait accompli son dernier voyage ».* Cf. pour les texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 125-127, 173-174 et 157-158.

[892] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance [d'Amsterdam], art. 9 ; l'ordonnance de Middelburg, art. 16 et dans le ci-devant dit art. 12.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 9 : *« Mais, à l'égard des marchandises en gros gâtées, comme du vin, des fruits, du grain et d'autres spécifiés dans l'article 16 ci-après, l'assuré ne sera pas tenu d'attendre le ci-devant dit délai de six mois ou d'un an, mais son action ou sa mainlevée pourra suivre, s'il le trouve convenable ; cependant, il sera tenu envers la majorité des assureurs, de faire déclarer la situation de ces biens ».*

Middelburg, art. 16 : *« Mais, à l'égard des marchandises en gros gâtées, comme du vin, des fruits, du grain et d'autres spécifiés ci-devant dans l'article 5, l'assuré ne sera pas tenu d'attendre le ci-devant dit délai de six mois ou d'un an, mais son action ou sa mainlevée pourra suivre s'il le trouve convenable ; cependant, il sera tenu envers la majorité des assureurs, comme ci-dessus, de faire déclaration de la situation de ces biens ».*

Art. 12 : *« Et, dans le cas où quelque navire assuré ou un bien, pendant un an et un jour après qu'il est assuré et du port où il est chargé, est parti et reste en arrière sans que l'on n'en ait entendu, dans l'intervalle, à la place de chargement ou de destination pour le déchargement, des nouvelles pour autant qu'il est en Europe, Barbarie ou dans les environs, ainsi, ce navire et ce bien sont tenus pour perdus et l'on peut en faire déclaration aux assureurs et trois mois après, en réclamer le paiement ; et, concernant les place sui sont situées plus loin, on observera désormais le délai de deux ans ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 127, 174 et 172.

DCCLIV. Si le navire dans lequel les marchandises assurées sont transportées a été retenu par un peuple étranger ou rendu inapte à naviguer avec un vice plus grave, les marchandises peuvent être transportées dans un autre navire à la place de destination ; si le vice est d'une moindre importance, un petit délai pour qu'entre-temps, le navire soit réparé, doit être attendu par l'assuré, voir la loi d'Amsterdam, art. 8, la nouvelle, art. 26 ; la loi de Middelburg, art. 15 ; la loi de Rotterdam, art. 13, et la nouvelle, art. 53 et 54 ; la loi de Dordrecht, art. 55.

DCCLV. Le navire assuré, si, avec un accident plus grave, sans le dol du patron, il a été rendu tout à fait inapte à naviguer, peut être immédiatement abandonné à l'assureur, voir la loi de Rotterdam, art. 12, et la nouvelle, art. 62 ; la loi de Dordrecht, art. 64. Si le défaut est plus léger, la petite dépense et le devoir de réparer le navire incombe à l'armateur ou au patron et doit être soigneusement accompli par ceux-ci, ou cela est ordinairement disposé dans l'instrument même de l'assurance, voir *Tweede vervolg der handvesten van Amsterdam*, p. 92. Le navire ayant été retenu par un arrêt, un délai de six mois ou d'un an doit être attendu avant qu'il puisse être abandonné à l'assureur qui, en donnant un garant ou un gage, doit donner garantie dans l'intervalle quant au dommage, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 26 ; la nouvelle loi de Rotterdam, art.65 et 66 ; la loi de Dordrecht, art. 67 et 68.]

§ 13. Un navire étant devenu innavigable, semblablement, un navire et des biens étant pillés par des ennemis ou des pirates, ainsi, l'assuré peut immédiatement faire abandon de toute la moitié et actionner en justice les armateurs qui, dans **[373]** les trois mois, devront payer l'assurance [893].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLVI. Le navire ayant été capturé par des ennemis ou ceux qui pillent de façon hostile, l'assuré peut immédiatement céder à l'assureur celui-ci même ou les marchandises assurées et il n'est pas tenu d'attendre l'espoir de les racheter ou de les recouvrer en justice, bien que, dans l'intervalle, il doive agir vigoureusement pour cette affaire, voir *Nederlandsche advijsen*, part. III, cons. 248 ; *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 14, p. 70 à la fin, 71 à la fin, cons. 16, p. 88, et cons. 23, p.130.

DCCLVII. Le dommage dont l'assureur a pris sur lui la prestation doit être réparé dans la plupart des places dans les trois mois ; mais, à Rotterdam, dans la nouvelle loi, art. 68, et dans la loi de Dordrecht, art. 70, dans un mois. Mais il doit être en entier réparé, excepté dans le cas de la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 33.]

§ 14. L'assuré est tenu de faire connaître tout ce qu'il obtient d'une inquiétude ou d'un dommage aux assureurs, [la majorité des assureurs se trouvant dans la place où l'assurance

---

[893] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 25, de Middelburg, art. 26, de Rotterdam, art. 15, les coutumes d'Anvers, tit. 54 *(Des contrats d'assurance, des gageures et du jeu)*, art. 14.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 25 : *« Et, lorsqu'un navire assuré est devenu innavigable ou lorsque les navires assurés ou d'autres biens sont pillés, capturés ou autrement seront sûrement gâtés, perdus ou sans espoir de les recouvrer, ainsi, l'assuré peut abandonner de tels navires et biens au profit de l'assureur ; et cela étant fait convenablement, les assureurs, après la déclaration de cela, ont trois mois pour fournir le paiement du montant par eux assuré ».*

Middelburg, art. 26 : *« Et, lorsqu'un navire assuré est devenu innavigable ou lorsque les navires assurés ou d'autres biens sont pillés, capturés par des ennemis ou des pirates, ou autrement, seront sûrement gâtés, perdus ou sans espoir de les recouvrer, ainsi, l'assuré peut abandonner de tels navires et biens au profit des assureurs. Et, cela étant convenablement fait, les assureurs, après la déclaration de cela, ont trois mois pour fournir le paiement du montant assuré par eux ».*

Rotterdam, art. 15 : *« Les assurés qui peuvent ou veulent abandonner leurs biens au profit des assureurs devront le déclarer par l'intermédiaire d'une personne publique par écrit à leurs assureurs et trois mois après, avant non, ils pourront réclamer à chacun de ceux-ci ce qu'ils ont assuré sur les biens abandonnés ou signé de la manière ci-devant dite ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 14 : *« Item, lorsque l'assuré a des nouvelles que le navire assuré est devenu innavigable ou que le navire ou le bien est retenu, pillé ou capturé par des ennemis pour par force de représailles, dans ces semblables cas, l'assuré peut abandonner le navire ou le bien assuré au profit de l'assureur. Et ceci étant fait, l'assureur est tenu dans les trois mois après la déclaration de payer le montant par lui assuré ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 131-132, 177, 159 et 186.

a été faite][894], par le biais de courtiers ou d'autres personnes qui exercent une fonction publique [895].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLVIII. Tout ce qui est venu à la connaissance de l'assuré quant au dommage déjà causé aux biens assurés ou les menaçant doit rendre l'assureur plus certain de ce bien et, à Amsterdam, certes, par le biais du secrétaire ou d'un appartiteur de l'assemblée qui connaît des affaires maritimes, comme cela a été disposé de façon appropriée dans la nouvelle loi, art. 36 et le dernière de 1756, art. 36.]

§ 15. Du dommage qui survient aux biens à partir d'eux-mêmes sans un accident extérieur, comme aussi du dommage qui ne monte pas au-dessus de un pour cent, l'assureur n'est pas tenu [896].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLIX. L'assureur n'est pas tenu du vice interne des marchandises assurées qui a été contracté sans faute du patron ou des matelots et sans une faute extérieure, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 32 ; la nouvelle loi de Rotterdam, art. 45 ; la loi de Dordrecht, art. 47. La même chose a été statuée quant au vice interne du navire dans ladite loi d'Amsterdam, comme il a aussi été répondu, voir *Verzameling van casuspositien etc.*, cas. 19.

DCCLX L'assureur n'est pas tenu de la réparation du dommage qui, à Middelburg, certes, ne dépasse pas un pour cent, voir la loi de Middelburg, art. 18, mais à Rotterdam et à Dordrecht, trois pour cent, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 44, la loi de Dordrecht, art. 46. Ce qui [triomphe], plus tard aussi, à Amsterdam, où l'ancienne loin art. 26, statuait la même chose, et ce qui triomphe à Middelburg, mais la nouvelle loi garde le silence quant à cette affaire, semblent avoir été reçus dans l 'usage et la coutume, même si cela, un pacte ayant été ajouté, n'a pas été expressément disposé.

Le dommage semble devoir être réparé partout à trois pour cent sans aucune déduction, comme, du moins, cela est expressément enseigné dans la formule d'assurance d'Amsterdam, voir la *Tweede vervolg der handvssten van Amsterdam*, p. 93, aux mots *en dat zonder korting* - "et cela, sans déduction".

Mais cependant, il est de même généralement coutumier que deux pour cent soient déduits dans l'estimation et la réparation du dommage chaque fois que le dommage lui-même est plus

---

[894] Ce passage a été rajouté dans le manuscrit de Lund par Grotius, cf. p. 276.

[895] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 28, de Middelburg, art. 21.

(Notre traduction du néerlandais pour ces deux textes) Amsterdam, art. 28 : *« Seront en outre généralement tenus tous les assurés, à la majorité des assureurs qui se trouvent dans la place où l'assurance a été faite, de faire déclarer par l'intermédiaire des courtiers ou d'autres personnes publiques les avertissements qu'ils obtiendront des accidents, arrêts ou dommages arrivés aux navires ou aux autres biens assurés ; de cette déclaration, les courtiers ou autres personnes publiques seront tenus de tenir notice ».*

Middelburg, art. 21 : *« En outre, tous les assurés seront tenus de faire déclarer à la majorité des assureurs qui se trouvent dans les places où l'assurance est faite par l'intermédiaire de notaires ou autres personnes publiques les avertissements qu'ils obtiendront des accidents, arrêts ou dommages arrivés aux navires ou autres biens assurés ; ce cette déclaration, les notaires ou autres personnes publiques seront tenus de tenir notice ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 132 et 177-178.

[896] (Note de Groenewegen) Voit la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 26, de Middelburg, art. 18, et de Rotterdam, art. 17.

(Notre traduction du néerlandais pour ces trois textes) Amsterdam, art. 26 : *« Item., lorsque le dommage aussi bien de la ci-devant dite avarie qu'autrement n'excède pas un pour cent, l'assureur ne sera pas tenu à quelque dommage ou à une réparation ».*

Middelburg, art 18 : *« Item. Lorsque le dommage aussi bien de la ci-devant dite avarie qu'autrement n'excède pas un pour cent, l'assureur ,ne sera pas tenu à quelque dommage ou réparation ».*

Rotterdam, art. 17 : *« Lorsque le dommage, que ce soit d'une avarie ou autrement, n'excède pas un pour cent, item, lorsque les biens assurés par eux-mêmes, sans que quelque fortune extérieure arrive, en tout ou en partie, se gâtent, ainsi , les assureurs ne seront tenus à aucun dommage, à moins qu'ils n'eussent pris ce péril spécialement dans la police d'assurance ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 132, 175 et 159-160.

important que cinquante pour cent et la chose elle-même non déduite dans le jugement est terminée avec une transaction.]

§ 16. Celui qui ne charge pas ou n'envoie pas ce qu'il a fait assurer, ou charge et envoie moins ou que cela ne lui est pas envoyé d'une façon telle qu'il les fasse assurer, peut redemander la prime [897] en laissant à l'assureur un demi pour cent [898].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXI. Les marchandises dont l'assurance a été faite n'ayant pas été envoyées ou peu ayant été envoyées, ou enfin, ayant été assurées à un plus grand montant que valent celles qui ont été envoyées, la prime d'assurance peut être répétée en en déduisant les deux centièmes, mais, si les marchandises avaient déjà été chargées sur de plus petits navires transporteurs, en déduisant un centième, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 23. Semblablement, si, en dehors de l'envoi des marchandises à l'étranger, dans un seul et même contrat, celles-ci ont été assurées, avec lesquelles le navire chargé revient à domicile (*de retour*), mais qu'aucune de cette sorte ne sont remises à domicile, la répétition de la prime payée pour celles-ci est accordée, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 19, p. 112 et suivantes. En outre, il y a la même répétition si le navire assuré lui-même n'entreprend pas sa route, mais en retirant un centième, voir la nouvelle loi d'Alsterdam, dans ledit art. 23, ou aussi, si, à destination de différents ports, il a seulement abordé certains et bientôt, reste sur sa route, pourvu que, cependant, dans ce cas, la prime ait été établie de port à port ou pour chaque port ; car, si elle a été déterminée une et indivise pour toute la navigation, elle n'est pas moins retenue en entier, comme il a été répondu le 28 octobre 1790, voir *Verzameling van casuspositien etc.*, cas. 20.

DCCLXII. À Rotterdam, cette restitution de la prime payée pour des marchandises non envoyées cesse, si le nom du navire ou du patron n'a pas été exmprimé dans l'instrument, à moins que l'on n'ait autrement convenu de cette affaire en contractant l'assurance, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 56-58. La même chose a été statuée dans la loi de Dordrecht, art. 58-60.]

---

[897] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 22, de Middelburg, art. 24, de Rotterdam, art. 18 ; les coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 11 ; le placard du 31 octobre 1563, tit. VII, art. 15 et 16. Voyez en outre les *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, avis 234.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 22 : *« Item, quand quelqu'un a fait assurer sur des biens qu'ensuite, il n'envoie ou ne charge pas ou qu'ils ne lui sont pas envoyés, ou qu'aussi, il a été moins chargé qu'il a fait assurer, il peut redemander le prix de l'assurance en laissant à l'assureur un demi pour cent ».*

Middelburg, art. 24 : *« Item. Quand quelqu'un se fait assurer sur des biens qu'ensuite, il n'envoie et ne charge pas, ou qu'ils ne lui sont pas envoyés, ou qu'aussi, il a été moins chargé qu'il a fait assurer, il peut redemander le prix de l'assurance en laissant à l'assureur un demi pour cent ».*

Rotterdam, art. 18 : *« Quand quelqu'un s'est fait assurer sur des biens qu'ensuite, il n'envoie pas ou que ceux-ci ne lui sont pas envoyés, ou qu'aussi, il a été moins chargé qu'il a fait assurer, il n'est pas tenu de payer quelque prime de ce qu'il n'a pas chargé et, s'il l'a payée, il la répétera en laissant ou donnant à l'assureur un demi pour cent ; et cela aura seulement lieu quand l'assuré, dans sa police, a fait indiquer les noms du patron et du navire dans lequel il a chargé les biens assurés ou a destiné de les charger, faute de cela, il sera observé ce qui est dit ci-dessus dans le septième article ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 11 : *« Item, quand quelqu'un s'est fait assurer sur des biens qu'ensuite, il n'envoie ou ne charge pas, ou qui ne lui sont pas envoyés, ou qu'aussi, il a été moins chargé qu'il a fait assurer, il peut redemander le prix de l'assurance en laissant aux assureurs un demi pour cent ».*

Placard de 1563, tit. VII, art. 15 : *« Et, s'il arrivait que des biens pussent être trouvés être assurés dans diverses places et cela, sans fraude des assurés, dans ce cas, la première assurance aura seule lieu, dans le cas où celle-ci est suffisante pour la totalité des biens, pour autant qu'il est permis de pouvoir assurer, sinon, le reste restera sur l'assurance suivante, laquelle, pour autant qu'elle excède ce reste, sera nulle et de nulle valeur. Sauf cependant que l'assureur, à cause de cela, pourra retenir un demi pour cent selon l'ancienne coutume pour la tenue de ses livres et autrement ».*

Art. 16 : *« Que quiconque qui se fait assurer sur quelque bien, marchandise ou navire d'un voyage déterminé, qu'il pense que ses facteurs ou maîtres pensent faire et cependant, ne font pas, de sorte qu'ils ne courent aucun péril ou risque, cela étant déclaré dans les quatre mois après la date de l'assurance, celui-ci pourra réclamer des assureurs le prix de l'assurance en laissant à l'assureur un demi pour cent pour la confection de ses livres, comme ci-devant ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 131, 176-177, 160, 185 et 99-10.

[898] (Note de Groenewegen) Voir les articles cités dans la note précédente. Voyez en outre ci-devant les observations, note **19.**

§ 17. Le dernier assureur a autant de parts que le premier en gain ou en perte [899].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXIII. Plusieurs assureurs qui ont souscrit au même instrument, même dans des temps différents sont jugés avec un droit égal pour la réparation du dommage causé et aussi, si la chose le demande, la restitution de la prime, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 24 ; la nouvelle loi de Rotterdam, art. 59 ; la loi de Dordrecht, art. 61, à savoir en tenant compte du montant auquel chacune s'est obligé, voir la loi de Rotterdam, art. 19 à la fin, et la nouvelle, art. 70 ; la loi de Dordrecht, art. 72. De même aussi, si vous regardez la règle, il en va du droit quant à ceux qui ont souscrit dans des contrats différents ; pour cette raison aussi, les lois anciennes ne font pas de distinction entre un seul ou plusieurs contrats, voir le placard de Philippe II de 1570, art. 13 ; la loi d'Amsterdam, art. 23 ; la loi de Middelburg, art. 25, et la loi de Rotterdam, art. 19. Mais, si l'assurance a été faite avec plusieurs instruments et qu'il est prouvé qu'elle dépasse la valeur du bien assuré, dans les nouvelles lois, une certaine exception à cette règle a été reçue sur ce point, de sorte que ceux qui ont souscrit au premier instrument restent obligés à tout le montant, les autres seulement au montant qui dépasse jusqu'à ce qu'ils soient libérés de la garantie du risque et qu'en retour, ils soient tenus de restituer la prime, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, dans ledit art. 24. Ce qu'avait déjà disposé le placard de Philippe II [de 1563], tit. 7, art. 15, n'est pas dissemblable, de sorte que, si deux fois, le même bien a été assuré de bonne foi dans des places différentes et à plus forte raison, dans des contrats différents, seul, de même, le contrat qui est le premier dans le temps reste confirmé, le second sera annulé, du moins dans la mesure où le premier n'a laissé rien de reste qui puisse encore être assuré.

DCCLXIV. À partir du fait que la loi elle-même a voulu que, de là, depuis le premier moment de la conclusion du contrat d'assurance, la condition de tous les assurés soit régulièrement égale, voir la thèse précédente, et a voulu que chacun soit à plus forte raison tenu seulement à proportion du montant auquel il s'est obligé, il s'ensuit que plusieurs assureurs ne sont pas codébiteurs de celui qui doit et que, par conséquent, l'indigence du seul qui a cessé d'être solvable ne charge pas les autres, mais l'assuré lui-même auquel, pour cette raison, si, peut-être, un cas fortuit de cette sorte arrive, il est licite de contracter une nouvelle assurance sur tout événement dans cette forme que la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 25, et son ampliation de 1756 ont déterminée. Semblablement, à partir du même principe, il est fait en sorte que l'assuré peut toujours renvoyer de l'affaire les assureurs qu'il a voulu, qu'ils aient souscrit les premiers ou en second, même contre le gré des autres ; car, ceux-là même qui subsistent, certains ayant été renvoyés, ne sont jamais pour cela obligé à plus qu'à ce à quoi ils avaient été une bonne fois obligés ; le péril restant restera déjà lui-même assuré. Mais, si, au-delà de la valeur du bien ou aussi, deux fois, l'assurance a été faite, la chose sera encore tenue à autant pour les autres certes qui n'ont pas été renvoyés, comme si les autres n'avaient pas été renvoyés, du fait que leur obligation a été diminuée par la loi elle-même, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 70 ; la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 24, ou celle déclarée annulée de Philippe II de 1563, tit. 7, art. 15, par la libération faite des autres contre leur gré et à leur insu, elle ne peut pas être augmentée ou revivre ; ajoutez D. 50, 17 *Des règles de l'ancien droit)*, 155 et D. 12, 2 *(Du serment volontaire, nécessaire ou judiciaire)*, 10. Mais, pour ce qui touche l'assuré lui-même, le contrat reste confirmé et à lui, contre ceux qu'il a renvoyés, aucune action ne se présente plus, leur risque ayant été transféré sur lui-même ; cf. D. 1, 7 *(Des adoptions, des émancipations et des autres façons avec lesquelles la puissance est dissoute)*, 25 ; C. 2, 3 *(Des pactes)*, 4 ; D. 21, 1 *(De l'édit des édiles, de la reprise et de la diminution du prix)*, 14 § 9. À partir de ces principes, le témoignage ou le préjudice des marchands d'Amsterdam du 21 octobre 1599 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 541 à la fin et suivante, doit être entendu ou corrigé. Toutes les autres choses quant à cette question agréent à Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, p. 531 et suivantes.

[899] (Note de Groenewegen) Voir la ci-devant dite ordonnance d'Amsterdam, art. 23, de Middelburg, art. 25.

(Notre traduction du néerlandais pour ces deux textes) Amsterdam, art. 23 : *« Le dernier assureur participera dans l'assurance autant que le premier, que ce soit en perte ou en gain »*.

Middelburg, art. 25 : *« Le dernier assureur participera dans l'assurance autant que le premier, que ce soit en perte ou en gain »*. Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement, p. 131 et 177.

DCCLXV. Cependant, cette communauté de droit entre plusieurs assureurs n'empêche pas que, pour ceux qui ont souscrit au même contrat, peut-être, à des moments différents, une prime différente d'assurance est établie.]

§ 18. Une prime d'assurance qui ne monte pas au-dessus de sept pour cent doit être payée comptant ; étant plus élevée, elle doit être payée dans les six mois après la signature et, dans le cas où la prime était entre sept et quatorze pour cent, ainsi, la moitié doit être payée comptant et l'autre moitié, six mois après [900].

[**Note de Willeù Schorer sur la note 900 de Groenewegen van der Made**
Ce que Groenewegen tient ici dans sa note quant au paiement de la prime d'assurance ne procède pas, comme l'a déjà enseigné l'auteur dans la note 860, ce que nous avons aussi ici relevé.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCLXVI. La prime d'assurance de n'importe quelle grandeur, dans le droit nouveau, doit, à Amsterdam, être immédiatement payée au moment où l'instrument est signé. Mais, si la foi du courtier est tenue paerl'assyreur, celui-ci seul peut petre cité en justice à l'avenir, à moins que l'ssuré ne puisse prouver que, peutêtre, celui-ci ayant cessé d'petre solvable, il lui a déjà payé la prime, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 37. Mais la demande est faite avec la seule action personnelle et aucun gage pour sa sûreté, que ce soit sur le bien assuré lui-même ou sur les autres biens du débiteur, n'a été procuré à l'assureur par la loi, voir les *Hollandsche consultatien*, oart. I, cons. 282 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 2, p. 538. Cependant, un droit de rétention a été accordé dans l'instrument lui-même d'assurance au courtier qui a prorogé la prime pour l'assureur, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 39.]

[374] § 19. L'assuré, après avoir passé le temps légal du paiement de la prime, et l'assureur, après avoir fait le partage du dommage, qui sont en défaut de paiement sont réciproquement tenus pour un manque à gagner de douze pour cent [901].

---

[900] (Note de Groenewegen) Voir la *willekeur* d'Amsterdam du 26 janvier 1610, art. 1 et 2. Cependant, par la suite, le 5 décembre 1620, par le tribunal d'Amsterdam , il est établi que toute prime quelle qu'elle puisse être et à combien de pour cent qu'elle pourrait monter, avec la signature de la police, devra être payée en argent comptant sous peine de nullité ; dans le cas où quelqu'un sera trouver avoir agi contre cela, étant bien entendu que, de toutes les assurances qui sont faites pour l'aller et le retour, la prime pour l'aller et le retour devra être payée et, pour le retour, avant l'arrivée des navires et que, de toutes les assurances qui sont faites au mois, la prime devra être payée en argent comptant pour autant de mois qu'il est stipulé dans la police d'assurance, voir les privilèges et *willekeuren* d'Amsterdam imprimés en 1624, p. 137.

(Notre traduction du néerlandais) *Willekeur* d'Amsterdam de 1610, art. 1 : *« Que, désormais, toutes les primes d'assurances qui n'excèdent pas sept pour cent devront être immédiatement payées en argent comptant, sans que, dans les règlements qui seront faits par la Chambre d'assurance, les ci-devant dites primes soient déduites du dommage, mais elles seront comptées et tenues pour payées ».*

Art. 2 : *« Et, concernant les primes qui excèdent sept pour cent, celles-ci devront être payées dans les six mois après la date de la signature ; étant bien entendu que, quand pour aller et venir, la prime monte à plus de sept pour cent jusqu'à quatorze pour cent inclusivement, alors, la moitié des primes sera payée comptant et l'autre moitié six mois après comme ci-devant avec un intérêt de douze pour cent depuis l'expiration des ci-devant dits six mois jusqu'au paiement effectif ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 139.

Extrait de l'ordonnance de 1620 : (notre traduction du néerlandais) *« (…) Et, puisqu'il est nécessaire qu'il y soit pourvu, il y a ainsi que messieurs du tribunal, renouvelant en partie la ci-devant dite* willekeur [de 1610] *et l'augmentant en partie ont de plus ordonné, statué et établi avec cela que, désormais, toutes les primes d'assurance, quelles qu'elles soient et à combien de pour cent qu'elles pourraient aussi monter, avec les signatures des polices d'assurance, devront être payées comptant sous peine que toutes les polices seront de nulle valeur, dans le cas où quelqu'un pouvait être trouvé avoir agi au contraire. Étant bien entendu que, de toutes les les assurances qui sont faites pour l'aller et le retour, les primes pour l'aller devront être payées comptant et, pour le retour, à l'arrivée des navires. Et que, de toutes les assurances qui sont faites au mois, la prime devra être payée comptant pour autant de mois qui seront stipulés par l'assuré dans la police d'assurance ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, p. 142.

[901] (Note de Groenewegen) Voir la *willekeur* d'Amsterdam de 1610, art. 3.

[**Note de Willem Schorer sur la note 901 de Groenewegen van der Made**

Nous avons déjà relevé cela ci-dessus, sur le chap. X, § 10, aux mots *Maar onder kooplieden* - "Mais, parmi les marchands" et l'art. 34 de l'ordonnance sur les assurances à Middelburg regarde cela.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXVII. Les intérêts de la prime non payée par le courtier, du fait que le droit de l'ancienne loi d'Amsterdam de 1610 ne peut plus venir en usage à partir de l'esprit de la nouvelle loi, sont maintenant considérés êyre ordinaires. Mais l'assureur de ce montant auquel il a été condamné après la détermination du dommage, doit payer des intérêts de 8 %, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 50, intérêts auxquels, s'ils ont été demandés, il est de même tenu, bien qu'ayant été absous en première instance, il ait été condamné dans le jugement d'appel, bien quici, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 3, p. 547 et suivante, et cap. 4, p. 550 ; cependant, avec les arguments de celui-ci, si je ne me trompe, ils peuvent être facilement payés.]

§ 20. Celui qui, sans cette convention, contracte frauduleusement est tenus de tous les frais, dommages et manque à gagner, outre la peine de l'autorité suprême [902].

§ 21. Une réclamation contre l'assureur doit être instituée dans l'année et demie, dans le cas où l'accident est tombé en Europe ou en Barbarie ; mais, s'il est tombé plus loin, dans les trois ans [903] ; ces délais doivent être comptés à partir du moment où l'accident est arrivé,

---

(Notre traduction du néerlandais) Art. 3 : *« Les assureurs seront aussi tenus, quand, par la Chambre d'assurance ici, quelques répartitions du dommage seront faites et accordées, de compenser et de payer immédiatement ces dommages ; et, à défaut de cela, l'assureur devra payer à l'assuré un intérêt de douze pour cent par an depuis le moment où les ci-devant dites répartitions seront faites et accordées jusqu'au paiement effectif de l'argent auquel l'assureur, par la ci-devant dite Chambre, pourrait être condamné ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 140.

[902] (Note de Groenewegen) Voir l'ordonnance des assurances d'Amsterdam de 1598 [et non 1589 comme l'annonce le texte imprimé qui fait ici une coquille], art. 31, et de Middelburg, art. 30.

(Notre traduction du néerlandais pour ces deux textes) Amsterdam, art. 31 : *« Et, puisque les contrats d'assurance sont tenus et estimés pour des contrats de bonne foi, dans lesquels il est convenable qu'aucune faute ni tromperie ne soient faites, dans le cas où l'on trouve qu'à raison des assurés ou des assureurs, maîtres, patrons, pilotes ou autres, quelque fraude, tromperie ou ruse y est faite, ceux-ci ne profiteront non seulement pas d'une fraude et d'une ruse, mais ils seront aussi tenus aux pertes, dommages et intérêts causés par eux, châtiés et punis sur le corps exemplairement en crainte et exemple pour les autres, certes, de la mort comme pirates et voleurs manifestes, dans le cas où il est trouvé qu'ils avaient utilisé quelque notable malversation ou ruse, le tout selon les placards qui existent de cela ».*

Middelburg, art. 30 : *« Et, puisque les contrats d'assurance sont tenus et estimés pour des contrats de bonne foi, dans lesquels il est convenable qu'aucune faute ni tromperie ne soient faites, dans le cas où l'on trouve qu'à raison des assurés ou des assureurs, maîtres, patrons, pilotes ou autres, quelque fraude, tromperie ou ruse y est faite, ceux-ci ne profiteront non seulement pas d'une fraude et d'une ruse, mais ils seront aussi tenus aux pertes, dommages et intérêts causés par eux, châtiés et punis sur le corps exemplairement en crainte et exemple pour les autres, certes, de la mort comme pirates et voleurs manifestes, dans le cas où il est trouvé qu'ils avaient utilisé quelque notable malversation ou ruse, le tout selon les placards qui existent de cela ».* Cf. pour les textes en néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 133 et 178-179.

[903] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites ordonnances d'Amsterdam, art. 13, de Middelburg, art. 19 et de Rotterdam, art. 16.

(Notre traduction du néerlandais pour ces trois textes) Amsterdam, art. 13 : *« Et, concernant les navires ou marchandises assurés qui seront perdus, pillés, gâtés ou autrement endommagés, les assurés seront tenus d'intenter leur action de dommage contre les assureurs au plus tard dans l'année et demie après qu'un tel dommage sera fait. Cela est toujours à entendre pour des choses qui sont faites en Europe ou Barbarie, mais pour la perte faite plus loin, il y aura trois ans pour cela ».*

Middelburg, art. 19 : *« Et, concernant les navires ou marchandises assurés qui seront perdus, pillés, gâtés ou autrement endommagés, les assurés seront tenus d'intenter leur action de dommage contre les assureurs au plus tard dans l'année et demie après qu'un tel dommage sera fait. Cela est toujours à entendre pour des choses qui sont faites en Europe ou Barbarie, mais pour la perte faite plus loin, il y aura trois ans pour cela ».*

Rotterdam, art. 16 : *« De semblables choses, ils seront aussi tenus de faire au regard du dommage que leurs biens assurés ont souffert et les assurés devront intenter leurs actions qu'ils prétendent contre leurs assureurs, que ce soit à cause d'une avarie ou d'un dommage, ou que les biens soient des biens en totalité perdus ou gâtés, dans l'année et demie après que la ci-devant dite avarie ou perte respective, en Europe, Barbarie ou les îles des Canaries, sera faite et tombée ; mais, si celles-ci sont tombées ou*

à moins que le dommage ou la détérioration ne fût celui que l'on a coutume de porter en avarie, dans lequel cas les délais seraient comptés après le jour du déchargement [904]. Cependant, du dommage tombé sur des marchandises en allant et venant sur terre ou sur l'eau douce, la réclamation doit être faite dans l'année [905].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXVIII. Les juges délégués à ces causes connaissent des assurances, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 43 et 44, et à partir de l'appel, les échevins, art. 49, non la Cour en première instance à partir du privilège des pupilles ou des veuves et à partir d'une prorogation de juridiction, voir la *Nader ampliatie der Instructie van den Hove* de 1644, art. 8, à raison cependant le la constance de la cause dont les partenaires habitaient dans des endroits différents, la juridiction de la Cour a été parfois approuvée par les États, en rejetant les plaintes des magistrats d'Amsterdam auxquelles, cependant, comme aussi dans les autres places où les juges délégués sont présents à ces causes, dans le même temps, il a été permis qu'à l'avenir, elle prolonge expressément la juridiction de son tribunal, dans les causes de cette sorte, au contrat lui-même, voir le décret de Hollande du 12 juillet 1736 dans le *Groot Placet-boek*, partie VII, p. 933 ; les *Handvesten van Amsterdam*, p. 662, joint aux formules des assurances, ici même, p. 668 et

---

faites en dehors des ci-devant dites limites, ainsi, les assurés devront intenter leurs actions dans les trois ans, le tout sous peine qu'ils seront déchus de leurs actions, avec cependant un entendement tel qu'ils pourront être relevés de cette déchéance pour des raison légales ». Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 128, 175 et 159.

[904] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites ordonnances d'Amsterdam, art. 12, de Middelburg, art. 17 ; à Rotterdam, après que l'avarie et la perte est tombée et faite, voir le ci-devant dit art. 16.

(Notre traduction du néerlandais pour les deux premiers articles) Amsterdam, art. 12 : *« Et, pour un dommage ou une détérioration des navires ou des biens assurés (cela est appelé avarie), l'action devra être intentée au plus tard dans le délai d'un an et demi, lorsque l'avarie est tombée dans les limites de l'Europe ou de la Barbarie ; et, lorsque celle-ci est tombée en dehors de là, dans le délai de trois ans, le délai d'un an et demi et de trois ans commençant après que les navires seront en totalité déchargés ».*

Middelburg, art. 17 : *« Et, pour le dommage ou la détérioration des navires ou des biens assurés qui est appelé avarie, l'action devra être intentée au plus tard dans le délai d'un an et demi, lorsque l'avarie est tombée dans les limites de l'Europe ou de la Barbarie ; et, lorsqu'elle est tombée en dehors de là, dans le délai de trois ans, les délais respectifs d'un an et demi et de trois ans commençant après que les navires seront en totalité déchargés.* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 127-128 et 174-175.

L'article 16 de l'ordonnance de Rotterdam est présenté dans la note précédente.

[905] (Note de Groenewegen) Voyez les ci-devant dites ordonnances d'Amsterdam, art. 15, de Middelburg, art. 27 ; mais, suivant le ci-devant dit placard du 31 octobre 1563, tit. VII, art. 17, la réclamation doit sans distinction être faite dans les quatre ans après que la police d'assurance a été signée.

(Notre traduction du néerlandais pour ces trois articles) Amsterdam, art. 15 : *« Mais, à l'égard des autres marchandises qui vont et viennent sur terre ou sur eaux douces, vu qu'il n'y a pas de risques aussi importants que sur la mer, on se réglera cependant de telle manière que les marchands pourront s'accorder de la meilleure façon en contractant ; excepté que les ci-devant dites assurances ne pourront être faites que sous la valeur des ci-devant dits biens assurés, en comptant la même valeur que celle qui est indiquée dans l'article 2 de cette ordonnance ; mais, le dixième restera au risque du marchand qui les aura chargées. Cependant, les voituriers et charretiers ne pourront faire aucune assurance, ni ne pourront les ci-devant dits voituriers faire assurer leurs voitures, leurs charrettes ou leurs chevaux que sous la moitié de leur valeur, mais aucunement leur rémunération ou leurs gages ».*

Middelburg, art. 27 : *« Et dans les affaires d'assurance des marchandises qui vont et viennent à terre ou sur eaux douces ou eaux intérieures, vu que le risque n'y est pas si important que sur mer, on devra les réguler selon la manière que les marchands, dans leurs contrats, pourront trouver la meilleure pour s'accorder, excepté le fait que de telles assurances ne pourront avoir lieu que sous la valeur des mêmes marchandises assurées, à compter la même valeur dont il est question dans le troisième article de cette ordonnance, mis le dixième restera au risque du marchand qui les aura chargées ; toutefois, les voituriers, transporteurs et charretiers ne pourront faire aucune assurance, ni ne pourront les ci-devant dits voituriers faire assurer leurs voitures, charrettes ou chevaux que sous la moitié de leur valeur, mais aucunement leur rémunération ou leurs gages. De même, l'action d'avaries affectant de telles marchandises devra être intentée au plus tard dans le délai d'une année après qu'elles doivent être survenues, de même que l'action pour les autres dommages devra l'être au plus tard dans le délai d'une année après que le dommage se sera produit ».*

Placard de 1563, tit. VII, art. 17 : *« Quiconque qui veut réclamer quelque chose à partir de la force de quelques polices d'assurance, sera tenu de le faire en justice dans les quatre ans après la date de la souscription de celles-ci sous peine d'être déchu de ce délai et de ne rien pouvoir en réclamer ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement, p. 128-129, 177-178 et 100.

suivantes, nb 1-5, et la *Tweede vervolg der handvesten van Amsterdam*, p. 92 et suivantes, nb 1-5. À Rotterdam, les seules assurances qui regardent le commerce et la navigation sont décidées par ces juges délégués, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 1, 23 et 24. La même chose a été reçue à Dordrecht, voir la loi de Dordrecht, art. 5 et 6.

DCCLXIX. Du fait qu'avec une prescription de six ans ou triennale, l'action contre l'assureur est exclue sous peine de forclusion, voir la nouvelle loi d'Amsterdam, art. 30 ;la nouvelle loi de Rotterdam, art. 69 ; la loi de Dordrecht, art. 71 ; les *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 21, nb 1 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 12, p. 621, il est raisonnable qu'ici, la remise en l'état initial, à l'encontre d'une prescription accomplie, soit refusée au majeur. À Rotterdam, néanmoins, art. 69, et à Dordrecht, art. 71, elle a été permise à partir de justes causes. Mais il semble à Bijnkershoek, dans ledit ouvrage, cap. 14, p. 639 et suivante, qu'elle ne doive pas être facilement accordée.]

[375] § 22. En considération de l'assurance et de la preuve certaine qui va avec de la perte ou du dommage, l'assureur est contraint à une provision sous une promesse de restitution [et pour l'intérêt de douze pour cent] [906], dans le cas où cela est trouvé convenable par la suite [907].

§ 23. Les assureurs sont aussi accoutumés de donner la charge au patron par la police d'assurance de sauver au mieux les biens qui pourraient être accidentés, de les vendre et de partager l'argent sans plus ample autorisation, avec la promesse de payer tous les frais faits sur cela et les dommages soufferts sur cela, que les biens fussent conservés ou non, sur le serment du patron.

---

[906] Passage rajouté dans le manuscrit de Lund, cf. p. 277.

[907] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites ordonnances d'Amsterdam, art. 33, Middelburg, art. 38, les coutumes d'Anvers, tit. 54 *(Des contrats d'assurance, des gageures et du jeu)*, art. 4 et 5 ; le ci-devant dit placard [de 1563], tit. VII, art. 18.

(Notre traduction du néerlandais pour l'ensemble de ces textes) Amsterdam, art. 33 : *« Et les commissaires se voyant montrer par la production des polices, des connaissements, des chartes parties, des certificats convenables ou un autre témoignage vertueux de la signature des polices, les périls des navires ou les pertes des biens et que, trois mois auparavant, une déclaration de la perte a été faite aux parties, les ci-devant dits commissaires pourront alors ordonner que l'argent réclamé soit consigné en totalité ou en partie par un provision avec une permission de pouvoir alléger l'argent consigné sous une caution suffisante de restituer cet argent avec ses intérêts de douze pour cent, dans le cas où, par la suite, une telle chose est entendue par la suite être convenable. Avec le fait que toujours, en premier lieu, au défendeur, de tout, une copie et une date pour répondre sera donnée pour que, par les commissaires, il soit disposé sur la provision de consignation ».*

Middelburg, art. 34 [il n'existe pas d'art. 38 comme indiqué dans la note dans cette ordonnance] : *« Et, les commissaires se voyant montrer par la production des polices, connaissements, chartes parties, certificats convenables ou autre témoignage vertueux de la signature des polices, les pertes des navires, les détériorations des biens et qu'aux parties, trois mois auparavant, une déclaration de la perte a été faite, les ci-devant dits commissaires, alors, pourront ordonner que l'argent réclamé soit consigné en totalité ou en partie par une provision, avec une permission de pouvoir alléger l'argent consigné sous une suffisante caution de restituer cet argent avec des intérêts de douze pour cent, dans le cas où, par la suite, une telle chose est entendue être convenable ; avec le fait que, toujours, en premier lieu, au défendeur, de tout, une copie et une date pour répondre sont accordées, pour que, par les commissaires, ils soit disposé sur la provision de consignation ».*

Coutumes d'Anvers, tit. 54, art. 4 : *« Item. Les polices d'assurances, quand il apparaît des signatures de celles-ci, de la perte du navire, de la détérioration des marchandises, de la mort des personnes qui sont assurées, avec aussi, la production du connaissement, des chartes parties et que, de la perte, trois mois auparavant, déclaration a été faite, sont en consignation sous caution ; le défendeur se voit accorder au premier jour du jugement une copie de cela et de la date pour y répondre sans préjudice de la provision ».*

Art. 5 : *« Dans cette affaire de consignation, en matière d'assurances, les certificats de la perte ou du péril du navire ou des biens assurés sont passés devant un notaire et des témoins et, de tous temps, anciennement admis en justice et là-dessus, droit y a été fait ».*

Placard de 1563, tit. VII, art. 18 : *« Le délai de deux mois donné aux assurés pour, selon la teneur de la présente ordonnance et suivant la ci-devant dite police, pouvoir réclamer son assurance, quand ils ont convenablement déclaré aux assureurs le péril ou la perte du navire ou des biens, ne sera pas mis à effet pour les assureurs pour être tenu à chaque consignation ou paiement, à moins que les assurés n'aient fait avec cette déclaration par un certificat ou un témoignage convenable et vertueux avec la spécification des biens détériorés et de leur valeur ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement, p. 134-135, 181, 183 et 100-101.

*

Chapitre XXV
De la concession de fief

§ 1. Une CONCESSION DE FIEF est *une convention par laquelle quelqu'un s'oblige à donner sur son bien à un autre un droit féodal en l'autre, à accepter celui-ci avec un hommage et des droits de lods.*

§ 2. Une *convention* ; ci-dessus [908], nous avons traité du droit féodal, pour autant qu'il est une propriété incomplète ; mais ici, nous parlons d'une convention qui ne comporte aucune propriété, mais seulement que quelqu'un s'oblige à donner la propriété [909] et, pour cela, dans le cas où ce bien est promis à une personne et que, par la suite, il est livré à une autre, cette seconde personne tiendra le bien en fief [910] et l'autre aura seulement une action personnelle ; et toutes les **[376]** investitures suivantes sont toujours interprétées et réglées selon la première convention [911]

§ 3. *Son bien* [912]Il est bien vrai que, parfois, le bien féodal vient du sein du vassal ; mais, toujours, il est d'abord transféré au seigneur ; et, pour cela, il est le sien avant qu'il accorde le fief.

---

[908] (Note de Groenewegen) Dans le liv. II, chapitres 41, 42 et 43.

[909] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 3 pr et C. 2, 3, 20.

Extrait du livre II des *Institutes* de Paul : *« La substance des obligations ne consiste pas en ce que quelque chose fasse nôtre un objet ou nôtre, une servitude, mais qu'une chose nous engage à donner quelque chose, à faire ou procurer quelque chose ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Martialis et donnée en 293 : *« Avec des traditions et des usucapions, les propriétés des biens sont transférées, non avec des pactes nus ».*

[910] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 32, 15.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Proculinus et donnée en 293 : *« Chaque fois qu'un bien-fonds est vendu en totalité à deux personnes, il est d'un droit clair que celui auquel il a été livré le premier est plus fort pour la détention de la propriété. Si donc tu prouvais que tu avais acheté une possession dans un temps antérieur et que tu avais acquitté le prix auprès du gouverneur de la province, en n'obtenant pas la transmission des actes, on ne souffrira pas que tu sois expulsé de la possession. Il sera à ton jugement bien sûr de recevoir le prix que tu as donné avec des intérêts, de telle façon cependant que l'on tient le compte des fruits perçus et des frais, du fait qu'il convient que, si tu réclames la propriété d'un bien à l'un des deux sur la base d'une donation, celui à qui la possession de la terre a été livrée en premier est tenu pour plus fort ».*

[911] (Note de Groenewegen) Voir C. 10, 36 (35), 1 aux mots *etsi ad primordium tituli* ; *Libri feudorum*, II, tit. xviii ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. I, decis. 205 , nb 2 et suivants.

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Apollonius, Préfet du prétoire, et donnée en 442 : *« 6 - En effet, aucune occasion de confusion, dans des causes de cette sorte, n'intervient, si, au commencement du titre, un dénouement postérieur est aussi formé, à moins peut-être que le bien du décurion qui à lui, selon le droit de n'importe quelle rétribution, est arrivé, a été transféré à un autre avec la dernière volonté de celui-ci, ab intestat ou avec une donation entre vifs ; alors, en effet, parce qu'il est tombé une bonne fois sur la personne du principal, la raison des anciens titres n'ayant en aucune manière été envisagée, il ne craindra pas une condition et une charge de profit ».*

« De deux frères investis par un capitaine : Deux frères, à savoir Titius et Seius, par un certain capitaine, ont été investis en même temps d'un nouveau fief, à savoir avec cette teneur : "pour que tant que ceux-ci ou leurs héritiers mâles vivraient, les mâles faisant défaut, les femmes, si elles ont survécu, aient le fief". L'un d' ces frères, une fille étant laissée, l'autre vivant encore, est mort. Il est demandé à qui la part du défunt sera déférée, à la fille ou au frère ? Il est répondu, à la fille ; en effet, chacun est considéré avoir pourvu à lui et à ses héritiers. Si, cependant, celui qui a laissé une fille, était mort sans héritier, à raison de la teneur insérée de l'investiture, cette part est obtenue au frère, non au seigneur ».

[912] (Note de Groenewegen) Voir dans les *Libri feudorum*, II, tit. viii.

« Titre viii. De l'investiture faite du bien d'autrui : Lorsque, du bien d'autrui ou obligé envers un autre, un investiture est faite, il est distingué si, à quelqu'un qui le sait ou qui l'ignore, elle a été faite. En effet, Celui qui, le sachant, a reçu l'investiture du bien d'autrui, à moins qu'avec un pacte spécial, il n'ait pourvu à lui, quant à l'éviction, ne pourra pas agit en justice ; mais, l'ignorant, il agira à bon droit pour qu'une autre chose de la même bonté ou qualité lui soit fourni. Mais il n'y a aucune différence pour celui qui a fait l'investiture [de savoir] s'il l'aura su ou ignoré. Par le bénéfice du bien investi, à bon droit, le vassal a ce pouvoir qu'en tant que propriétaire, il pourra, de n'importe quel possédant, comme revendiquer pour lui ; et, si, par un autre, au titre de ce bien, il est cité en justice, il pourra opposer une défense, car il peut réclamer et retenir la servitude due de ce même bien. Qu'en est-il donc, si au prix, avec un dol ou une négligence, il souffre qu'une servitude soit imposée au bien en bénéfice et qu'au propriétaire, pou n'importe quelle cause, par la suite, le bien soit retourné ? Il a été demandé si, à partir de ce propriétaire, le préjudice était né. Et il a été répondu qu'au vassal, certes, jusqu'à ce qu'il tienne le fief, elle pourra faire obstacle ;

§ 4. *Donner* ; à savoir pour rien ; car, s'il y avait que le seigneur en recevait de l'argent, une telle chose irait en dehors de la propriété du fief. Cependant, il est reçu par l'usage que le droit qui naît d'une telle concession suit en tout les droits féodaux.

§ 5. *Le fait de donner* est ici entendu comme dans la matière d'un achat, livrer une libre possession pour autant que cela le concerne et faire une garantie [913] ; cependant, avant la livraison, le promettant peut être déchargé avec l'accomplissement de ce qui était d'intérêt pour l'acceptant [914].

§ 6. Cette convention peut être faite aussi bien que les autres à terme ou sous condition.

§ 7. Il est dit ci-dessus [915] comment un vassal peut transférer à un autre son droit tant par une dernière volonté que par un transfert ; la question est [de savoir] si, aussi, le seigneur peut transférer son droit à un autre ; et la raison semble vouloir que le seigneur se voit permettre de faire une telle chose, lorsqu'il aliène la partie principale dont le fief est tenu ; cependant, pour les fiefs qui sont issus du sein du vassal, une telle chose ne doit pas être faite, à moins que le futur seigneur ne fût d'une dignité semblable à celle du premier [916] ; autrement, le vassal n'obtiendrait pas le dessein qu'il avait eu dans le transfert de son bien. Dans le cas où, aussi, un seigneur laisse plusieurs héritiers **[377]** qui, tous ensemble, voulaient mesurer leur droit sur le vassal, le vassal pourrait demander qu'ils ne fassent qu'un seul homme, puisqu'il n'est pas tenu de faire un hommage à plus d'un seul [917].

§ 8. Puisque les services des vassaux chez nous n'est pas lourd, ainsi, il est entendu que toute la convention peut toujours être terminée au gré du vassal, lorsqu'il veut faire abandon du fief ou de de la promesse obtenue pour cela [918].

§ 9. La convention étant terminée par un défaut de sang ou autrement, en dehors d'un délit, dans le cas où le fief est trouvé avoir été amélioré par le fait du vassal, le seigneur sera

---

mais, au propriétaire, quoique pendant une longue période, elle ait persévéré, la servitude ne porte pas préjudice. § 1. En sens contraire, su quelque chose a été ajouté au fief par le vassal, si, certes, une telle chose a été ajoutée [de sorte]que, par soi-même, cela puisse subsister, c'est-à-dire, de sorte que, par soi-même, il soit pensé comme un bien-fonds, cela ne s'est pas ajouté au bien-fonds. Mais, si, par soi-même, cela ne peut pas subsister, comme une servitude, à de nombreuses personnes, il a agréé qu'au fief, cela s'ajoute, comme une partie du fief, elle doit être disposée ; car elle peut rendre meilleure la condition du fief ; mais elle ne peut pas la rendre pire, sans la volonté du seigneur ou de ses agnats auxquels, par une succession, il revient. § 2. En effet, bien que la possession, par le bénéfice, lui revienne, cependant, la propriété regarde une autre personne ; et c'est pourquoi, à raison du tiers ou du quart qui, par les Lombards ou les Romains, aux épouses, est ordinairement fait, après la mort du mari, rien, à la femme, ne revient, car il ne peut pas être fait de gage qui est réputé réfléchi à partir du fief ».

913 (Note de Groenewegen) Voir les *Libri feudorum*, II, tit. viii, § 1.

« § 1. En sens contraire, su quelque chose a été ajouté au fief par le vassal, si, certes, une telle chose a été ajoutée [de sorte]que, par soi-même, cela puisse subsister, c'est-à-dire, de sorte que, par soi-même, il soit pensé comme un bien-fonds, cela ne s'est pas ajouté au bien-fonds. Mais, si, par soi-même, cela ne peut pas subsister, comme une servitude, à de nombreuses personnes, il a agréé qu'au fief, cela s'ajoute, comme une partie du fief, elle doit être disposée ; car elle peut rendre meilleure la condition du fief ; mais elle ne peut pas la rendre pire, sans la volonté du seigneur ou de ses agnats auxquels, par une succession, il revient ».

914 (Note de Groenewegen) Voyez les remarques ci-dessus dans le liv. III, chapitre III, note 263, aussi, chapitre XV, § 6, note 607.

915 (Note de Groenewegen) Voir le liv. II, chapitre XLII.

916 (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. xxxiv, § 1.

« Titre xxxiv. De la loi de Conrad : § 1. De la même loi vient que le seigneur, ans la volonté du vassal, ne peut pas aliéner le fief ; ce qui, à Milan, ne se présente pas. En effet, là, sans la curie, aussi, tout le bénéfice est à bon droit aliéné, pourvu, cependant, qu'à un seigneur égal ou plus important, il soit vendu. Mais, à un inférieur, sans la volonté du vassal, il n'est pas permis d'aliéner une partie même à un plus important, en retenant une autre partie du fief ; par exemple, est vassal celui qui, du même seigneur, en plusieurs endroits, tient un fief. S'il vend une partie du fief dans un endroit et tient pour lui dans un autre, celui-ci ne doit pas faire le service envers l'acheteur, mais, par le biais du premier seigneur, reconnaître tout le bénéfice ; mais, avec la curie, il peut vendre à n'importe quel paysan ce bénéfice, et sans la volonté du vassal, pourvu, cependant, qu'il ne soit pas aliéné en totalité. [C'est là ce que dit] Obertus. Mais certains disent, comme Gerardus, que cela n'est pas valide si cela est fait à un inférieur ».

917 (Note de Groenewegen) Voir Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. VII, cap. 55 ; liv. II, chapitre XLI, § 48.

918 (Note de Groenewegen) Voir Fachinæus, liv. VII, cap. 60 ; Laurentius Sylvanus, *De feudi recognitione*, quæst. 26.

libre de payer la valeur de l'amélioration ou de permettre que ce qui a été élevé soit enlevé [919], mais toute le profit venant en dehors du fait du vassal doit suivre le seigneur et, pour cette raison, aussi, une alluvion non endiguée, les servitudes acquises par le vassal au service du fief et tout ce que le vassal a clairement destiné en conséquence du fief viennent au seigneur [920].

*

Chapitre XXVI
Des obligations venant de la succession et de la tutelle [921]

§ 1. Nous avons dit [922] comment, dans certains contrats usuels qui sont accomplis **[378]** par une livraison de la chose ou avant une livraison de la chose, que la loi ne tient une promesse pour exprimée que là où rien n'est exprimé contre et, pour cette raison, il y a ici une obligation à partir d'une disposition de la loi.

§ 2. Mais nous avons donné ci-dessus [923] à connaître *que certaines promesses étaient aussi introduites pas une disposition de la loi là où il n'y a aucune convention*, ce qui n'est pas étrange ; car la loi qui a un pouvoir sur ses sujets et leurs biens pour un avantage commun [924] peut tenir quelque chose qui n'est pas promis en tant que promis, étant considéré que cette loi n'a pas un moindre pouvoir sur les hommes que chaque homme sur lui-même [925]. Voyons alors là

---

[919] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, II, tit. xxviii, § *si vassalus* ; Fachinæus, liv. VII, cap. 65 et 90 ; Frederik Sande sur la coutume de Gueldre, traité 2, tit. 2, cap. 5, § 2, nb 12-2. Mais en Saxe, le seigneur profite des améliorations, voir Fachinæus, *De differentiis juris civilis et Saxonici* liv. I, diff. 36. Voyez ci-dessus le chapitre XVIII, note **20.**

« Ttre xxviii. Ici se termine la loi, ensuite, commencent les constitutions du royaume : (…) Si le vassal, sur le fief, a fait un édifice ou, avec son argent, l'a amélioré et qu'il arrive par la suite que le vassal décède sans fils mâle, le seigneur souffrira que l'édifice soit enlevé ou paiera le prix de l'amélioration. De même, je le dis, s'il acquiert avec un prix une servitude pour le fief ; certains autres disent qu'elle appartient totalement au seigneur ».

[920] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *De feudis*, cap. 5, nb 26 avec les suivants ; Mantica, *De ambiguis conventionibus*, liv. XXIII, tit. 6, nb 48.

[921] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvii *(Des obligations comme nées d'un contrat).*

Ce titre comporte, outre un court prologue, sept paragraphes.

[922] (Note de l'éditeur) Voir le liv. III, chapitre VI, § 9.

[923] (Note de l'éditeur) Voir le liv. III, chapitre 1, § 48.

[924] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 2, 11. D. 6, 1, 15 § 2 ; les docteurs sur D. 50, 17 *(Des différentes règles du droit ancien)*, 11.

Extrait du livre VI des *Réponses* de Paul : *« Lucius Titius a acheté des biens-fonds en Germanie transrhénane et a apporté une partie du prix ; alors que, sur le montant restant, l'héritier de l'acheteur est cité à comparaître, il a renvoyé la question en disant que ces possessions avaient, pour partie, à partir d'un ordre de l'empereur, été vendues, pour l'autre partie, assignées en récompense à des vétérans ; je demande si le risque de ce bien regarde le vendeur. Paul a répondu que les cas futurs d'éviction ne regardaient pas le vendeur et c'est pourquoi, selon ce qui est exposé, on peut réclamer le prix des biens-fonds. 1 - Sur le fondement des termes d'une stipulation du double ou du simple [qui dit que] "cet esclave dont il s'agit a été libéré de son crime", le vendeur ne peut pas être cité à comparaître à raison de ces crimes qui, de façon publique, sont ordinairement châtiés ».*

Extrait du livre XVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - De même, si, peut-être, il y avait une terre qui a été réclamée et, à des soldats, affectée pour un honneur, en faisant un petit don au possesseur, devra-t-il la rendre ? Et je pense qu'il la fournira ».*

[925] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 3, 1, 2 et 7.

Extrait du livre Ier des *Définitions* de Papinien : *« La loi est le commandement commun, l'avis des hommes sages, la punition des délits qui sont commis volontairement ou par ignorance, l'engagement commun de la République ».*

Extrait du livre Ier des *Institutes* de Marcianus : *« Car l'orateur Démosthène donne la définition suivante :* (texte cité en grec) *"Est une loi celle à laquelle tous les hommes ont convenu d'obéir, d'une part à raison de nombreuses autres choses, d'autre part surtout parce que toute loi est une invention et un don de Dieu, voire la décision d'hommes sages, le châtiment des fautes tant volontaires qu'involontaires et l'accord commun de la cité, suivant lequel tous ceux qui s'y trouvent ont convenu de vivre". Mais Chrysippe, philosophe d'une très grande sagesse stoïcienne, commence ainsi, dans le livre qu'il a fait sur la Loi :* (texte en grec) *"La loi est la reine de toutes les choses divines et humaines ; aussi faut-il qu'elle préside tant aux choses bonnes*

où une obligation de cette sorte quasi contractuelle, comme s'il y avait une promesse, naît en dehors d'une convention par une disposition de la loi. Ceci est fait *par une similitude avec une donation, avec un mandat, avec une société.*

[**Note de Willem Schorer sur la note 924 de Groenewegen van der Made**
Voyez sur le domaine éminent ce que j'ai relevé ci-dessus sur le livre II, chap. III, § 2, note 92.]

§ 3. *Par une similitude avec une donation*, un héritier, pare l'acceptation de la succession est obligé à tout ce qui est légué par la dernière volonté du défunt comme si, lui-même, avait donné une telle chose et chacune qui se voit léguer quelque chose peut pour cela non seulement user d'une réclamation sur la chose, mais aussi d'une action contre l'héritier ou les héritiers [926] non autrement que si, de ceux-ci **[379]**, il l'avait reçu une promesse [927].

---

qu'aux choses mauvaises, elle est le chef et la maîtresse des animaux, elle qui a voulu que les affaires politiques soient et de là, elle est la norme du juste et de l'injuste qui commande ce qui doit être fait et interdit ce qui ne doit pas être fait" ».

Extrait du livre premier des *Règles* de Modestinus : *« Cette vertu de la loi est de commander, d'interdire, de permettre et de punir ».*

[926] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvii *((Des obligations comme à partir d'un contrat)*, § 5, à savoir, sur chacun des héritiers, pour autant de parts dont il est héritier, voir C. 4, 16, 2, D. 34, 1, 3, bien qu'aussi, d'une façon telle que l'un des héritiers, par un préciput ou autrement, par la succession, profitât plus que l'autre, voir C. 4, 2, 1 ; contre Goris, *De divisione æris alieni*, cap. 5 ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. III, decis. 20 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 9, defin. 3 et les docteurs allégués là. Selon cela, le Haut Conseil de Hollande a jugé que les héritiers légaux certains étaient tenus de payer les dettes du défunt livre pour livre, l'un de ces héritiers, ne s'opposant à venir hériter beaucoup plus que l'autre à l'égard de certains biens immobiliers de la succession situés en dehors de Hollande, était soumis à un droit des obligations du pays différent, voir Cooren, *Observationes*, obs. 21. Mais, pour des biens indivisibles et non partageables, quiconque des héritiers peut être actionné en justice pour la totalité, voir D. 45, 1, 2, 72 et 85, C. 8, 31, 1 et 2 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 4 ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. III, decis. 19 ; Papon, *Arrests*, liv. X, art. 4 et liv. XI, tit. 3, art. 5 ; Fachinæus, liv. II, cap. 47. Et, suivant cela, le ci-devant nommé Haut Conseil a jugé qu'un débiteur qui a promis une pièce de terre de lier par une particulière hypothèque pour la dette et, quittant ce monde avant de l'avoir fait, l'un des héritiers qui possède la ci-devant dite terre par un partage des biens est seulement tenu de l'obliger pour la ci-devant dite dette en totalité suivant l'accord et la promesse du défunt, voir Cooren, *Observationes*, obs. 8.

(Note du traducteur- Les textes seront cités ci-dessous dans l'ordre de leur exposition.

« § 5. Un héritier aussi, au titre des legs, est entendu n'être pas proprement obligé à partir d'un contrat (en effet, ni avec l'héritier, ni avec le défunt, le légataire ne peut être réputé avoir proprement administré quelque affaire) ; et cependant, parce qu'à partir d'un délit, l'héritier n'est pas obligé, comme à partir d'un contrat, il est entendu devoir ».

Constitution de Gordien adressée à Telemacha et donnée en 249 : *« À la faveur des parts héréditaires, on a décidé que les héritiers reconnaissent les charges héréditaires aussi pour les comptes du fisc, à moins que n'intervienne un gage ou une hypothèque ; alors, en effet, le possesseur du bien obligé doit être cité en justice ».*

Extrait du livre II *De l'office du consul* d'Ulpien : *« Les juges, ordinairement, pour la cause des aliments, partagent les affranchis, chaque fois qu'il y a plusieurs héritiers, pour que, par chaque héritier, par morceaux, ceux qui demandent les aliments ne soient pas tenus à l'écart ; il faut que ce partage soit protégé de la même manière que si le père de famille avait lui-même partagé les affranchis. Ils en choisissent ordinairement un, par le biais duquel les aliments seront procurés à partir de la volonté du défunt ou de son propre jugement, comme les rescrits ajoutés le montrent : "Je vous ai envoyé un modèle de la pétition à moi remise par les affranchis de Silius, sachant que cette affaire concerne le modèle, parce que beaucoup, dans leurs testaments, ordonnent que soient procurées à leurs affranchis les choses nécessaires qui, parce qu'elles sont de très petit prix, à rien, sont conduites, lorsque plusieurs héritiers ont commencé, par le biais des successions, à se manifester. Quant à cette affaire, je pense que vous agirez à bon droit, si, ayant convoqué les héritiers de Favilla ou les procurateurs de ces derniers, vous avez établi celui auquel, par les autres, l'argent devra être donné, à partir des intérêts duquel les aliments sont procurés, mais celui qui l'a reçu devra garantir qu'il le rendra à ceux qui le donneront, de sorte que chacun des affranchis soit décédé ou qu'avec un autre moyen, il ait cessé, dans la cité, de se trouver, à partir du capital, le compte fera autant à la faveur de la part". Le divin [Antonin] le Pieux, à un certain Rubrius Telesphorus, a dit dans un rescrit : "Les consuls, ayant appelé ceux de qui il était établi que les aliments vous étaient dus à partir de la cause d'un fidéicommis, décideront que tous, d'un seul ou, la distribution ayant été faite proportionnellement, que chacun, de ceux-ci, vous le receviez. Le fisc, en effet, si, à ce titre, quelque chose, de cela, vous était dû, suivra le modèle. Déjà, maintenant, sachez que les parts de ceux qui ont cessé d'être solvables ne regardent pas la charge des héritiers restants" ».*

Extrait du livre XII *Sur Sabinus* de Paul : *« Certaines stipulations consistent dans le fait de donner, d'autres, dans le fait de faire. 1 - Certaines de toutes celles-ci reçoivent un paiement de parties, comme quand nous stipulons que dix soient donnés ; les autres ne le reçoivent pas, comme dans ce qui, par nature, ne reçoit pas de division, comme quand nous stipulons un droit de passage, de faire passer du bétail ; certaines reçoivent certes la dation d'une partie par nature, mais, si tout n'est pas donné, il n'est pas satisfait à la stipulation, comme quand je stipule un esclave de façon générale, un plat ou n'importe quel récipient ; car, si une partie de Stichus a été payée, dans une partie de la stipulation, nulle libération n'est encore née, mais ou bien il peut immédiatement le réclamer ou bien il est dans l'incertitude, jusqu'à ce qu'un autre soit donné. Cette stipulation est de cette même condition : "[promets-tu] que soient donnés Stichus ou Pamphile ?" 2 - En conséquence, à partir de ces stipulations, les héritiers ne peuvent certes être libérés en faveur de la partie solvable, aussi longtemps que tous n'ont pas donné cette même chose ; en effet, sur le fondement de la personne des héritiers, la condition de l'obligation n'est pas changée. Et c'est pourquoi, si la chose promise ne reçoit pas de division, comme une route, les héritiers de chacun des promettants sont pour le tout tenus ; mais, dans le cas où l'un des héritiers a payé la totalité, il aura une réclamation par son cohéritier avec l'action de partage de succession* (actio familiæ herciscundæ). *À partir de cela, Pomponius dit qu'il arrive certes que chacun des héritiers du stipulant d'un droit de route ou de passage, a pour le tout une action ; mais certains pensent que, dans ce cas, la stipulation est éteinte, parce que, par le biais de chacun, la servitude ne peut être acquise ; mais la difficulté du paiement ne rend pas la stipulation sans effet. 3 - Si cependant, stipulant un esclave, alors que je l'ai fait avec l'un des héritiers du promettant, il subsistera seulement une partie des autres pour l'obligation, afin que l'on puisse payer. Il en est de même, si, à l'un des héritiers, [quelque chose] a été porté en recette. 4 - C'est la même chose pour le promettant lui-même et pour ses garants, que nous avons dite pour les héritiers. 5 - De même, si l'on stipule pour faire, comme si j'avais stipulé ainsi "qu'il ne soit pas fait par toi, ni par ton héritier, quelque chose qui m'empêche de pouvoir circuler", et que l'un des nombreux héritiers m'en empêche, ses héritiers sont certes tenus, mais réclameront de lui ce qu'ils avaient garanti par une action en partage de succession* (actio familiæ herciscundæ). *C'est ce que montrent Julianus et Pomponius. 6 - Mais au contraire, si le stipulant est mort, qui avait stipulé pour lui et son héritier qu'il pouvait agir et que l'un de ses héritiers en soit empêché, nous dirons qu'il importe [de savoir] si la stipulation est effective pour le tout ou si [c'est] pour la part de celui qui a été empêché. Car, si une peine a été ajoutée à la stipulation, elle sera faite pour le tout, mais ceux qui n'ont pas été empêchés, par une exception de dol, seront repoussés ; mais, si aucune peine n'a été mise, alors c'est pour la part de celui seulement qui a été empêché qu'est faite la stipulation ».*

Extrait du livre XX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Ne sont pas divisées les stipulations de ces biens qui ne reçoivent pas de division, comme les droits de passage pour l'homme et pour le bétail, des conduites d'eau et les autres servitudes. Je pense de même, si quelqu'un a stipulé qu'il soit fait quelque chose, comme par exemple qu'un bien-fonds soit livré, une fosse creusée, un immeuble de rapport construit, des services ou ce qui leur est semblable ; en effet, la division de ces choses corrompt la stipulation. Celsus, cependant, rapporte, dans le livre XXXVIII de ses Digestes, que Tubero avait pensé que, quand nous stipulions que quelque chose soit fait, si cela n'a pas été fait, il fallait que de l'argent soit donné et c'est pour cela que, dans ce genre, une stipulation est divisée ; selon lui, Celsus dit que l'on peut dire qu'avec une juste estimation du fait, la réclamation doit être accordée. 1 - Si quelqu'un a stipulé ainsi : "si, avant les premières calendes de mars, l'ouvrage n'a pas été accompli, alors, [promets-tu] que soit donné autant d'argent que vaut l'ouvrage ?", [la promesse] échoit au jour de la promesse, non à partir duquel l'ouvrage a été offert à bail, mais après les calendes de mars, parce que le débiteur de la promesse n'avait pu être cité en justice avant les calendes de mars. 2 - Assurément, si quelqu'un a stipulé "qu'un immeuble de rapport soit étayé", il ne faut pas attendre que l'immeuble s'écroule et qu'ainsi, ensuite, on puisse agir en justice, ni "qu'un immeuble de rapport soit fait", alors qu'il s'est écoulé autant de temps qu'[il en fallait] pour que l'immeuble soit fabriqué ; mais, quand déjà un retard a commencé pour que soit fabriqué l'immeuble de rapport, alors on agira en justice et le jour échoit à l'obligation ».*

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Dans l'exécution d'une obligation, il faut savoir qu'il y a quatre causes ; car, parfois, il y a quelque chose que nous pouvons obtenir de chaque héritier [comme] partagé ; une autre chose qu'il est nécessaire de réclamer en totalité et qui ne peut être fournie partagée ; une autre qui est réclamée pour partie, mais qui ne peut être acquittée, si ce n'est en totalité ; une autre qu'il faut réclamer en totalité, bien que, dans l'acquittement, elle reçoive une exécution. 1- La première espèce regarde le promettant d'un argent certain ; car la réclamation et le paiement concernent les parts successorales. 2 - La seconde espèce [regarde] l'ouvrage que le testateur a ordonné que l'on fasse ; car chaque héritier est tenu pour le tout, parce que l'exécution du travail ne peut être coupé en parties. 3 - Si j'ai stipulé : "que par toi ou par ton héritier, il ne soit pas fait en sorte d'empêcher que je le fasse ; si l'on a agi à l'encontre de cela, [promets-tu] qu'il soit donné autant ?" et que l'un des nombreux héritiers du promettant m'en empêche, l'opinion de ceux qui pensent que tous sont tenus du fait d'un seul est plus vraie, parce que, bien que j'en sois empêché par un seul, cependant, je n'en suis pas empêché pour partie ; mais les autres répareront le dommage avec l'action en partage de succession* (actio familiæ herciscundæ). *4 - On peut réclamer pour partie, mais on ne peut payer, si ce n'est la totalité, comme quand j'ai stipulé un esclave incertain ; car sa réclamation est divisée, mais on ne peut payer, si ce n'est la totalité. D'ailleurs, sur différents esclaves, à bond droit, des parties sont acquittées ; ce qu'un défunt ne peut faire, de sorte que je ne peux obtenir ce que j'ai stipulé. La règle est la même, si quelqu'un a promis dix mille ou un esclave. 5 - Mais il faut agir en justice pour la totalité et le paiement d'une partie apporte une libération, quand nous le soutenons sur le fondement d'une cause d'éviction ; car les héritiers du garant doivent être cités pour la totalité, tous doivent faire face et, n'importe lequel s'étant enfui, tous seront tenus, mais, à chacun pour sa part, le paiement est enjoint. 6 - De même, si la stipulation a été faite ainsi : "si le bien-fonds Titien n'a pas été livré, [promets-tu] que soient donnés cent ?", si la totalité n'est pas livrée, la peine de cent est exécutée et il n'est pas utile de livrer les parties du bien-fonds, l'un ayant cessé [de le faire], de même qu'il n'est pas*

[**Note de Willem Schorer sur la note 927 de Groenewegen van der Made**

Nous avons déjà relevé ce que Groenewegen tient ici dans sa note ci-dessus, liv. II, chap. XXI, §§ 8 et 9 sur les notes 501 et 502 de Groenewegen van der Made, et il s'appuie sur D. 28, 5 *(De l'institution des héritiers)*, 35 § 2. Le cas est le suivant : le testateur a inscrit deux héritiers ; il a assigné à l'un des biens en Italie, mais à l'autre, des biens provinciaux ; déjà, les deux doivent supporter à part égale la charge de la dette, bien qu'elles soient d'une estimation très inégale. La raison en est que tous les biens assignés à chacun sont pris avec un droit privilégié ;les héritiers ne reconnaissent pas déjà la dette à la faveur de la part préléguée, mais de la part de succession, voir Brunemann sur D. 28, 2 *(De l'institution ou de l'exhérédation des enfants et des héritiers posthumes)*, 35, nb 2.

Si, cependant, la part de la succession assignée à l'un est si petite qu'elle ne suffit pas à la dette à la faveur de cette part héréditaire d'où la paiera l'héritier, les autres héritiers, à partir des biens assignés, doivent suppléer ce qui manque, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 29, tit. 2, nb 20. La dette est aussi déduite des biens sujets à un usufruit, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III ; cons. 44. Mieux, dans le cas de biens qui n'existent pas pour payer la dette, le fiduciaire est tenu de payer ce qui lui a été laissé au titre d'une donation, comme [le dit] l'auteur ci-dessus, liv. II, chap. XX, § 6, dans la note 456.

Qu'en est-il, si un soldat a institué héritier TITIUS de ses biens des camps, et SEMPRONIUS de ses biens civils ? TITIUS est tenu de payer les dettes contactées dans le camp, mais SEMPRONIUS, celles qui ont été faites en dehors du camp. Mais supposons que la part de SEMPRONIUS ne suffit pas à payer la dette et que, pour cette raison, il repousse sa part ; il est demandé si une action subsidiaire se présentera aux créanciers contre TITIUS. Ce qui est affirmé, du fait que la dette diminue, par sa propre nature, tout le patrimoine du défunt, mais non les biens d'un certain endroit ou d'une certaine espèce, voir Voet, lib. 29, tit. 2, nb 23 ; Brunemann sur D. 29, 2 *(De l'acquisition ou de la mise de côté de la succession)*, 17 § 1. Qu'en est-il si l'un est héritier des biens meubles, l'autre des biens immeubles, ou l'un des biens urbains, l'autres des biens ruraux ou des autres biens ? Alors, commes 'ils avaient été institués sans part pour la moitié, ils doivent procurer la dette. D'autres veulent ici que doive être faite l'estimation des meubles et des immeubles, ainsi, de sorte qu'à la mesure de l'avantage de chacun d'eux, il paie la dette, pourvu que les dettes ne soient pas purement réelles. Supposons qu'un revenu a été imposé à un bien-fonds d'une façon telle qu'il périsse avec le bien-fonds et que la personne ne soit pas obligée quant au reste ; dans ce cas, elle grève le seul auquel le bien-fonds est parvenu, voir Voet, lib. 29, tit. 2, nb 24 ; Brunemann sur C. 4, 2 *(Si un montant certain est réclamé)*, 1.

Mais, dans ces cas, l'héritier est à bon droit cité en justice pour le tout. Voyez [ce que dit] longuement Voet, lib. 29, tit. 2, nb 28, 29 et 30.

Si les biens paternels échoient à la ligne paternelle, les biens maternels à la ligne maternelle, on distingue si la succession sera faite à partir d'un testament ou ab intestat. Si [elle est faite] à partir d'un testament, la dette doit être également supportée, mais si [elle est faite] ab intestat, à proportion de l'avantage, l'estimation des biens ayant été faite, tandis qu'il y avait plus dans les biens paternels que dans les biens maternels et ainsi, dans le cas inverse. La raison est que, dans ce cas, on ne pourra pas dire que les biens paternels ou maternels sont pris avec un certain droit

---

utile de payer une partie, pour libérer le gage, au créancier. 7 - Quiconque, obligé sous condition, a veillé à ce que la condition ne se réalise pas est néanmoins obligé ».

Constitution de Valérien et Gallien adressée à Taurus et donnée en 257 : *« Il est d'un droit clair et indubitable que, le créancier étant mort, de nombreux héritiers ayant été laissés, une action certes personnelle entre eux, à partir de la Loi des XII Tables, est partagée, mais le gage est tenu en totalité pour chacun ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudia et donnée en 294 : *« L'action certes personnelle, entre les héritiers, obtenue à la faveur de chacune des parts, est divisée, mais, selon le droit du gage, de nombreux biens ayant été obligés, du fait que la revendication n'oblige pas la personne, mais suit le bien, ceux qui possèdent qui tiennent, non à la faveur de la mesure de la richesse de chacun, sont cités en justice, mais sur la totalité, afin qu'ils rendent toute la dette ou la cèdent à ce qu'ils détiennent ».*

[927] (Note de Groenewegen) Et les légataires et créanciers tiennent ce droit contre tous les héritiers, bien qu'ils aient cité en justice l'un des héritiers pour toute la dette. Cela a été aussi jugé par la Cour de Hollande, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 21.

de préciput par les parents paternels ou par les parents consanguins, voir Voet, lib. 29, tit. 2, nb 25.]

§ 4. *Une similitude avec un mandat* a lieu dans une TUTELLE et une ADMINISTRATION D'AFFAIRES.

§ 5. Car, bien qu'un mineur ne donne pas toujours à son tuteur un mandat, souvent aussi, par une minorité ou un manque de sens, il ne peut pas le donner, ainsi, le tuteur est néanmoins obligé envers les mineurs et les mineurs envers le tuteur non autrement que si là, un mandat était venu entre les deux [928].

§ 6. Cela a lieu des deux côtés non seulement quand quelqu'un a été tuteur légalement, mais aussi quand quelqu'un s'est comporté comme un tuteur [929] ; à défaut des tuteurs, leurs garants sont tenus [930], les maîtres des orphelins dans le cas où ont été négligents dans ce qui est leur charge [931] en finalement, ceux qui étaient institués non comme tuteurs, mais comme contrôleurs sur les tuteurs [932].

[**Note de Willem Schorer**

Leurs garants. Autrefois, en Hollande, personne n'était admis comme tuteur à moins qu'en donnant des garants, il n'ait garanti que le bien du pupille serait sauvegardé, ce qui n'est cependant pas si strictement observé au jourd'hui, comme [le dit] l'auteur lui-même ci-dessus, liv. I, chap. IX, § 1, note 181. J'ai déjà signalé ci-dessus, sur le liv. II, chap. XLVIII, § 16, sur la note 1111, que cela avait été disposé à Flessingue dans la loi municipale.]

---

928 (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvii *(Des obligations comme à partir d'un contrat)*, § 2.

« § 2. Les tuteurs aussi qui, de l'action de tutelle, sont tenus sont entendus être obligés non proprement à partir d'un contrat (en effet, aucune affaire n'est contractée entre le tuteur et le pupille), mais, parce qu'assurément, à partir d'un délit, ils ne sont pas tenus, comme à partir d'un contrat, ils sont considérés être tenus. Et, dans ce cas, les actions sont réciproques ; en effet, non seulement le pupille a contre son tuteur l'action de tutelle, mais aussi, en sens contraire, le tuteur, contre le pupille, a l'action contraire de tutelle s'il a dépensé quelque chose pour le bien du pupille, qu'en faveur de celui-ci, il était obligé ou qu'il a obligé son bien envers le créancier de celui-ci ».

929 (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 27, 5 *(De celui qui, à la faveur d'un tuteur ou d'un curateur, a administré les affaires)*.

Ce titre renferme 5 extraits.

930 (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 27, 7 *(Des garants des tuteurs et des curateurs, de ceux qui les nomment et de leurs héritiers)* et C. 5, 57 *(Des garants des tuteurs et des curateurs)*.

Le titre en question du Digeste renferme 8 extraits et celui du Code, 2 constitutions.

931 (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 8, 1 § 11 ; les privilèges de la Hollande du Sud, p. 112. Mais voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, IV, xi *(Des garanties)*.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Si le magistrat, dès de commencement, a donné un tuteur approprié et n'a pas demandé de garantie, ce n'est pas suffisant ; s'il a demandé une garantie et qu'il a choisi [un tuteur] approprié, bien que, par la suite, de leurs richesses, les tuteurs ou les garants soient tombés, il n'y a rien qui, à celui qui les a donnés, sera imputé ; en effet, les magistrats ne doivent pas garantir les accidents futurs et la fortune au pupille ».*

932 (Note de Groenewegen) Voir D. 26,7, 3 § 2 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 3 ; D. 27, 3, 1 § 15.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - En conséquence, les autres tuteurs ne l'administreront pas, mais ils seront ceux que, communément, nous appelons honoraires. Et personne ne pensera qu'aucun risque, sur eux, ne rejaillira ; il est établi, en effet, que ceux-ci aussi, ayant été examinées d'abord les richesses de celui qui a administré, doivent être cités en justice ; ils ont, en effet, été donnés comme observateurs de l'action de celui-ci et comme des gardiens et leur sera imputé parfois [le fait de savoir] pourquoi, s'ils voyaient que celui-ci se comportait mal, ils ne l'avaient pas rendu suspect. Continuellement, en conséquence, il faut que ceux-ci, de lui, réclament un compte et qu'avec soin, ils veillent [à savoir] de quelle façon il se comporte et, s'il y a de l'argent qui pourra être déposé, qu'ils veillent à ce qu'il soit déposé pour l'achat de biens-fonds ; se font des illusions, en effet, ceux qui pensent que les tuteurs honoraires ne sont absolument pas tenus ; car ils sont tenus selon ce que, ci-dessus, nous avons montré ».*

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 15 - Mais [cela], aussi longtemps qu'à ses cotuteurs [qui n'administrent pas], il n'est pas venu, si les cotuteurs sont solvables, pour que d'abord, vers les magistrats qui les ont donnés ou vers les garants, il vienne ; et ainsi, notre empereur, à Ulpius Proculus, l'a-t-il dit dans un rescrit. Cela, en effet, Marcellus, dans le livre VIII de ses Digestes, l'a écrit et, très souvent, dans des rescrits, il a été dit que, tant que l'un des tuteurs est approprié, on ne peut venir aux magistrats qui les ont donnés, ainsi, il devra être reçu que, si le cotuteur, à raison de cela, n'est pas cité en justice, [à savoir] qu'il n'a pas voulu le rendre suspect et réclamer de garantie ».*

[**Sur les notes 931 et 932 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici triomphe encore sans aucun doute dans les usages, cependant, avec bon sens, pourvu que la paresseuse négligence de ceux-ci soit prouvée ; il n'importe en rien [de savoir] si les tuteurs auront donné ou s'ils auront admis des garants moins appropriés, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 8, nb 5.

De là aussi, dans nos usages, ceux qui les nomment de cette sorte ne sont pas tenus envers les pupilles chaque fois que, de bonne foi, ils les auront nommés en tant qu'appropriés appropriés,, voir Voet, lib. 27, tit. 7, nb 3. Cependant, cela tombe en Hollandedu Sud, comme [le dit] ici Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes*, I, xxiv, § 4. Ai,nsi a-t-il été disposé à Malines, les tuteurs ayant été d'abord examinés, voir Paul vanChritijnen sur les coutumes de Malines, tit.19, art. 10, nb 7. Van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap.17, § 4, défend cette sentence contre >Groenewegen et d'autres, signalant que l'action subsidiaire de tutelle ne cessait pas chez nous du fait qu'elle n'avait nulle part été abrogée et qu'ainsi, les magistrats sont encore maintenant tenus si'ils n'ont pas exigé du tuteur aucun garant ou des garants inappropriés et il signale ici que la Cour l'avait ainsi jugé le 23 mai 1646 et la Cour Suprême, un appel ayant été interjeté.

En outre, il faut relever que dans la Hollande du Sud, les magistrats sont tenus, les garants n'ayant pas été encore examinés, étant sauf cependant pour eux un recours contre les tuteurs, voir les *Handvesten van Zuid-Holland* du 9 juin 1303 dans le *Groot Charter-boek*, part. II, p. 28.

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

En dehors des tuteurs, desquels les pupilles n'ont pas pu obtenir leur bien avec l'action de tutelle, en secours, il a été statué non seulement dans les lois, mais aussi ; il semble devoir être tenu pour droit commun que les magistrats pupillaires qui, que ce soit avec un dol ou avec une faute, n'ont pas demandé de garantie ou ont donné l'occasion à un autre dommage, peuvent être cités en justice ; en cela, jouent les décisions de la Cour du 23 mars 1646 et de la Cour Suprême du 30 mai 1653, voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 80 ; van Leeuwen dans ses notes sur Peck, *Van't hand opleggen (De la saisie)*, chap. 44, nb 8.]

§ 7. Un tuteur est tenu comme il est dit des contrats de tutelle, de rendre annuellement compte [933] **[380]** et de placer à rente ce qui reste pour les enfants orphelins ; et, à défaut de cela, de payer la perte de gain au taux de six pour cent [934].

[**Note de Willem Schorer sur la note 934 de Groenewegen van der Made**

Nous avons déjà relevé sur le liv. I, chap. IX, § 10, sur la note 193, que chez nous, les intérêts avaient été réduit à six %.]

§ 8. Il est en outre tenu de tous les dommages que le mineur pourrait souffrir par sa mauvaise foi ou sa négligence [935], mais non pour un dommage qui pourrait arriver par un accident [936].

---

[933] (Note de Groenewegen) Voir le liv. I, chapitre IX, [§ 12], note 202.

[934] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit chapitre IX [du liv. I], § 10, note 194.

[935] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 3, 1 pr.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Pour tout ce qu'a fait le tuteur, alors qu'il ne devait pas le faire, il en rendra compte avec cette action "en garantissant son dol, sa faute et une aussi grande diligence que pour ses propres biens" ».*

[936] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 7, 50 ; C. 5, 51, 7 ; D. 50, 17, 23.

Extrait du livre II des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« Si le bien du pupille, avec l'intrusion de brigands, périt, ou que le banquier, auquel le tuteur a remis l'argent, du fait qu'il était très distingué, ne peut pas rendre le tout, le tuteur n'est en rien contraint, à ce titre, de payer ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Alexander et donnée en 293 : *« Tout ce qu'avec le dol ou la faute lourde ou légère du curateur, les mineurs ont perdu ou, quand ils le peuvent, n'ont pas obtenu, il n'est pas d'un droit incertain que cela aussi, dans l'action utile de tutelle ou d'administration d'affaires, entre ».*

§ 9. Dans le cas où la tutelle est partagée par un fardeau de l'autorité suprême ou par une dernière volonté, ainsi, chacun est seulement tenu pour son administration [937] ; mais, si la tutelle est restée non partagée entre les tuteurs, ainsi, chacun d'eux peut demander une division de la dette, à savoir dans le cas où les autres tuteurs sont capables d'y satisfaire [938] ou ont mis de bonnes garanties [939]. Celui qui n'a pas eu l'administration des choses, ni qui en a donné la charge à une autre peut aussi demander que le tuteur qui a eu l'administration et ses garants soient d'abord examinés [940]. De plus, un tuteur qui a payé en totalité peut

---

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Certains contrats seulement admettent le dol mauvais, certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire* (*i.e.* un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le réceptionnaire)*, seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation* (ou commodat)*, la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, [il faut y inclure] la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais il en est ainsi, si ce n'est si l'on a convenu nommément quelque chose, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on observera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle), étant excepté ce que Celsus pense n'être pas valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas garantir le dol ; en effet, cela est contraire au jugement de la bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

[937] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 3, 1 § 11 ; C. [et non D. comme l'indique la note, car le titre cité n'existe pas dans cette collection] 5, 52, 2 ; D. 26, 7, 51.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Et, si, certes, tous, en même temps, ont administré la tutelle et que tous sont solvables, il sera très juste que soit partagée l'action entre ceux-ci à la faveur de leurs parts individuelles, à l'exemple des garants ».*

Constitution de Carus, Carinus et Numerianus adressée à Primigenus et donnée en 284 : *« Si le partage de l'administration entre les tuteurs ou les curateurs établis dans le même endroit ou la même province n'a pas encore eu lieu, le jeune homme a la possibilité de choisir l'un d'eux et de réclamer tout ce qui est dû, à savoir, la cession devant être faite par lui contre les autres tuteurs des actions se présentant à lui. 1 - Mais, dans le partage, l'administration ayant été enlevée soit par le gouverneur soit par la volonté du testateur, il peut citer en justice chacun pour sa propre administration, les tuteurs ou les curateurs ne supportant pas en retour le risque, à moins que, par un dol ou une faute, ils n'aient pas déplacé le suspect ou n'aient tardivement changé la raison du soupçon, du fait que l'un est devenu non solvable ou que, en traitant la cause du soupçon, volontairement, ils ont proclamé les droits du pupille. 2 - Cela n'est pas utile à ceux qui disent que leur cotuteur n'a pas administré les biens du pupille. 3 - Mais si au contraire, ils ont eux-mêmes, entre eux, partagé l'affaire de l'administration, le jeune homme ne se voit pas interdire de citer l'un de ceux-ci pour la totalité, d'une façon telle que les actions que, contre les autres, il a, il les transfère à celui qui a été choisi ».*

Extrait du livre VI des *Stipulations* de Venuleius : *« Si deux ou plusieurs tuteurs administrent la tutelle, contre le garant, certes, pour le tout, par n'importe lequel d'eux, la stipulation est mise à exécution ; en revanche, si, entre eux, la tutelle a été partagée selon les régions, ce qui, généralement, est fait, et que l'un administre les biens urbains, l'autre, les biens à l'étranger, alors, à partir de la fortune de chaque défendeur, nous dirons qu'est donnée à exécuter, contre le garant, la stipulation ou qu'elle n'est pas donnée à exécuter ; car, bien que tous soient tuteurs et qu'ils administrent la tutelle, cependant, lorsque quelqu'un, quant à ce bien qui, en dehors de sa région, se trouvera, a commencé à faire valoir en justice son droit, la stipulation est donnée à exécuter de la même manière que si, à lui, la tutelle n'avait pas été permise ; autant il la réalise comme ayant été refusée, tout autant, elle sera valide, si, pour ce bien dont il est débattu, elle a été refusée ».*

[938] (Note de Groenewegen) Voir D. 26, 3, 1 § 12 ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, decis. 180.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 12 - Mais, si tous ne sont pas solvables, entre ceux qui sont solvables, est partagée l'action. Mais, selon que chacun est solvable, ils pourront être cités en justice ».*

[939] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 50, 17, 95, et là, les docteurs.

Extrait du livre VI *Des fidéicommis* d'Ulpien : *« Personne ne doute qu'est considéré solvable celui qui se défend ».*

[940] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 3, 1 § 15 ; D. 26, 7, 3 § 2 ; C. 5, 52, 3.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 15 - Mais [cela], aussi longtemps qu'à ses cotuteurs [qui n'administrent pas], il n'est pas venu, si les cotuteurs sont solvables, pour que d'abord, vers les magistrats qui les ont donnés ou vers les garants, il vienne ; et ainsi, notre empereur, à Ulpius Proculus, l'a-t-il dit dans un rescrit. Cela, en effet, Marcellus, dans le livre VIII de ses Digestes, l'a écrit et, très souvent, dans des rescrits, il a été dit que, tant que l'un des tuteurs est approprié, on ne peut venir aux magistrats qui les ont donnés, ainsi, il devra être reçu que, si le cotuteur, à raison de cela, n'est pas cité en justice, [à savoir] qu'il n'a pas voulu le rendre suspect et réclamer de garantie ».*

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - En conséquence, les autres tuteurs ne l'administreront pas, mais ils seront ceux que, communément, nous appelons honoraires. Et personne ne pensera qu'aucun risque, sur eux, ne rejaillira ; il est établi, en effet, que ceux-ci aussi, ayant été examinées d'abord les richesses de celui qui a administré, doivent être cités en justice ; ils ont, en effet, été donnés comme observateurs de l'action de celui-ci et comme des gardiens et leur sera imputé parfois [le fait de savoir] pourquoi, s'ils voyaient que celui-ci se comportait mal, ils ne l'avaient pas rendu suspect.*

demander son recours contre les cotuteurs, bien qu'il n'eût déjà pris aucune cession du droit du mineur [941], dans laquelle le droit des tuteurs est plus étendu que le droit des garants [942].

§ 10. De nouveau, celui qui est ou a été sous une tutelle est tenu de compenser au tuteur tous les dommages qu'il a souffert à raison de la tutelle [943], aussi, tous les frais faits de bonne foi [944], bien que la chose n'ait pas bien réussi [945] ; mais non s'il est entré dans un procès non fondé [946] ou s'il a été excessif **[381]** à faire des frais [947].

Continuellement, en conséquence, il faut que ceux-ci, de lui, réclament un compte et qu'avec soin, ils veillent [à savoir] de quelle façon il se comporte et, s'il y a de l'argent qui pourra être déposé, qu'ils veillent à ce qu'il soit déposé pour l'achat de biens-fonds ; se font des illusions, en effet, ceux qui pensent que les tuteurs honoraires ne sont absolument pas tenus ; car ils sont tenus selon ce que, ci-dessus, nous avons montré ».

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Zoticus et donnée en 294 : *« Bien que, par la convention réciproque des tuteurs, le risque ne soit pas fini, cependant, il n'est pas douteux que celui qui a administré, s'il est solvable, en première place, lui et ses successeurs doivent être cités à comparaître ».*

[941] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 3, 1 § 13.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 13 - Et, si, peut-être, quelqu'un, pour l'acte d'un autre tuteur, ayant été condamné, a payé ou qu'à partir de l'administration commune, les actions ne lui ont pas été confiées, il a été dit dans une constitution par le divin [Antonin] le Pieux, et par notre empereur et son divin père, qu'une action utile, au tuteur, contre son cotuteur, devait être accordée ».*

[942] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus le chapitre III, § 31.

[943] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 4, 1 § 6.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« . 6 - Qu'en est-il, cependant, s'il a attendu pour la raison qu'il était tuteur et que, pour cela, il ne l'a pas réclamé ? Voyons si, avec l'action en sens contraire de tutelle, il obtiendra une indemnité. Cela doit être plus approuvé ; car, de même qu'il a administré n'importe quoi d'autre à la faveur de l'avantage du pupille, avec l'action en sens contraire, il l'obtiendra, de même aussi, ce qui lui est dû, il doit l'obtenir ou la garantie de cela ».*

[944] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 4, 3.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Qu'en est-il donc, s'il a dépensé plus pour lui qu'il y a dans les richesses ? Voyons s'il pourra l'obtenir. Et Labéon a écrit qu'il le peut. Mais, ainsi, cela doit-il être reçu, s'il est à propos pour le pupille qu'ainsi, la tutelle soit administrée ; du reste, si cela n'est pas à propos, il doit être dit que le pupille doit être absous ; en effet, les tutelles ne sont pas administrées pour que les pupilles soient engloutis. En conséquence, le juge qui, d'une action en sens contraire, a la connaissance regardera l'avantage du pupille et, si le tuteur, à partir de son office, aura fait des frais. 1 - Il faut voir si l'action en sens contraire se présente aussi pour que quelqu'un, du pupille, demande sa libération. Et personne n'a dit qu'en cela, celui-ci pouvait agir en justice avec l'action en sens contraire afin que, de l'action de tutelle, il soit libéré, mais seulement quant à ce qui lui manque à raison de la tutelle. Mais il obtient l'argent, si, de son propre bien, il a consommé avec des intérêts, à trois pour cent ou à ceux qui, dans la région, sont observés, à ceux auxquels il l'a emprunté, s'il avait nécessairement à l'emprunter, pour qu'au pupille, à partir d'une juste cause, il en fasse l'avance, à ceux dont il a libéré le pupille ou à ceux dont le tuteur était privé, s'il était trop utile qu'au pupille, l'argent ait été payé. 2 - Clairement, si, peut-être, le tuteur a dû emprunter à intérêt quelque argent, que lui-même a payé, en faveur du pupille, quelque chose, il n'obtient pas lui-même les intérêts et, au pupille, ne les paiera pas. 3 - C'est pourquoi, si, à son usage, il l'a tourné, qu'ensuite, il a dépensé quelque chose pour le bien du pupille, [l'argent] qu'il a dépensé, il a cessé de le convertir et, de là, il n'en paiera pas les intérêts. Et, si, auparavant, il l'a dépensé pour le bien du pupille, que, bientôt, à son usage, il le tourne, il ne sera pas considéré en avoir converti le montant qui concourt avec le montant à lui dû, de sorte que, de ce montant, il n'en paie pas les intérêts. 4 - Voyons si le tuteur obtiendra les intérêts tant qu'il est tuteur, aussi, après la fin de la tutelle ou pour le retard seulement. Et il est mieux [de dire] que, jusqu'à ce que l'argent lui soit rendu, il les obtiendra ; en effet, l'argent ne doit pas, pour lui, être sans fruits. 5 Si, cependant, il y avait dans la substance du pupille d'où l'obtenir, il doit être dit que celui-ci ne doit pas réclamer les intérêts du pupille. 6 - Qu'en est-il donc, si, du bien du pupille, il n'a pas pu se payer, parce qu'il avait été déposé pour l'achat de biens-fonds ? Si, certes, il n'a pas demandé du préteur que l'argent soit retiré ou au moins, déposé, il se l'imputera ; mais, s'il l'a souhaité et ne l'a pas obtenu, il doit être dit que les intérêts ne disparaissent pas pour lui. 7 - Dans l'action en sens contraire, il est suffisant pour le tuteur qu'il ait bien et diligemment administré les affaires, quoiqu'ait eu un résultat contraire ce qui a été administré. 8 - Dans l'action en sens contraire de tutelle, est payé ce qui, pour le bien du pupille, a été versé avant la tutelle ou après la tutelle, si, avec les affaires administrées au moment de la tutelle, le lien est prouvé et ce qui, auparavant, été dépensé, si, à la faveur d'un tuteur, il a administré les affaires et que, par la suite, il a été établi comme tuteur, ou qu'il était curateur du ventre ; mais, si, à la faveur d'un tuteur, il n'a pas administré les affaires, doit entrer ce qui, auparavant, a été dépensé ; sont déduits, en effet, dans l'action de tutelle, les frais quels qu'ils soient qu'il aura faits pour le bien du pupille, ainsi, cependant, si, de bonne foi, il les a faits. 9 - Il est clair que cette action est perpétuelle et qu'à l'héritier et contre l'héritier, elle est accordée, et contre les autres successeurs, à ceux que cette affaire regarde et contre eux ».*

[945] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 4, 3 § 7.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 943 et 944 de Groenewegen van der Made**

Le tuteur a seulement une action pour son indemnité personnelle, il ne peut pas retenir les biens du pupille en sûreté et une hypothèque légale ne se présente pas à lui en faveur de ce qu'il demande ; cependant, une compensation ne doit pas être refusée au tuteur, pourvu que cela puisse être commodément fait, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 4, nb 1.]

§ 11. Quand les tuteurs peuvent ou ne peuvent pas réclamer une rémunération de leur peine, nous en avons parlé ci-dessus [948].

*

Chapitre XXVII
De l'administration des affaires [949]

§ 1. Une ADMINISTRATION DES AFFAIRES est *la peine que quelqu'un accepte, à l'égard d'un absent sans un mandat, pour exécuter ses affaires* [950].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXI. Tant la raison du droit civil reçu chez nous, voir les thèses XVII et XVIII, que sa parenté avec le mandat semblent assez prouver que l'administration des affaires est aussi chez nous de façon régulière gratuite, voir la thèse DLXX et Bijnkershoek, *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, cap. 5, p. 42.]

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Dans l'action en sens contraire, il est suffisant pour le tuteur qu'il ait bien et diligemment administré les affaires, quoiqu'ait eu un résultat contraire ce qui a été administré ».*

[946] (Note de Groenewegen) Voir C. 5, 37, 6.

Constitution d'Alexandre adressée à Paconius et donnée en 223 : *« Il n'est pas inconnu que les tuteurs ou les curateurs, si, au nom des pupilles ou des adultes, le sachant, intentent des actions pleines de ruses, à ce titre, doivent être condamnés, afin que, sous le prétexte de leur nom, à raison de leurs rivalités, ils pensent, en sécurité, pouvoir exercer leurs procès ».*

[947] (Note de Groenewegen) Voir D. 27, 4, 3 pr ; Wesembeck, *Paratitla*, *D. Contraria tutelæ* [D. 27, 4], nb 6.

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Qu'en est-il donc, s'il a dépensé plus pour lui qu'il y a dans les richesses ? Voyons s'il pourra l'obtenir. Et Labéon a écrit qu'il le peut. Mais, ainsi, cela doit-il être reçu, s'il est à propos pour le pupille qu'ainsi, la tutelle soit administrée ; du reste, si cela n'est pas à propos, il doit être dit que le pupille doit être absous ; en effet, les tutelles ne sont pas administrées pour que les pupilles soient engloutis. En conséquence, le juge qui, d'une action en sens contraire, a la connaissance regardera l'avantage du pupille et, si le tuteur, à partir de son office, aura fait des frais ».*

[948] (Note de Groenewegen) Voir le liv. I, chapitre IX, § 11, notes 200 et 201.

[949] (Note de Groenewegen) Voir D. 3, 5 et C. 2, 18 *(De l'administration des affaires).*

Le titre en question du Digeste comprend 48 extraits et celui du Code, 24 constitutions.

[950] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvii *(Des obligations comme à partie d'uncontrat)*, § 1.

« § 1. En conséquence, lorsque quelqu'un a administré les affaires d'un absent, que d'un côté comme de l'autre, entre eux, naissent des actions, celles-ci sont appelées [actions] d'administration des affaires (negotiorum gestorum) *; mais au propriétaire, certes, de l'affaire administrée, contre celui qui l'a administrée, se présente une action directe, mais à l'administrateur des affaires, une action contraire. Il est clair que celles-ci, à partir d'aucun contrat, proprement, ne naissent ; mieux, ces actions naissent ainsi, si, sans un mandat, quelqu'un, pour administrer les affaires d'autrui, s'est offert ; pour cette raison, ceux dont les affaires ont été administrées, aussi, l'ignorant, sont obligés. Cela, à raison de l'utilité, a été reçu, afin que ne soient pas abandonnées les affaires des absents qui, contraints par une hâte subite, l'administration de leurs affaires le demandant, sont partis à l'étranger ; assurément, personne ne sen serait soucié, si, quant à ce que quelqu'un avait dépensé, il n'allait avoir aucune action. Mais, de même que celui qui a administré utilement les affaires a le propriétaire des affaires comme obligé, de même, au contraire, celui-ci est aussi tenu de rendre compte de son administration. Dans ce cas, d'une très exacte diligence, chacun est tenu de rendre compte ; il ne suffit pas d'employer une diligence telle que, pour ses biens, on emploie ordinairement, si seulement un autre plus diligent allait administrer plus avantageusement les affaires ».*

§ 2. *Ses affaires* : que celles des autres le concernent entièrement ou par une conséquence, comme les affaires du pupille concernent le tuteur [951].

[**Note de Willem Schorer, §§ 1 et 2, sur les notes 950 et 951**

Dans le droit romain, celui qui s'immisce contre le gré du principal dans l'administration de quelque affaire est privé des dépenses qu'il a faites ; cependant, dans les usages, l'action rekative à l'adminisytration des affaires se présente à l'administrateur des affaires pour les dépenses utiles et nécessaires, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 18 *(De l'administration des affaires)*, 24, et ici l'auteur dans les notes 956 et 957. Mieux aussi, les intérpets depuis le moment du commencement du débat judiciaire, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 18 *(De l'administration des affaires)*, 8.]

§ 3. Un *absent* ; car celui qui est présent et laisse un autre exécuter ses affaires est entendu donner un mandat [952]. Celui dont l'affaire est administrée a, à partir de cela, un droit à demander des comptes à l'administrateur et, pour cette raison, à tout ce que l'administrateur a reçu à raison de l'administration avec les fruits et les profits, aussi, une réparation de tous les dommages arrivés non seulement par une mauvaise foi, mais aussi par quelque négligence [953] ; en cela, un administrateur est obligé plus strictement qu'un

---

[951] (Note de Groenewegen) Voir D. 3, 5, 5 [§ 2].

Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 (6) - Julianus, dans le livre III de ses Digestes, écrit que, si j'ai administré les affaires de ton pupille sans ton mandat, mais, pour que, de l'action de tutelle, tu ne sois pas tenu, avec l'action relative à l'administration d'affaires, je t'aurai comme obligé, mais le pupille, seulement, s'il en est devenu plus riche ».*

[952] (Note de Groenewegen) Voir D. 17, 1, 8 [l'extrait 9 est ici faussement indiqué, d'autant qu'il ne comporte qu'une simple phrase et non plusieurs paragraphes] § 2 et D. 17, 1, 18 ; D. 50, 17, 60.

Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais, quant au procès qu'il a pris sur lui de poursuivre, il est clair que, par une action de mandat, il est tenu ».*

Extrait du livre XL *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Celui qui souffre que, par un autre, lui soit donné mandat pour qu'à lui, il soit fait un prêt, est entendu en donner mandat ».*

Extrait du livre X des *Discussions* d'Ulpien : *« Toujours, celui qui n'interdit pas d'intervenir en sa faveur est considéré donner un mandat. Mais, si quelqu'un a confirmé ce qui a été fait, il est lié par une action de mandat ».*

[953] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxvii *(Des obligations comme à partir d'u contrat)*, § 1 ; D. 3, 5, 2. Voyez en outre D. 3, 5, 3 §§ 8-9 ; C. 2, 18, 17.

« § 1. En conséquence, lorsque quelqu'un a administré les affaires d'un absent, que d'un côté comme de l'autre, entre eux, naissent des actions, celles-ci sont appelées [actions] d'administration des affaires (negotiorum gestorum) *; mais au propriétaire, certes, de l'affaire administrée, contre celui qui l'a administrée, se présente une action directe, mais à l'administrateur des affaires, une action contraire. Il est clair que celles-ci, à partir d'aucun contrat, proprement, ne naissent ; mieux, ces actions naissent ainsi, si, sans un mandat, quelqu'un, pour administrer les affaires d'autrui, s'est offert ; pour cette raison, ceux dont les affaires ont été administrées, aussi, l'ignorant, sont obligés. Cela, à raison de l'utilité, a été reçu, afin que ne soient pas abandonnées les affaires des absents qui, contraints par une hâte subite, l'administration de leurs affaires le demandant, sont partis à l'étranger ; assurément, personne ne sen serait soucié, si, quant à ce que quelqu'un avait dépensé, il n'allait avoir aucune action. Mais, de même que celui qui a administré utilement les affaires a le propriétaire des affaires comme obligé, de même, au contraire, celui-ci est aussi tenu de rendre compte de son administration. Dans ce cas, d'une très exacte diligence, chacun est tenu de rendre compte ; il ne suffit pas d'employer une diligence telle que, pour ses biens, on emploie ordinairement, si seulement un autre plus diligent allait administrer plus avantageusement les affaires ».*

Extrait du livre III *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si quelqu'un a administré les biens d'un absent, bien que celui-ci l'ignorant, que, cependant, il a dépensé quelque chose avantageusement pour le bien de celui-ci ou aussi, que lui-même, sur le bien de l'absent, envers quelqu'un, s'est obligé, il a, à ce titre, une action en justice ; c'est pourquoi, dans ce cas, de façon réciproque, naît une action en justice qui est appelée [action] relative à l'administration des biens* (negotiorum gestorum). *Et, assurément, de même qu'il est juste que lui-même rende compte de son acte et qu'à ce titre, il soit condamné, quoi qu'il ait ou n'ait pas administré comme il le fallait ou qu'à partir de ces affaires, il conserve, de même, en sens inverse, il est juste que, si, de façon avantageuse, il les a administrés, lui est payé tout ce qui, à ce titre, lui fait défaut ou va lui faire défaut ».*

Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien: *« 8 - Si celui qui exerce les poursuites, par le préteur, sur mon affaire, ayant été donné, a commis envers moi un dol, me sera accordée contre lui une action [utile ou en fonction des circonstances du fait* (in factum)*]. 9 - Parfois, dans l'action relative à l'administration d'affaires, Labéon écrit que le dol est seulement concerné ; car, si, contraint par l'affection, pour que mes biens ne soient pas vendus, pour mes affaires, tu t'es offert, il est très juste que tu garantisses seulement ton dol ; cette sentence a une équité ».*

mandataire, à savoir, parce que l'administrateur fait une telle chose sans qu'on le lui demande et, pour cette raison, il doit employer une plus grande diligence ; mais, d'un accident, il n'est pas tenu [954].

[**Note de Willem Schorer sur la note 954 de Groenewegen van der Made**
L'adminsitrateur des affaires est tenu au soin le plus exact et ne s'en acquitte pas en employant un tel soin qu'il emploie ordinairement dans sa propre affaire, voir Vinnen sur les *Institutes*, III, xxvii, § 3. Un autre pense que cela doit être laissé au jugement du juge à la faveur de la qualité de l'affaire, laquelle faute devra être garantie par l'aministrateur des affaires, voir van Leeuwen, *Cessura forensis*, lib. IV, cap. 6, nb 3. Il y a cependant un cas dans lequel l'administrateur des affaires doit garantir son dol et celui-ci se trouve dans D. 3, 6 *(De l'administration des affaires)*, 3 § 9, à savoir si quelqu'un, conduit par l'affection, pour que mes biens ne soient pas vendus, s'est offert pour [administrer] mes affaires.]

§ 4. L'administrateur peut sortir de l'administration **[382]** quand la chose est dans sa totalité ou qu'une telle chose peut être faite sans un dommage pour l'autre [955].

§ 5. De nouveau, l'administrateur a droit, pour être libéré par celui dont il a administré les affaires de toutes les obligations conclues par cela avec d'autres, en outre, de tous les dommages soufferts [956] et des frais faits [957] ; étant bien entendu dans le cas où l'affaire est

---

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Claudia et donnée en 293 : *« Les successeurs aussi d'un curateurs cités en justice avec une action utile d'administration d'affaires doivent garantir tant le dol que la faute portée et, à ceux-ci, l'office de l'administration de passe pas. C'est pourquoi il convient que ceux-ci n'aient aucun pouvoir d'aliéner les biens d'une adulte ».*

[954] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 23 à la fin. Voyez en outre D. 3, 5, 21.

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« (…) Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations et les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».*

Extrait du livre III *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Que quelqu'un qui administre les affaires successorales ou celle qui appartiennent à quelqu'un ait acheté un bien par nécessité, bien que ce dernier ait disparu, ce qu'il a dépensé, il pourra l'obtenir avec l'action relative à l'administration d'affaires, comme quand il a acheté du blé ou du vin pour la maisonnée et que celui-ci, avec un certain accident, a disparu, peut-être par un incendie ou par la ruine [d'un bâtiment]. Mais on peut évidemment le dire ainsi, si la ruine ou l'incendie lui-même, sans sa faute, est arrivée ; car, du fait qu'à raison de la ruine ou de l'incendie lui-même, il doit être condamné, il est absurde que celui-ci, au titre de ces biens qui ont été détruits, obtienne quelque chose ».*

[955] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 13, 6, 17 § 3 ; D. 3, 5, 9 à la fin.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que prêter à usage tient plus de la volonté et de la civilité que de la nécessité, de même, la mesure et le terme du commodat appartiennent à celui qui a procuré l'avantage. Mais, quand il l'a fait, c'est-à-dire après qu'il a prêté à usage, alors, non seulement la civilité ne l'empêche pas de prescrire une limite, de revenir en arrière et, de façon intempestive, d'enlever l'usage du bien prêté à usage, mais aussi l'obligation assumée entre celui qui donne et celui qui reçoit. En effet, l'affaire est portée de façon réciproque et c'est pourquoi, réciproquement, les actions ont été disposées, afin qu'il apparaisse que ce qui, au commencement, appartenait à un avantage et à la seule volonté, soit tourné en prestations et actions civiles réciproques. Comme cela se produit pour celui qui a commencé à administrer les affaires d'un absent ; en effet, impunément, il ne les laissera pas périr ; en effet, un autre les aurait peut-être entreprises, s'il ne l'avait commencé ; en effet, il appartient à la volonté d'accepter un mandat, à la nécessité, de l'accomplir. En conséquence, si tu m'as prêté à usage des tablettes, pour que le débiteur me donne garantie, à bon droit, tu n'agiras pas en les réclamant de manière inopportune ; car, si tu les as refusées, je les aurais achetées ou bien employé des témoins. De même, il en est, si, pour bâtir un immeuble de rapport, tu me prêtes à usage du bois et qu'ensuite, tu le reprends ou que, le sachant, tu m'as prêté des bois défectueux ; mieux, il faut que nous soyons secourus et que nous ne soyons pas trompés avec un avantage. Pour ces causes, il faut dire encore que l'action judiciaire en sens contraire est utile ».*

Extrait du livre I[er] des *Questions* de Scævola : *« (…) Il y aura, en conséquence, après la confirmation, l'action relative à d'administration d'affaires ».*

[956] (Note de Groenewegen) Voir D. 3, 5, 2 et 18 § 4.

Extrait du livre III *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Si quelqu'un a administré les biens d'un absent, bien que celui-ci l'ignorant, que, cependant, il a dépensé quelque chose avantageusement pour le bien de celui-ci ou aussi, que lui-même, sur le bien de l'absent, envers quelqu'un, s'est obligé, il a, à ce titre, une action en justice ; c'est pourquoi, dans ce cas, de façon réciproque, naît une action en justice qui est appelée [action] relative à l'administration des biens* (negotiorum gestorum). *Et, assurément, de même qu'il est juste que lui-même rende compte de son acte et qu'à ce titre, il soit condamné, quoi qu'il ait ou n'ait*

bien réussie ou, au moins, est si bien administrée que, selon le jugement commun de personnes qui s'y entendent, un bien futur est à en attendre [958].

§ 6. Sous ce nom d'administration, est aussi compris la peine qui est prise pour sauver le bien des autres personnes en mer, qui est aussi accompagnée d'un grand danger et le fait qu'à défaut de cela, de nombreux biens seraient perdus, ainsi, cela est appelé avec une grande raison dans ces pays une *prime de sauvetage* (*Bergloon*).

[**Note de Willem Schorer**

UNE PRIME DE SAUVETAGE. Autrefois, non seulement les biens naufragés, mais aussi ceux qui souffraient le naufrage tombaient en confiscation et les rois du Danemark, les ducs du Holstein et les Frison des îles, qui vivaient de la pêche et du naufrage généralement, avaient exercé ce brigandage, voir Johan Gryphiander, *De insulis*, cap. 31, nb 11, 12 et 113.

De façon très vraie, Barbeyrac, dans son *Discours sur le bénéfice des loix*, p. 479-480, qui se trouve après *les devoirs de l'homme et du citoyen* [de Pufendorf] dans l'éd. d'Amsterdam [de 1735, a déclaré les maîtres de l'Écriture plus funestes que Neptune lui-même et Éole ; mieux, il ne manque pas de lieux où les interprètes des saintes Écritures ne rougissent pas de tourmenter avec des prières publiques SEULEMENT pour vouloir rendre le seigneur territorial plus riche avec ce malheur ! Thomasius, comme l'indique Barbeyrac sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, lib. IV, chap. 13, § 5, note 2, s'efforce d'excuser cependant cette barbarie effrayante, auquel on peut ajouter ce que tient l'auteur dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. VII, § I.3, Selden, *Mare clausum*, lib. I, cap. 25 à la fin, et Voltaire, *Essay sur l'histoire générale*, t. I, p. 18. En conséquence, dans le droit canonique, la peine d'excommunication a été statuée contre les pilleurs des naufragés, voir Décrétales V, xvii, 3 [décrétale tirée du concile de Latran sous Alexandre III].

---

pas administré comme il le fallait ou qu'à partir de ces affaires, il conserve, de même, en sens inverse, il est juste que, si, de façon avantageuse, il les a administrés, lui est payé tout ce qui, à ce titre, lui fait défaut ou va lui faire défaut ».

Extrait du livre II *Sur Neratius* de Paul : *« 4 - Nous paierons non seulement le capital, mais aussi les intérêts perçus à partir de l'argent d'autrui avec l'action relative à l'administration d'affaires, ou aussi ceux que nous avons pu percevoir. Au contraire, nous ne conserverons pas aussi les intérêts que nous avons payés ou qu'à partir de notre argent, nous avons pu percevoir, [argent] que, pour les affaires d'autrui, nous avons dépensé, avec l'action relative à l'administration d'affaires ».*

[957] (Note de Groenewegen) Voir D. 3, 5, 45 pr [il faut corriger la référence donnée par Groenewegen qui renvoie à l'extrait 54 de ce titre, extrait qui n'existe pas].

Extrait du livre IV des *Opinions* d'Ulpien : *« Ce qui, de façon avantageuse, dans les affaires de quelqu'un, est payé, dans lesquelles il y a aussi les dépenses qui regardent, de façon honorable, les honneurs acquis par degré, avec l'action relative à l'administration d'affaires, peut être réclamé ».*

[958] (Note de Groenewegen) Voir D. 3, 5, 9 § 1 et 11 § 2. Voyez en outre D. 3, 5, 11 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 15, 3 [*[De l'action] en restitution de ce qui, dans le patrimoine du père [de famille] ou du maître, a été versé*], 3.

Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais celui qui, avec l'action relative à l'administration d'affaires, agit en justice, non seulement si a eu un résultat l'affaire qu'il a administrée, de cette action, usera, mais il suffit qu'il l'ait avantageusement administrée, quoique l'affaire n'ait pas eu de résultat. Et c'est pourquoi, s'il a étayé un immeuble de rapport ou soigné un esclave malade, même si l'immeuble s'est effondré ou que l'esclave est mort, il agira en justice avec l'action relative à l'administration d'affaires ; et c'est ce que Labéon approuve. Mais, comme le rapporte Celsus, Proculus relève que chez lui* (*i. e.* chez Labéon)*, qu'elle ne doit pas toujours être accordée. Qu'en est-il, en effet, s'il a étayé l'immeuble de rapport qu'un propriétaire, comme s'il [était] de valeur inférieure à la dépense, a abandonné ou dont il ne pensait pas qu'il lui était nécessaire ? Il a, dit-il, placé une charge sur le propriétaire selon l'opinion de Labéon, du fait qu'à chacun, il est permis, au titre d'un dommage non encore survenu* (damnum infectum)*, d'abandonner un bien. Mais, de façon fine, Celsus raille cette opinion : en effet, a l'action relative à l'administration d'affaires, dit-il, celui qui, avantageusement, a administré les affaires ; mais n'a pas avantageusement administré les affaires celui qui entreprend une chose non nécessaire ou qui va charger un père de famille. Selon cela, il y a ce que Julianus écrit, [à savoir] que celui qui a étayé un immeuble de rapport ou soigné un esclave malade a l'action relative à l'administration d'affaires si, de façon avantageuse, il l'a fait, bien que le résultat ne se soit pas ensuivi. Moi, je demande : qu'en est-il, s'il pensait avantageusement le faire, mais qu'au père de famille, cela n'était pas avantageux ? Je dis que ce dernier n'aura pas l'action relative à l'administration d'affaires ; en effet, comme nous ne regardons pas le résultat, cela doit avoir avantageusement commencé ».*

Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais, de même que pour l'administration des affaires des vivants, il suffit qu'avantageusement, l'affaire ait été administrée, de même, pour les biens des morts, bien qu'un résultat différent se soit ensuivi ».*

Cette coutume impie s'appuyait sur un faux fondement [à savoir] que, pour alléger le navire et conserver la vie, les marchandises jetées avaient été tenues pour abandonnées et, pour cette raison, devenaient celles de ceux qui en prenaient possession ; ce qui est cependant très faux, à moins qu'il ne soit prouvé que les propriétés ne durent pas au-delà de la possession quant au droit de la nature, comme Bijnkershoek, *De dominio maris*, cap. 1, s'efforce d'affermir cette sentence *ex professo*. Mais, déjà en 1704, Titius, dans sa *Disputatio academica de dominio rerum in rebus occupatis ultra possessionem durante (Dispute académique De la propriété des biens qui dure au-delà de la possession sur les biens pris en possession)*, et Barbeyrac sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 6, § 1, note 1, avaient critiqué le grand Président.

De là, il s'ensuit que, dans le droit civil, celui qui enlève un tel bien avec une intention de profit commet un vol, voir Barbeyrac sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 6, § 12, note 12, Vinnen sur les *Institutes*, II, i, § 47, nb 2, Heemskerk, *Batavische Arcadia*, pour moi p. 295, qui traite *ex professo* cette matière et enseigne que Charles Quint et son fils Philippe II avaient posé des limites à ce brigandage. En conséquence, en 1599, la Cour Suprême a condamné solidairement les habitants de l'île de Schelling qui avaient apporté dans leur maison le blé jeté sur le rivage d'un navire naufragé à autant que le patron du navire avait juré au procès, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 44, et il a été répondu le 7 janvier 1751 à Zutphen que cela appartenait au droit, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 61, nb 21 et 22.

Il n'est cependant pas injuste que les marchandises trouvées sur le rivage soient adjugées au fisc, pourvu que leur propriétaire ne soit pas ignoré, une enquête soigneuse ayant précédé, voir Brunemann sur D. 14, 2 *(De la Loi Rhodienne du jet)*, 8, nb 2. Déjà, à partir du privilège de Marie, accordé aux Hollandais et aux Zélandais à Gand, le 14 mars 1477 (communément le *Grand Privilège*), il a été permis à quiconque, les dépenses pour des gardiens ayant été refusés à la faveur de l'équité, de revendiquer les biens conservés d'un naufrage, voir le *Groot Placaet-boek*, part. II, p. 1213 ; *Vaderlands Historie*, chap. 4, 14 b, p. 169. Par la suite, dans l'ordonnance du roi Philippe II, il a été disposé que chacun pourra réclamer ses biens naufragés dans un an et sept semaines, pourvu que soient payées les dépenses faites pour leur conservation, voir Vinnen sur les Institutes, II, i, § 47, nb dernier ; van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Zeevang of vonden* - "Prises de mer ou biens trouvés", § 7, p. 782 [éd. 1711], et plus longuement, Tobias Boel sur Loenius, cas. 94.

Et ainsi a-t-il anciennement été disposé en Zélande, voir les *Keuren van Zeeland*, chap. 4, art. 13 et, dernièrement, par les États de Zélande, dans un édit du 14 juin 1751, ainsi, de sorte que, ce délai étant terminé, ils sont adjugés au fisc. Mais ici, dans l'art. 14 et l'art. 26, il a été expressément interdit aux vassaux et aux autres qui jouissent de ce droit qui réclament de prendre une quote-part des biens naufragés sous un quelconque prétexte. Cependant, dans le droit saxon, la déclaration ayant été faite, deux parts échoient au magistrat et la troisième à celui qui en a pris possession, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. III, const. 31, defin. 18.

L'auteur traite dans le § 7 suivant du prix du sauvetage qui se présente aux soldats de martine et Groenewegen indique ici dans sa note les ordonnances. Dans l'édit plus récent des Zélandais, art. 20, on distingue si les biens naufragés conservés étaient en dehors des signaux des bas-fonds (communément les *balises*)ou s'ils étaient à l'intérieur. Dans ce cas, le tiers leur est cédé, dans l'autre, la moitié, avec cette réserve, cependant, que les États eux-mêmes ou les délégués à l'assemblée pourront juger sur eux toujours en équité.

Il a été disposé par les puissants États de Frise le 12 mars 1722 aux pilleurs des biens naufragés, de s'opposer aussi et que l'inventeur de biens naufragés devait les déclarer au proche magistrat sur le territoire duquel il avait trouvé ceux-ci (à l'exception des navires naufragés, qui échoient, *le bruis de bois*, au bailli) après 24 heures ; et si, en les conservant, les biens n'ont pas pu être conservés, l'inventaire en ayant été fait dans les 8 ou 14 jours, il se préoccupe de les vendre au plus petit préjudice des propriétaires. Les autres biens seront conservés pendant un an et le propriétaire apparent paiera pour les dépenses faites pour la conservation des biens au magistrat ou aux *intendants de Gritenie [en Frise]* un intérêt de deux pour cent et, étant déduits ou devant être déduits pour le prix du sauvetage, il laissera le tiers des biens au conservateur, voyez le statut de Frise, liv. IV, tit. 8, art. 2.

Semblablement, les États Gueldre ont, de fgaçon ferme, promulgué l'ordonnance du 12 avril 1726, voir Schrassert, *Codex Gerlo-Zutphanicus*, aux mots *Van berg- en visch-loon* - "Du droit tiré des marchandises échouées et du poisson".

Locken, *De jure maritimo*, lib. I, cap. 7, § 10, signale que cela triomphe dans les usages des autres peuples.]

§ 7. Cette prime de sauvetage, quand la valeur des biens sauvés monte au-dessus des frais de cent florins, est accordée à cinquante florins, et au-dessus de cent, jusqu'à quatre cents florins, le quart de ce qui est sauvé, dans le cas où les sauveteurs s'en contentent ou autrement, à la discrétion du juge [959].

*

[383] Chapitre XXVIII
De la communauté du bien [960], particulièrement de la succession conjointe [961] et de la limite commune [entre deux terres] [962]

§ 1. Une similitude avec la société existe là où il y a une communauté sans une convention. Celle-ci est une communauté *de bien* ou de ce qui en vient.

§ 2. Une COMMUNAUTÉ DU BIEN est *un gouvernement qui appartient à deux ou plusieurs personnes sur le même ou les mêmes biens.*

§ 3. Un *gouvernement* ; qu'il soit d'une pleine ou incomplète propriété [963], ou d'une possession légale [964], cependant, les droits, dont la jouissance n'est pas divisible, comme les servitudes, ne sont en cette matière d'aucune considération [965].

---

[959] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 13 septembre 1549 et du 15 mai 1574. Voyez en outre ci-après le chapitre XXIX, § 4, note 1011 et 1012.

[960] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3 et C. 3, 37 *([De l'action] en partage de bien commun).*

Le titre en question du Digeste comprend 31 extraits et celui du Code, 5 constitutions.

[961] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2 et C. 3, 36 *([De l'action] en partage de succession).*

Ce titre du Digeste renferme 57 extraits et celui du Code, 26 constitutions.

[962] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 1 et C. 3, 39 *([De l'action relative] à la fixation des bornes).*

Ce titre du Digeste inclut 13 extraits et celui du Code, 6 constitutions.

[963] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 7 et 10 § 1.

Extrait du livre XX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« L'action en partage de bien commun a lieu pour une terre soumise à une redevance. Il faut voir si une terre soumise à une redevance pourra être partagée ; mais, plutôt, le juge doit se tenir éloigné d'un partage de cette sorte ; autrement, le paiement de la redevance sera confondu. 1 - Neratius écrit que l'arbitre, s'il n'a pas adjugé le bien-fonds soumis à une redevance et partagé en régions à deux [personnes], peut, comme si [c'était] sur deux biens-fonds, imposer une servitude. 2 - Ceux qui ont, sur le bien* (in rem)*, l'action Publicienne, peuvent aussi exercer l'action en partage de bien commun. 3 - Mais, pour certaines causes, la revendication cesse, si, cependant, il y a une juste cause de possession, l'action utile en partage de bien commun se présente, comme par exemple si, à partir de la cause du paiement d'un indu, le bien est possédé. 4 - Mais, entre des pillards, cette action n'a pas lieu ni, si, à titre précaire, ils possèdent, elle n'aura pas lieu, ni si [c'est] clandestinement, parce que cette possession est injuste ; au vrai, la [possession] précaire [est] certes juste, mais celle-ci ne mène pas à la force d'une action. 5 - Julianus écrit que, si un possesseur fait une demande, que l'autre dit qu'avec une violence, il possède, cette action ne doit pas être accordée, si certes, après l'année, parce que l'on a décidé qu'après l'année, pour celui qui a été délogé, un interdit est rendu et, si, à titre précaire, dit-il, il dit que celui-ci possède, encore, cette action cessera [de jouer], parce que, quant au précaire, un interdit est accordé. Mais, si, clandestinement, est réputé posséder celui qui fait la demande en justice, il dit qu'il doit être dit que cesse [de jouer] cette action ; car, quant à la possession clandestine, se présente un interdit, dit-il. 6 - S'il y a deux [personnes] qui ont reçu le bien en gage, il est très juste que l'action utile en partage de bien commun soit accordée. 7 - Mais, si, quant à un usufruit, il y a entre les deux une dispute, elle doit être accordée. 8 - De même, si les deux [personnes], par le préteur ont été envoyées en possession des legs ; en effet, il y a une juste raison de possession, à raison de la garde. En conséquence, s'il y a deux enfants en gestation, de même, il faudra le dire ; cela est raisonnable. 9 - Clairement, si, déjà mis en possession avec une garantie de dommage non encore survenu* (damni infecti)*, il s'est vu ordonner de posséder, il n'y aura pas lieu, pour celui-ci, à l'action utile, du fait qu'il peut avoir la revendication. 10 - Quand, quant à un usufruit, l'action en partage de bien commun est mise en œuvre, le juge orientera son office d'une façon telle que, de ces régions, il permette de jouir et d'user, il*

§ 4. Cette obligation est utile aussi longtemps que dure la communauté pour utiliser la chose à l'amiable pour un avantage commun [966]. Et, pour cela, dans la location de biens

---

établira l'usufruit pour l'un de ceux-ci ou à une troisième personne, de sorte que ceux-ci en reçoivent les loyers sans aucune dispute ; ou, si les biens sont meubles, aussi, il le pourra d'une façon telle qu'entre eux, cela soit convenu et qu'ils donnent garantie que, pendant les délais [fixés], ils en useront et en jouiront, c'est-à-dire que, pour chacun, de façon réciproque, durant un certain temps, il y a un usufruit. 11 - Ni aux colons, ni à ceux qui ont reçu un dépôt, cette action ne se présente, bien que, de façon naturelle, ils possèdent. 12 - Entre ceux qui, en gage, ont reçu [quelque chose], un tel partage doit être fait, non pour qu'au véritable prix, le bien soit évalué, mais au montant seulement qui, à la faveur de cette partie, est dû, le gage est, certes assigné à l'un des créanciers, cependant, la possibilité ne sera pas refusée au débiteur de payer la dette et de payer son gage. De même, on le dit, si le possesseur du gage offre l'évaluation du procès à celui qui agit en justice avec l'action de gage sur le bien (in rem). *13 - Si le débiteur a donné en gage une partie d'un bien-fonds commun et qu'ayant été appelé en justice par le propriétaire de l'autre partie ou par un autre créancier d'un autre débiteur qui surenchérit, le créancier est dominé et que le débiteur de celui auquel le bien a été adjugé a voulu recouvrer sa partie du bien-fonds en payant ce que lui-même devait, finement, il est dit qu'il ne doit pas être entendu, à moins qu'il ne se soit préparé à recouvrer cette partie que le créancier, par le biais d'une adjudication a achetée. Car, si tu as vendu une partie d'un bien et qu'avant que tu la délivres à l'acheteur, avec l'action en partage de bien commun, tu as été appelé en justice et que l'autre partie t'a été adjugée, de façon conséquente, il est dit que, sur le fondement de l'achat* (ex empto), *on ne peut pas agir en justice, à moins qu'il ne se soit préparé à recevoir le bien en entier, parce que cette partie, avec le bénéfice de l'autre, à celle du vendeur, s'est ajoutée ; mieux, aussi, sur le fondement de la vente* (ex vendito), *l'acheteur peut être cité en justice, de sorte qu'il reçoive la totalité ; il faudra examiner seulement cela, [à savoir] si, peut-être, quelque fraude n'est pas intervenue. Mais, si, la partie ayant été vendue, vaincu lors de la vente aux enchères, le vendeur l'a cédée, également, d'en rendre le prix, sur le fondement de l'achat* (ex empto), *il sera tenu. Ces mêmes choses sont observées dans un mandat et dans les autres actions de cette sorte ».*

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - S'il y a seulement notre droit d'usage qui ne peut ni être vendu, ni être loué, voyons comment le partage peut être fait dans l'action en partage de bien commun. Mais le préteur interviendra et corrigera la chose, de sorte que, si le juge, à un autre, a adjugé le droit d'usage, l'autre n'est pas considéré, [lui] qui a reçu un loyer, ne pas en user, comme si faisait plus celui qui est considéré en jouir, parce que cela, à cause de la nécessité, est fait ».*

[964] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 7 § 1.

Extrait du livre XX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Neratius écrit que l'arbitre, s'il n'a pas adjugé le bien-fonds soumis à une redevance et partagé en régions à deux [personnes], peut, comme si [c'était] sur deux biens-fonds, imposer une servitude ».*

[965] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 19 §§ 2-4.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« 2 - Si, à travers le même endroit, un droit de circulation nous est dû et que, pour lui, une dépense a été faite, de façon plus rude, Pomponius dit qu'avec l'action en partage de bien commun ou à la faveur d'un associé* (pro socio), *on peut agir en justice ; en effet, cette communauté de droit, de façon séparée, peut-elle être entendue ? Mais, avec l'action relative à l'administration d'affaires* (negotiorum gestorum), *on doit agir en justice. 3 - Le juge de l'action en partage de bien commun, de même du partage de succession, quant à l'esclave qui, en fuite, se trouve, doit ordonner que se portent acquéreurs ceux entre lesquels il est juge et alors, l'adjuger [à celui] dans les mains duquel la licitation est restée ; il n'y aura pas de risque qu'à partir du sénatus-consulte, la peine de la Loi Fabia soit mise à exécution. 4 - Labéon dit que le droit de passage applicable aux eaux, dans l'action en partage de bien commun, n'entre pas ; car il appartient ou au bien-fonds lui-même, et c'est pourquoi, dans l'action il n'entre pas, ou ayant été séparé du bien-fonds, cependant, il a été partagé en quantité et en périodes. Mais, parfois, les droits peuvent avoir été séparés du bien-fonds et, ni en quantité, ni en périodes, partagés, comme, celui, duquel il y avait plusieurs héritiers, les a laissés ; quand cela arrive, il est raisonnable que ceux-ci, dans l'action de partage de succession, entrent ; et Pomponius dit qu'il ne voit pas pourquoi, moins dans l'action en partage de bien commun que dans celle de partage de succession, ils entreraient. En conséquence, dans les espèces de cette sorte aussi, dans l'action en partage de bien commun, il entre, de sorte que les droits précités, en quantité ou en périodes, soient partagés ».*

[966] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 28 ; D. 22, 1, 25.

Extrait du livre VII des *Questions* de Papinien : *« Sabinus dit que, sur un bien commun, personne, avec le droit d'un propriétaire, ne peut faire quelque chose à l'insu de l'autre. D'où, il est évident qu'il existe un droit de l'interdire ; il est, en effet, établi que, sur un bien à égalité, la cause de celui qui interdit est plus forte. Mais, quoiqu'un associé, par son associé, puisse être empêché de faire quelque chose, cependant, il ne peut être contraint d'enlever l'ouvrage réalisé, si, alors qu'il aurait pu l'en empêcher, il l'avait laissé passer ; et c'est pourquoi, par le biais de l'action en partage d'un bien commun, le dommage pourra être réparé. Mais, si au contraire, à celui qui le fait, il n'a pas donné son accord, pour le dommage, il n'a pas l'action. Si, l'associé étant absent, au préjudice de ce dernier, il a fait quelque chose, alors, aussi, il est contraint de l'enlever ».*

Extrait du livre VII des *Digestes* de Julianus : *« Celui qui sait qu'un bien-fonds, à lui avec un autre, est commun, les fruits que, de celui-ci, il a perçus, contre le gré de son associé ou celui-ci l'ignorant, ne les fait pas siens pour une part plus grande que celle dont il est propriétaire du bien-fonds ; il n'importe pas [de savoir] si lui-même, son associé ou les deux les ont semés, parce que tout le fruit, non selon le droit de la semence, mais selon le droit du sol, est perçu ; et, de même que, si quelqu'un, sachant qu'il possède le bien-fonds d'autrui, à partir d'aucune partie, fera les fruits siens, de quelque façon qu'ils aient été semés,*

commun, doit être suivi ce que la majorité pensait [être] un avantage avec le fait que le propriétaire ou le possesseur de la plus petite partie peut utiliser la sienne lui-même et, les parts étant semblables, l'un peut fixer à l'autre de donner ou de prendre [967].

[**Note de Willem Schorer sur la note 967 de Groenewegen van der Made**

Voyez aussi Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 7, nb 43. Pour une maison commune, de même, l'usage est à bon droit partagé, d'une façon telle que l'un des copropriétaires qui offre autant qu'un étranger soit préféré à l'étranger, pourvu qu'il donne caution et donne garantie, voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 8, art. 5 ; Menochio, *De arbitrariorum judiciorum quæstionibus*, cas. 442, nb 16 et suivants ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 3, nb 8. Si les associés sont en désaccord, les uns le voulant, les autres ne voulant pas louer, il est mieux de dire que la location de tout le bien doit être faite chaque fois que son usage ne peut pas être commodément fait par partie, surtout s'il est tel que nous le louons ordinairement, voir Voet, dans ledit nb.

Rien de nouveau ne peut être fait par l'autre sur le bien commun contre le gré de l'autre associé, ainsi, de sorte que la condition de celui qui l'interdit soit meilleure ; et, si quelque chose a été fait ou donné en mandat de le faire, l'associé est contraint de remettre le bien dans son état originel. Qu'en est-il s'il a seulement souffert que quelque chose de nouveau soit fait par l'étranger et ne l'a pas interdit alors qu'il pouvait le faire ? Il n'est pas contraint à le détruire, mais à la réparation du dommage découlant de là.

Si la majorité des associés a voulu vendre le bien contre le gré d'un petit nombre, alors, ils transfèrent seulement leurs parts, mais non celles de ceux qui sont en désaccord, à l'acheteur, du fait que ce qui est nôtre ne pourra pas être transféré à un autre sans notre acte, voir D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 11, à moins que les biens ne soient exposés à la vente, à savoir, achetés avec l'intention qu'ils soient de nouveau vendus. Ainsi aussi, un seul associé, les autres s'y refusant, peut ensevelir dans une tombe commune un cadavre comme si cela était fait à partir de la volonté des associés déclarée dès le début, voir Voet, lib. 10, tit. 3, nb 7. Mais il a été répondu, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 1, nb 15, qu'en général, la majorité ne portait pas préjudice à la minorité quand il s'agissait que quelque bien commun à plusieurs, comme comme à chacun.]

[*Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel

DCCLXXII. Bien qu'à partir de la raison du droit, un associé ne puisse pas, contre le gré de l'associé, disposer du bien commun, voir D. 10, 3 *(De l'action en partage de bien commun)*, 28, ce qui

---

de même, celui qui possède un bien-fonds commun ne fera pas siens les fruits à la faveur de la partie sur laquelle le bien-fonds, à son associé, appartiendra. 1 - Sur le bien-fonds d'autrui, que Titius, de bonne foi, a acheté, j'ai semé du blé ; Titius, l'acheteur de bonne foi, fera-t-il siens les fruits ? J'ai répondu que, quant aux fruits qui, du bien-fonds, sont perçus, on doit entendre que, de façon plus propre, ceux-ci s'ajoutent à ceux que les esclaves, avec leurs services, ont acquis, parce que, dans la perception des fruits, plus le droit de l'objet, à partir duquel ils sont perçus, que de la semence, à partir de laquelle ils sont nés, est examiné ; et c'est pourquoi personne, jamais, n'a douté que, si, sur mon bien-fonds, j'ai semé ton blé, les céréales sur pied et ce qui, à partir de la moisson, a été récolté, deviendra mien. En outre, le possesseur de bonne foi, dans la perception des fruits, a ce droit qui, aux propriétaires des biens-fonds, a été attribué. De plus, lorsqu'à l'usufruitier, appartiennent les fruits semés par n'importe qui, combien plus cela, pour les possesseurs de bonne foi, doit-il être reçu, [eux] qui ont plus de droit sur la perception des fruits ? Du fait qu'ils ne deviennent certes pas ceux de l'usufruitier avant que, par lui, ils soient perçus, mais qu'au possesseur de bonne foi, ils appartiennent, de n'importe quelle façon qu'ils ont été, du sol, séparés, de même que, ceux de celui qui a le bien-fonds loué pour de l'argent, les fruits le deviennent en même temps qu'ils ont été, du sol, séparés. 2 - Un acheteur de bonne foi a semé et, avant qu'il perçoive le fruit, a appris que le bien-fonds était celui d'autrui ; il est demandé si, avec leur perception, il fera les fruits siens. J'ai répondu que, comme acheteur de bonne foi, quant à ce qui [regarde] la perception des fruits, il doit être entendu, aussi longtemps que le bien-fonds n'a pas été évincé ; car aussi, l'esclave d'autrui que, de bonne foi, j'ai acheté, pour moi, à partir de mon patrimoine ou de ses services, acquiert aussi longtemps que, de moi, il n'a pas été évincé ».

[967] (Note de Groenewegen) Voir Menochio, *De arbitrariis judiciis*, liv. II, cent. 5, cas 442 ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. III, decis. 116, nb 13 jusqu'à la fin ; Hector Felicius, *De societate*, cap. 28, nb 29 et 52 avec les suivants ; Imbert, *Enchiridion*, § *si un des compagnons peut jouir*, pour moi, p. 198 ; Papon, *Arrests*, liv. XV, tit. 2, art. 26, tit. 47, art. 42 ; Dino de Mugello sur la règle 56 dans le Sexte. Cependant, de cela, il y a dans les villes communément des *Keuren* particulières. Voyez la coutume d'Utrecht, tit. 25, art. 4 et 5 ; les coutumes d'Anvers, tit. 47 *(Des successions, des partages)* , art. 2 ; les coutumes de Malines, tit. 8, art. 5, et tit. 16, art. 47.

aaussi été statué dans les coutumes de la Hollande du Sud, art. 31, voir van de Wall, *Handvesten van Dordrecht*, p. 1360, , cependant, dans certaines places, ila été reçu que celui qui a une moindre part dans un bâtiment commun doive suivre la volonté de celui auquel la plus grande part se présente, que celui-ci veuile lui-même y habiter pour un loyer féterminé par le juge ou le louer à un étranger, cependant, d'une façon telle que l'associé pour la plus petite part doive toujours être préféré à l'étranger, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 81. Si les parts des associés sont égales, on doit user du sort pour déterminer ou, ce qui est plus juste, il a agréé à Leyde que l'usage du bien doive être accordé pour cinq ans à celui qui offre aux enchères plus, voir les *Keuren* de Leyde, art. 123.]

§ 5. Pour les terres qui sont de sillon commun et ne sont pas louées, la coutume est dans le Rijnland que la jouissance est partagée en présence du bailli et des voisins, **[384]** chacun selon sa part dans les terres. Une prairie est partagée le jour de mai pour paître avec des bêtes. Une jument avec un poulain fait deux parts, une jument seulement, une part ; un cheval de deux ans, une part ; trois poulains d'un hiver, deux parts ; une vache, une part ; trois génisses d'un an, une part ; trois bêtes de deux ans, deux part ; six veaux, une part ; six brebis, une part ; douze agneaux, une part ; un poulain d'un hiver, avec une pouliche, une part. Mais les poulains qui hennissent, un poulain de trois ans, des bœufs qui courent, des taureaux de trois ans, des moutons galeux ou rogneux, des chevaux qui sont ferrés par derrière, des cochons qui sont non châtrés ne sont pas tenus pour un bien divisible. Une fenaison ou un pré est partagé avec la faucille le soir de la Saint-Olaf (*i. e.* le 22 juin) ; et, lorsque le foin est coupé, le regain est partagé, lorsqu'il y en a l'utilité et l'avantage ; tout labour ou terre de labour est partagé à la Saint-Pierre sur la chaire (*i. e.* le 22 février) et toutes les chanvrières et cultures de raves, lorsqu'il y a utilité et avantage à ensemencer.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXIII. L'intention de cet endroit un peu obscur peut être à bon droit entendue à partir de la version latine dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 90, joint au supplément, p. 226. Mais il concerne le partage de l'usage, non de la terre elle-même.]

[***Note du traducteur***

Nous proposons ici la traduction de l'observation à laquelle renvoie ici van der Keessel, reprise des *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 90, sur ce même § 5, voir l'édition donnée à La Haye en 1777 chez Johannes Mensert, vol.1, p. 114-115 :

« Parmi les passages obscurs que sont trouvés dans l'*Inleiding* de De Groot, celui-ci est sûrement l'un des plus remarquables, celui-ci étant pour lui pris d'une turbe du 23 octobre 1515 à propos d'une très ancienne coutume dans le Rijnland, p. 209, à laquelle s'accordent les anciennes *Keuren* du pays de Putten du 18 août 1587, art. 17, §§ 1 et 2, voir le *Groot Placaet-boek*, part. VI, p. 753. Il y a aussi pour ce propos que nous en donnons ici la traduction latine suivante : *"Au regard des terres communes qui ne sont pas été louées, dans le Rijnland, la coutume obtient que l'usage est partagé devant le bailli et les voisins en tenant compte de la part qui se présente à chacun sur ces terres. La terre de pâturage commun est partagée la veille précédant le 1er mai pour que les animaux y paissent. Une jument et son poulain font deux parts ; une jument seule, une part ; un cheval de deux ans, une part ; trois poulains des juments qui ont vécu un hiver, deux parts ; une vache, une part ; trois génisses, une part ; trois génisses de deux ans, deux parts ; six veaux, une part ; si femelles d'ovins, une part ; douze agneaux, une part ; un poulain d'un seul hiver et une pouliche remplissent aussi une part. Mais les poulains de juments de deux ans, le poulain d'une jument de trois ans, les bœufs qui courent, les taureaux de trois ans, les moutons galeux ou rogneux, les chevaux dont les pieds de derrière sont chaussés, les verrats, ne sont pas tenus au nombre des choses divisibles. Le champ de foin est partagé avec une faucille la veille précédent le jour de la Saint-Olaf ; mais, comme les prés coupés revivent de nouveau, le partage est fait au moment où la pâture est jugée utile : toute la terre est partagée à la date dédiée à Saint Pierre sur la chaire et toutes les terres de chanvre et les raves, quand il sera utile et commode de les ensemencer".* »

Le passage du Supplément auquel renvoie van der Keessel, p. 226 du vol. 2 de cette édition, est le suivant :

« [À Saint Pierre sur la chaire] On doit ici entendre le 22 février, jour auquel cette fête est célébrée à Antioche, et en aucune manière le 18 janvier, qui est le jour de la fête à Rome, comme cela est signalé par le sieur van de Wall, dans les *Handvesten van Dordrecht*, 2e st., p. 387, où il remarque encore que ce jour est parfois appelé *jour de la Saint-Pierre en chaire* [Pietersdag in zulle] après le mois de février, qui porte parfois le nom de *zelle- ou zille-maand* [mois de la chaire]. »

§ 6. L'obligation est utile aussi pour partager la communauté [968] que l'un des copropriétaires ou des copossesseurs est toujours libre [de demander] [969], à moins que, par une dernière volonté, le partage ne fût interdit pour un certain temps [970] (car, pour toujours, une telle chose serait sans effet) ; mais, dans le Rijnland et dans certaines autres places, il est d'usage que la minorité puisse demander un partage du sol, mais non la majorité [971]. Le partage doit être fait par lots pour ce qui est partageable en lots [972] ; et, pour cela, la coutume est que celui qui veut le partage transmette au juge un billet de tirage au sort qui alors, fait tirer au sort les copossesseurs et délivre les billets de tirage au sort pour une sécurité de leur propriété aux frais du bien commun [973].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXIV. Les coutumes du Rijnland et des autres places, pour que celui qui aura sur la terre une moindre part puisse appeler au partage, non de même celui qui aura une part plus grande, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 82, comme il semble, ne s'appuient pas sur cette injuste raison qu'en tenant compte de chaque part des associés, un fossé étant mené à travers la terre galement, il en soit retiré plus pour celui est est associé pour une moindre part que pour celui [qui l'est] pour une part plus importante, ce qui, en tout cas, ne peut pas être fait. D'où, ce droit est aussi limité si celui qui a une part plus importante a voulu recevoir le fossé sur son bien.]

---

[968] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 10, 3 et C. 3, 37 *([De l'action] en partage de bien commun).*

Le titre en question du Digeste comprend 31 extraits et celui du Code, 5 constitutions.

[969] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 14 § 2 ; D. 17, 2, 14 ; Fachinæus, liv. VI, cap. 36 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 16, art. 44, nb 5.

Extrait du livre III *Sur Plautius* de Paul : *« 2 - Si l'on convient qu'absolument, aucun partage ne sera fait, il est très clair qu'un pacte de cette sorte n'a aucune force ; mais, si au contraire, durant un certain délai qui, aussi, à la qualité du bien lui-même, est utile, il est valide ».*

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« S'il est convenu entre des associés que, durant un délai fixé, le bien commun ne sera pas divisé, on ne considère pas que l'on a convenu de ne pas quitter la société. Cependant, qu'en est-il, si l'on convient de ne pas la quitter, cela aura-t-il une valeur ? Avec finesse, Pomponius écrit que convenir de cela est vain, car, si l'on n'en convient pas et que, cependant, de façon inopportune, on renonce à la société, il y aura lieu à une action* pro socio. *Mais, si, durant une période certaine, l'on convient de ne pas quitter la société, et que l'on y renonce avant la date, la renonciation peut avoir une raison. Ne sera pas tenu par l'action* pro socio *celui qui a renoncé pour cette raison que la condition, avec laquelle la société a été formée, n'est pas remplie par lui ; ou bien, qu'en est-il, si l'associé est nuisible et préjudiciable d'une façon telle qu'il n'est pas avantageux de le supporter ».*

[970] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 10, 3, 14 § 2 et D. 17, 2, 14 ; Clarus, § *testamentum*, quæst. 67 ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 139 à la fin ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 542, lettre D ; Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. II, decis. 179, nb 7.

Les deux extraits cités sont proposés dans la note qui précède.

[971] (Note de Groenewegen) Voyez les *Keuren* du Rijnland, art. 53 ; les privilèges de la Hollande du Sud, p. 408, art. 30.

[972] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, xvii *(De l'office du juge)*, § 4 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 11, defin. 4.

« § 4. Si, avec une action en partage de succession, on a agi en justice, [le juge] doit adjuger chaque bien à chacun des héritiers et, si, sur la personne de l'un, l'adjudication est considérée être prépondérante, il doit condamner celui-ci réciproquement, envers son cohéritier, à un certain argent, comme il a déjà été dit. À ce titre aussi, envers son cohéritier, chacun doit être condamné, parce que, seul, il reçoit les fruits du bien-fonds héréditaire ou qu'il a corrompu ou consommé le bien héréditaire. Cela, certes, suit semblablement entre plus de deux cohéritiers ».

[973] (Note de l'éditeur) Voir la dernière glose sur D. 10, 1, 8 § 1 ; Papon, *Arrests*, liv. XV, tit. 7, art. 3.

[385] § 7. Dans de nombreuses places de Hollande il est aussi d'usage qu'un partage de terre soit fait dans la longueur, non dans la largeur ou par le travers et que l'on commence à partager du côté de la mer [974].

[**Note de Willem Schorer**
Dans de nombreuses places. Van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 27, nb 7, atteste que cela avait été aussi approuvé par les habitants du Rijnland en faveur de l'interprétation des statuts.]

§ 8. Ce qui n'est pas divisible par lots doit être partagé par un usage de périodes [975] et ce qui n'est pas divisible doit suivre celui qui a la partie la plus importante [976] ou, les parties étant semblables, celui qui a la meilleur raison d'incliner à la chose [977] en faisant une compensation à l'autre [978] ; ou, là où tout est semblable, on doit venir au lot [979] ou celui qui souhaite le partage fixe le bien à donner ou à prendre [980].

---

[974] (Note de l'éditeur) Voir les *Keuren* de Rijswijk, art. 106.

[975] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 19 § 4.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« 4 - Labéon dit que le droit de passage applicable aux eaux, dans l'action en partage de bien commun, n'entre pas ; car il appartient ou au bien-fonds lui-même, et c'est pourquoi, dans l'action il n'entre pas, ou ayant été séparé du bien-fonds, cependant, il a été partagé en quantité et en périodes. Mais, parfois, les droits peuvent avoir été séparés du bien-fonds et, ni en quantité, ni en périodes, partagés, comme, celui, duquel il y avait plusieurs héritiers, les a laissés ; quand cela arrive, il est raisonnable que ceux-ci, dans l'action de partage de succession, entrent ; et Pomponius dit qu'il ne voit pas pourquoi, moins dans l'action en partage de bien commun que dans celle de partage de succession, ils entreraient. En conséquence, dans les espèces de cette sorte aussi, dans l'action en partage de bien commun, il entre, de sorte que les droits précités, en quantité ou en périodes, soient partagés ».*

[976] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 53 (54), 34 § 2 ; C. 3, 37, 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. IV, tit. 11, defin. 4 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 16, art. 44, nb 6, et art. 47, nb 3.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« 2 - Mais, afin que, une mise en commun ayant été introduite entre le donateur et celui qui a reçu la libéralité, une dispute ne naisse pas, nous donnons le choix à celui qui aura eu le montant le plus important sur le bien donné de proposer le montant de l'estimation restante à celui qui a eu une cause moindre et de posséder la totalité. 2a - Si au contraire, il a mieux aimé ne pas faire cela, alors, par tout moyen, le bien est partagé selon le montant convenable aux deux parties, s'il est possible que le bien soit partagé sans leur risque. 2b - Si au contraire, dans des cas de cette sorte, dans lesquels le partage ne peut pas effectivement être fait, le propriétaire du montant le plus important n'a pas voulu proposer l'estimation, alors, il sera aussi permis à celui qui a le pouvoir sur le moindre montant de proposer le prix et de revendiquer pour lui la totalité ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Verecundianus et donnée en 224 : *« À l'office de l'arbitre qui, entre toi et ton frère, pour partager les biens, a été donné, apprtient seul ce qui reste commun à toi et à celui-ci. Car, ce dont celui-ci a vendu une partie, aux acheteurs et à toi, est commun et, contre chacun, tu dois demander un arbitre, si l'on décide aussi de se retirer de l'association avec ceux-ci. 1 - Mais, quand, en régions, une terre ne peut pas être divisée entre les associés ou qu'à partir de plusieurs, chacun, une estimation juste ayant été faite à chacun des associés, s'en voit adjuger [une], une compensation ayant été réciproquement faite et celui auquel arrive le bien du prix le plus important ayant été condamné envers les autres, un acheteur étranger ayant été aussi parfois admis à la vente aux enchères, surtout si l'un des associés reconnaît ne pas suffire pour un juste prix et qu'avec son argent, celui qui se porte acquéreur vainc à un plus bas prix ».*

[977] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *D. Communi dividundo* [D. 10, 3], nb 5.

[978] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 6 § 7.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si, du dommage non encore survenu* (damni infecti)*, pour le tout en faveur d'une maison, tu as donné garantie, Labéon dit qu'il n'y a pas l'action en partage de bien commun pour toi, du fait qu'il ne t'était pas nécessaire de donner garantie pour le tout, mais que cela était suffisant pour ta partie ; ce jugement est vrai ».*

[979] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 43, 3 ; C. 10, 35, 2.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si, à deux, trois hommes ou plus, peut-être, le choix d'un esclave ou d'un autre bien a été laissé, ou si, certes, au seul légataire, le choix de l'esclave ou d'un autre bien a été laissé, mais que celui-ci, en mourant, a laissé plusieurs héritiers, on doutait [de savoir] par mi les anciens si, entre les légataires ou les héritiers du légataire, cela avait été débattu et que l'un voulait choisir un autre esclave ou un autre bien, ce qui devrait être statué. 1 - C'est pourquoi nous consacrons que, dans tous les cas de cette sorte, le hasard est le juge de l'affaire ; le fait est que le tirage au sort, entre ceux qui se disputent, doit être employé pour que celui que le tirage au sort a placé devant ait certes le pouvoir de choisir, mais qu'aux autres, il leur procure l'estimation des parts hasardeuses ; c'est-à-dire, pour des esclaves, certes, et des servantes plus âgées que dix ans, s'ils sont sans art, étant estimés à vingt sous, pour les plus petits que dix ans, étant comptés pas plus de dix sous ; mais, si au contraire, ils sont artisans, leur évaluation allant jusqu'à trente sous, qu'ils soient*

mâles ou femelles, étant exceptés le secrétaires et les médecins des deux sexes, du fait que nous voulons que les secrétaires soient estimés à cinquante sous, les médecins et les accoucheuses à soixante ; les eunuques mineurs, certes, de dix ans valant jusqu'à trente sous, mais les majeurs jusqu'à cinquante, s'ils sont artisans, jusqu'à soixante-dix. 1a - Mais, si quelqu'un a laissé l'option de l'esclave ou d'un autre bien non au légataire lui-même, mais celui que Titius aura peut-être choisi, que Titius n'a pas voulu le choisir ou, par la mort, en a été empêché, dans cette espèce, on doutait chez les anciens [de savoir] ce qui devait être statué : le legs expirait-il ou quelque aide était-elle introduite pour lui, afin qu'au jugement d'un homme de bien, le choix soit fait ? 1b - C'est pourquoi nous pensons que, si dans le délai d'un an, celui qui se voit commander de choisir s'est abstenu de le faire, ne l'a pas pu ou, à n'importe quel moment, est mort, au légataire lui-même, le choix est considéré avoir été accordé, cependant, d'une façon telle qu'il ne choisisse pas le meilleur des esclaves ou des autres biens, mais [ce qui est] d'une estimation moyenne, afin que, tandis que nous pensons que le légataire doit être suffisamment favorisé, les avantages de l'héritier ne soient pas trompés. 2 - Mais, parce que notre majesté, par beaucoup de cas, aux légataires et aux fidéicommissaires, a pourvu, que nous avons accordé des actions tant personnelles que sur le bien et hypothécaires et que l'erreur très obscure de l'envoi en possession a été abolie, nous en sommes venus à cette loi. 2a - C'est pourquoi personne ne pensera que soit restitué à d'autres ce qui, par un legs pur et simple ou sous un certain terme, a été laissé ou ce qui a été déposé, ou, une substitution étant mise, selon l'ancienne disposition, à l'avenir, doit être aliéné, assigné au titre d'un gage ou d'une hypothèque ou les esclaves affranchis. Mais qu'il sache que ce qui appartient à autrui, il ne lui sera pas permis d'appliquer ce qui existe dans son patrimoine au droit d'autrui, parce qu'il est assez absurde et sans raison que, le bien que, dans ses biens, purement et simplement, il ne possède pas, il puisse le transférer à d'autres, l'obliger au titre d'une hypothèque ou d'un gage ou l'affranchir et tromper l'espoir d'autrui. 3 - Mais si au contraire, sous une condition ou un terme incertain, a été laissé un legs ou un fidéicommis de l'ensemble, avec une substitution ou une restitution particulières, il fera certes mieux et, si, dans ces causes, il donne garantie de toute vente ou avec une hypothèque qu'avec de plus lourdes charges au titre de l'éviction, il ne se met pas à la place d'un autre. 3a - Si au contraire, avec la cupidité de l'avarice, à raison de l'espoir de ne pas remplir la condition, il s'est précipité à la vente ou à l'hypothèque, il saura que, la condition étant remplie depuis le commencement, la cause sera remise à la nullité et doit être entendue ainsi, comme si elle n'avait pas été écrite ou ni du tout faite, de sorte que ni l'usucapion ni la prescription de longue durée, contre le légataire ou le fidéicommissaire, ne procèdent. 3b - Ce que, semblablement, nous pensons pour les legs de cette sorte qui, soit purement et simplement, soit sous un terme certain, soit sous une condition, soit sous un terme incertain, auront été laissés ; mais, dans tous ces cas, au légataire, certes, ou au fidéicommissaire, toute possibilité sera ouverte de revendiquer le bien et de se l'assigner, aucun obstacle ne lui étant opposé par les détenteurs. 4 - Mais l'acheteur qui connaît l'incommodité du bien, aura une action contre le vendeur seulement pour la restitution du prix, ni la stipulation du double ni l'amélioration n'ayant lieu, du fait que lui suffira à tout le moins que, pour le prix ce que, le sachant, il a donné pour le bien d'autrui, il soit fait satisfaction ; une action contraire de gage ne se présentant pas moins au créancier, afin que, de toute part et avec toute l'application, ce que, toujours, nous nous hâtons [de faire] soit conduit à effet, afin que les derniers éloges des défunts aient une fin légitime ; sans aucun doute, les acheteurs ayant les droits entiers de la bonne foi et en aucune façon diminués par cette constitution envers les vendeurs ».

Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Apollonius, Préfet de l'annone, et donnée en 412 : *« Nous avons rappelé dans la loi impériale qu'il est dit que le quart des richesses des curiaux est la part de ceux qui remplissent une charge, sur le fondement de n'importe quelle très récente volonté, ou sans testament, est déféré à chacun que l'on annonce avoir assigné les biens corporels des curiaux (excepté si [c'est] aux fils de curiaux). Mais beaucoup, en tant que saisissant l'occasion de corrompre la totalité du patrimoine réclamant pour eux une petite partie de chaque bien, ont mis en pièces toutes les richesses d'une façon telle que, tandis qu'aux participants des biens laissés, ils souhaitent nuire, ils font aussi tomber leurs droits. 1 - Réfrénant par une disposition prévoyante aussi leur trop grande licence, aux curiaux eux-mêmes, certes, nous avons certes refusé la possibilité de leur propre autorité d'occuper les biens du mort ; mais l'héritier auquel, sans testament, ou en des termes dirigés sur le fondement de la dernière volonté ou fidéicommissaires, une succession aboutit, fera en sorte que tout le patrimoine qui a été laissé soit partagé en quatre parts, afin qu'une fois déduits tous les biens dans le cas du capital ou le quart [dans le cas] de la curie, à l'héritier ou au fidéicommissaire, par les trois quarts par la totalité sur le fondement de l'abondance du capital, le choix vienne. 1a - À savoir qu'ainsi, les héritiers ci-devant dits et la curie seront libérés de l'inconvénient de la propriété commune des biens. Mieux, c'est un défaut naturel que de négliger ce que l'on possède en commun, afin que celui qui n'a pas la totalité ne pense pas qu'il n'a rien, en bref, qu'il souffre aussi que sa part soit gâtée, cependant qu'il envie celle d'autrui. 2 mais, quand le quart des biens du mort, à la curie, doit être offert, certes, nous accordons que les biens immeubles qui ne peuvent facilement, en largeur, [être divisés] et que rien ne s'y oppose, s'ils sont rendus publics, sous le regard des curies, sont estimés et partagés ; mais nous ne souffrons pas que les biens meubles ou qui se meuvent eux-mêmes, ou les instruments, ou s'il y a quelque chose aussi dans un droit de cette sorte, soient mis en commun et rendus publics, mais, les successeurs ayant fait serment, lorsqu'ils auront estimés chez eux avec soin ce que seront les facultés et quels seront les prix, nous décrétons qu'il faut les croire. Pourquoi, en effet, est-il si dur et si inhumain qu'avec une confiscation et une ostentation des biens de famille, la bassesse de la pauvreté soit découverte et la richesse de l'envie soit visible ? 3 - Mais, en réclamant les dettes, si les successeurs n'ont pas voulu payer le prix qui, pour le quart des actions, à la curie, se présente, avec des garanties et une foi jurée, celles-ci ayant été mis en commun, chacun demandera aux débiteurs la part qui lui convient ; également, en sens inverse, la dette, si le défunt y était obligé, tant ces mêmes successeurs que la curie, à la faveur de son capital, seront contraints de la rendre. 4 - Si les successeurs souvent dits ont cru que le serment devait leur être excusé, mais alors, à la similitude des biens immeubles, aux curiaux, une recherche plus de tous les biens est procurée, à savoir pour que, toutes les facultés du morts ayant été mises à découvert, l'estimation ou la division des biens, en présence des curiaux, soit faite. 5 - Mais, dans tous ces cas où le quart, à la curie, se présente, nous décrétons que les transactions intervenues*

[**Note de Willem Schorer sur la note 975 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne dans cette note et les suivantes est critiqué par d'autres, du fait qu'il pourra arriver que l'évaluateur soit riche, l'associé, pauvre, pour lequel il n' est pas à propos d'acheter et de ne pas manquer injustement d'une estimation ; en effet, dans ce cas, il faut procéder à une vente publique, comme [ledit] ici Groenewegen dans la note 980, ce qui doit être aussi observé s'il y a un mineur parmi les partenaires, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 27, nb 7.]

[**Sur la note 977 de Groenewegen van der Made**

Si un des associés possède un bien-fonds voisin du bien-fonds commun, il est juste que cette partie qui est proche de son bien-fonds lui soit ajoutée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 3, nb 3.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried va der Keessel**

DCCLXXV. Ce qui ne reçoit pas de division, comme une maison, une vente aux enchères ayant été faite entre les associés, échoit à celui qui a la part la plus grande pour ce prix que l'autre associé a offert, à moins que, pour le même prix, il ne préfère le laisser à celui qui a la moindre part, voir les *Keuren van Leiden*, art. 123 à la fin. Si les parts des associés sont égales, le bien échoit simplement à celui qui offre plus, voir ledit art. 123, C. 3, 37 *(De l'action en partage de bien commun)*, 1. Ailleurs, les juges peuvent intervenir dans la détermination du prix, voyez les places citées dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 84.

DCCLXXVI. Un associé ne peut pas contraindre un autre à vendre publiquement le bien commun de façon régulière, pas même s'il est un pupille, voir les *Hollandsche consultatien*, part. IV, cons. 254. Il y a une exception pour les navires que la majorité des armateurs vend publiquement à bon droit, comme en a témoigné une grande turbe des marchands d'Amsterdam, voir *Hollandsche consultatien*, part. VI, 2e st., cons. 51, p. 432, et les deux Cours l'ont souvent décidé, voir ici même, cons. 50, p. 429. La même chose a été déterminée à Rotterdam et à Dordrecht dans la loi, voir la thèse DCCIX. Les les navaires sont ceux qui naviguent en Norvège, en Suède et dans la mer Baltique, aussi, la minorité des armateurs qui ont conjointement un quart sur le navire, peut contraindre la majorité à vendre, pourvu cependant

---

restent fermes et entières. 6 - Mais, aux fils, aux petits-fils ou arrière-petits-fils, à savoir, des décurions, auxquels nous avons pensé que toutes les richesses arrivent, nous consacrons que la similitude, la fille, mieux aussi, le petit-fils ou l'arrière-petit-fils de cette même cité impériale d'om le père, le grand-père ou l'arrière-grand-père est originaire, mariée, ab intestat ou à partir de la disposition d'une dernière volonté a toute la propriété en aucune partie diminuée des biens obtenus. 7 - Si, après la mort des parents, elles sont trouvées non mariées ou veuves, pour les impubères, certes, après la fin de la puberté, mais pour les autres qui ont dépassé la puberté ou aussi, pour les veuves, nous voulons qu'après la mort des parents, trois ans seulement soient attendus pour que, dans l'intervalle, le quart en suspens, chez celle-ci, si elle a été prise en mariage de cette même cité curiale, selon un droit perpétuel, il reste ou, si, dans cette période, cette même curie a choisi un autre mari et qu'elle n'a pas du tout été mariée, la part rappelée de toute la richesse, à la curie, avec les fruits des trois ans tant des biens-fonds urbains que ruraux, soit adjugée, cependant, d'une façon telle que la raison du serment tant quant à la quantité qu'à l'estimation des biens meubles et aux actions à intenter ou recevoir, comme, quant aux personnes étrangères, il a été dit, soit conservée. 8 - Mais, si la mère du mort ou la grand-mère, au moment dans lequel les fils ou le petit-fils est mort, était trouvée dans un mariage de cette même cité curiale, nous ne souffrons pas même que celles-ci supportent l'abandon du quart. 9 - Mieux, nous libérons l'héritier extérieur aussi reconnu selon le droit de proximité, certes, cependant, lié à la curie de cette même cité, de la dispense de ladite part ».

[980] (Note de Groenewegen) Voir les *Keuren* des parts de la ville de Delft, *Keurenboek*, I, fol. 75 ; les coutumes d'Anvers, tit. 47 *(Des successions, des partages)*, art. 42 ; voyez les *Keuren* de Leyde, art. 75, la coutume de Malines, tit. 26, art. 47. Cependant, lorsque l'un n'est pas en situation d'acheter le bien, ainsi, celui-ci n'est pas tenu, d'après les lois de prendre le bien ou de le donner à l'autre à un si bas prix que lui-même s'est fixé de prendre ou de donner ; mais le bien doit dans un tel cas, être vendu au plus offrant par une mise en vente publique, voir C. 3, 37, 2 à la fin et là, Balde, Paolo di Castro, Saliceto et Azon dans sa *Summa*, nb 8 à la fin ; Giasone del Maino sur les *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 20, nb 60 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *Familiæ erciscundæ* ; voyez Willem van Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 123.

Constitution d'Alexandre au soldat Avitus, donnée en 227 : *« (…) De même, le gouverneur de la province aura la connaissance du partage des vignes entre toi et le créancier de ton frère et lui ordonnera de te restituer l'argent reçu pour le montant qu'il a établi que valait la part de ton frère et la partie qu'il a reçue de ton frère, ou bien ta partie ayant été estimée de donner l'argent donné au créancier de ton frère pour le montant qu'il aura estimé ».*

qu'ils offrent auparavant leur part sur le navire aux autres, [part] qui doit être évaluée par des arbitres choisis par le juge dans le statut d'Amsterdam du 31 janvier 1687, voir les *Handvesten*, p. 1493.]

§ 9. Que la communauté dure ou non par une destruction de la chose ou par un partage, ainsi, tous les profits et les dommages doivent être partagés proportionnellement [981], à l'exception des dommages qui sont arrivés par une mauvaise foi ou une négligence inhabituelle de quelqu'un [982] et celui qui a fait des frais pour un avantage commun doit en être compensé [983].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXVII. Cet associé qui a une part plus petite sur elle peut aussi s'occuper de réparer la maison commune contre le gré de l'autre ; toutefois, il n'est permis à aucun des associés d'en changer la forme, si ce n'est à partir du consentement de tous, voir la loi de Middelburg du 19 décembre 1617, art. 12, dans le *Groot Placaet-boek*, part. IV, p. 1069 ; la loi de Flessingue du 12 mars 1628, art. 7 ; de Haarlem du 7 septembre 1708, art. 11 ; les *Keuren van Haarlem*, part. I, p. 204.]

§ 10. Les documents des biens communs doivent reposer [en la garde de] celui qui a la plus grande part [984] et par un propriétaire pour un usufruitier ; autrement, par le plus vieux [985], **[386]** en fixant une sécurité de la nécessité qu'il y a de les produire [986].

---

[981] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 6 §§ 3-4.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Si quelque chose, après la réception de l'action en partage de bien commun, a été dépensé, Nerva, à bon droit, pense aussi que cela y entre. 4 - Mais Sabinus et Atilicinus ont aussi répondu que les portées [des animaux] y entrent ».*

[982] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 20.

Extrait du livre XIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si celui, avec lequel tu possèdes un bien-fonds commun, pour un délit, n'a pas répondu et qu'à cause de cela, avec l'action du juge, la maison a été détruite ou les arbres ont été coupés, te sera payé le préjudice avec l'action en partage du bien commun ; en effet, tout ce qui, avec la faute d'un associé, a été perdu, dans cette action, est compris ».*

[983] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 3, 6 § 3 ; D. 10, 3, 4 § 3 ; D. 10, 3, 29 pr.

Le premier texte est cité deux notes plus haut.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais, de même que le partage du bien lui-même entre dans l'action en partage de bien commun, de même aussi, les paiements y entrent ; et c'est pourquoi, si quelqu'un a fait des dépenses, il les obtiendra, mais, si, non contre son associé lui-même, il agit en justice, mais contre l'héritier de son associé, Labéon, à bon droit, pense que les dépenses et les fruits, par le défunt, perçus, y entrent. Clairement, les fruits perçus avant que le bien soit commun, ou les dépenses faites antérieurement, dans l'action en partage de bien commun, n'entrent pas ».*

Extrait du livre II des *Questions* de Paul : *« Si quelqu'un, alors qu'il pensait que le bien-fonds lui était commun avec Mævius, [bien-fonds] qu'avec Titius, il avait en commun, a fait une dépense, à bon droit, il est dit aussi que l'action en partage de bien commun lui suffit ; en effet, cela se trouve, si je sais que le bien est commun, mais que j'ignore à quel associé il appartient ; en effet, je n'administre pas les affaires de mon associé, mais je protège mon propre bien et plus, à partir du bien sur lequel il y a la dépense qu'à partir de la personne de l'associé, l'action naît. Enfin, de cette action, nous disons qu'un pupille est tenu de restituer les dépenses avec l'office du juge. Différente est la cause de celui qui pense que, sur son bien propre, il a fait la dépense ; à celui-ci, en effet, l'action en partage de bien commun ne se présente pas et une action utile ne doit pas lui être accordée. En effet, celui qui sait que le bien est commun ou qu'il administre les affaires d'autrui avec l'intention d'obliger quelqu'un envers lui, sur la personne, se trompe ».*

[984] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 4 § 3 et D. 10, 2, 5.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais aussi, il devra ordonner que les tablettes d'un testament, chez celui qui est, pour la plus grande part, héritier, demeurent ou que, dans un temple, soient déposées. Car Labéon écrit que, la succession ayant été vendue, les tablettes écrites d'un testament doivent être déposées ; en effet, l'héritier doit en remettre une copie, mais conserver lui-même les tablettes authentiques ou, dans un temple, les déposer ».*

Extrait du livre VII Sur l'*Édit provincial* de Gaius : *« S'il y a des garanties héréditaires, le juge doit veiller à ce que celles-ci restent chez celui qui, pour la grande part, est l'héritier, les autres en feront une copie et une inspection, garantie ayant été donnée pour que, lorsque l'affaire l'a réclamé, celles-ci soient produites. Si, tous, pour les mêmes parts, sont héritiers et qu'entre eux, on n'a pas convenu chez qui, plutôt, elles devront se trouver, il faut les tirer au sort ; à partir d'un consentement ou d'un choix, doit être choisi l'ami chez lequel elles sont déposées ; ou bien, dans un temple, elles doivent être déposées ».*

§ 11. Deux sortes de communauté de biens, comme ayant des droits particuliers, doivent être traitées spécialement, *la succession conjointe* et *le bornage commun*.

§ 12. La succession conjointe, que ce soit d'un ou plusieurs [biens] [987], a lieu par une dernière volonté ou ab intestat [988], cependant non après l'acceptation [989].

§ 13. Sous cela, sont entendus être compris toutes les choses incorporelles ou corporelles ayant appartenues au défunt ou aussi, possédées par lui [990], aussi, tout ce qui est acquis à raison de la succession avec tous les fruits et les profits [991], mais non les biens que l'on se voit interdire d'avoir par les lois [992] ou ce que l'un ou l'autre, à partir d'une arrivée particulière et non comme un bien successoral, possède [993], à l'exception des préciputs [994] et

---

[985] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 4, 6 ; coutumes d'Utrecht, tit. 23, art. 19.

Extrait du livre L Sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, quant au dépôt des tablettes d'un testament, on agit en justice et que l'on doute [de savoir] à qui il faut que celles-ci soient déposées, nous préférons toujours le plus vieux au plus jeune, celui d'un plus grand honneur à un inférieur, l'homme à la femme et l'ingénu à l'affranchi ».*

[986] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 5 ; voyez ci-dessus en outre, Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. IV, concl. 460, lettre L.

L'extrait cité a été proposé deux notes plus haut.

[987] Dans le manuscrit de Lund, Grotius a corrigé mot *broeders* ou "frères" en *boedels* ou "biens", cf. p. 285.

[988] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 2.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Par le biais de l'action de partage de succession, est partagée une succession, qu'à partir d'un testament ou ab intestat, à partir de la Loi des XII Tables ou de quelque autre loi, soit déférée la succession, ou à partir d'un sénatus-consulte ou aussi, d'une constitution ; et, de façon générale, peut seulement être partagée la succession de ceux dont la succession peut être réclamée. 1 - Si un quart, a quelqu'adrogé, à partir de la constitution du divin [Antonin] le Pieux, est déféré, parce que celui-ci n'est ni un héritier, ni le possesseur des biens, une action utile de partage de succession sera nécessaire. 2 - De même, s'il y a le pécule d'un fils de famille soldat. De façon plus forte, il peut être défendu que la succession a été faite par le biais des constitutions et que, pour cette raison, à cette action, il y aura lieu. 3 - Dans l'action de partage de succession, chacun des héritiers supporte le rôle de défendeur et de demandeur. 4 - Mais il ne faut pas douter que l'action de partage de succession, aussi entre un plus petit nombre d'héritiers à partir de plusieurs, peut être reçue. 5 - Dans cette action, quoique les dettes n'y entrent pas, cependant, si des stipulations sont intervenues quant au partage de celles-ci, pour que cela dépende de lui et pour que l'un, à l'autre, confie les actions et qu'il le fasse procurateur sur son propre bien, on s'en tiendra au partage ».*

[989] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 49 à la fin.

Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : *« (…) C'est pourquoi celui qui, avant l'acceptation de la succession, a administré quelque chose, comme, s'il a enseveli le testateur, il n'a pas l'action de partage de succession ; mais, si, après l'acceptation de la succession, il l'a fait, de façon conséquente, nous dirons qu'avec l'action de partage de succession, celui-ci peut obtenir la dépense qu'il a faite pour les funérailles ».*

[990] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 10.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … de même, les biens-fonds qui, à notre patrimoine, appartiennent, mais aussi ceux qui paient une redevance ou dont on n'a que l'usufruit ; non moins ces biens aussi qu'appartenant à autrui, le défunt, de bonne foi, possède ».*

[991] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 56.

Extrait du livre XXIII sur l'*Édit du préteur* de Paul : *« Non seulement, dans l'action relative à la fixation des bornes, mais aussi dans celle de partage de succession, les fruits de la période passée entrent ».*

[992] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 4 §§ 1-2.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Les mauvais médicaments et les mauvais poisons entrent, certes, dans l'action, mais le juge ne doit absolument pas s'interposer dans cela ; en effet, de l'office d'un homme de bien et irréprochable, il faut que celui-ci s'acquitte ; de même, il devra le faire pour les livres d'une lecture désapprouvée, de magie, peut-être, ou ceux qui sont semblables. En effet, tous ceux-ci doivent être immédiatement détruits. 2 - Mais, si quelque chose, à partir d'un péculat ou d'un sacrilège, a été demandé, ou avec une violence, un brigandage ou une agression, cela ne sera pas partagé ».*

[993] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 25 § 7.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 7 - Ce qu'en faveur d'un acheteur ou à la faveur d'une donation, par exemple, un cohéritier possède, Pomponius refuse que, dans l'action de partage de succession, cela entre ».*

[994] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 8 et 42.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Pomponius écrit que, si, à l'un des héritiers, les comptes ont été légués en préciput, ils ne doivent pas lui être livrés avant que les cohéritiers les aient copiés. Car, si l'esclave demandeur, dit-il, a été légué, celui-ci ne doit pas être livré autrement que s'il a rendu les comptes. Nous ne verrons pas pourquoi une garantie devra intervenir, de sorte que, chaque fois qu'ont été souhaités les comptes ou que le demandeur a été légué en préciput, ils en aient la possibilité. En général, en effet, des comptes authentiques sont nécessaires au demandeur pour documenter ce qui, par la suite,*

ce dont le défunt était redevable envers l'un des héritiers [995]. Les dettes, sous cela, ne sont pas comprises, puisque celles-ci, par la loi, sont partagées entre les héritiers [996].

[**Note de Willem Schorer sur la note 996 de Groenewegen van der Made**

Les dettes et les crédits sont divisibles entre les héritiers selon le droit lui-même ; de là, si le créancier a cité en justice l'un des héritiers pour la totalité et a seulement obtenu une part à proportion de celle dont il était héritier, il n'est pas considéré avoir renoncé à l'action qui se présente contre les autres cohéritiers, parce que, dans les actions personnelles, les héritiers peuvent seulement être cités en justice à la faveur de leur part successorale, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 14 et 124. Ceàendant aujourd'hui, si le testateur a alourdi un héritier de la charge de la dette, il est à bon droit cité en justice par le créancier et l'action sur le fondement du testament est accordée aux créanciers ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 30 *(Des legs et des fidéicommis)*, 69 § 2, rapporte à partir de Paul van Chritijnen [sur les coutumes de

---

émerge et qui regarde la connaissance de ce dernier. Et il est nécessaire qu'une garantie, par lui sur cela, aux cohéritiers, soit fournie. 1 - De même, Pomponius dit que les colombes qui sont ordinairement envoyées d'un colombier entrent dans l'action de partage de succession, du fait qu'elles sont nôtres aussi longtemps qu'elles ont l'habitude, chez nous, de revenir ; c'est pourquoi, si quelqu'un les saisissait, à nous l'action de vol se présente. De même aussi, pour les abeilles, on le dit, parce que, dans notre patrimoine, elles sont comptées. 2 - Mais si un animal, de nos troupeaux, par une bête, a été enlevé, il pense qu'il entre dans l'action de partage de succession, s'il a échappé à la bête ; car il est mieux [de dire] que ne cesse pas d'être nôtre, dit-il, celui qui, par un loup, est enlevé, ou par une autre bête, aussi longtemps que, par lui, il n'a pas été consommé ».

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Pomponius écrit que, si, à l'un des héritiers, les comptes ont été légués en préciput, ils ne doivent pas lui être livrés avant que les cohéritiers les aient copiés. Car, si l'esclave demandeur, dit-il, a été légué, celui-ci ne doit pas être livré autrement que s'il a rendu les comptes. Nous ne verrons pas pourquoi une garantie devra intervenir, de sorte que, chaque fois qu'ont été souhaités les comptes ou que le demandeur a été légué en préciput, ils en aient la possibilité. En général, en effet, des comptes authentiques sont nécessaires au demandeur pour documenter ce qui, par la suite, émerge et qui regarde la connaissance de ce dernier. Et il est nécessaire qu'une garantie, par lui sur cela, aux cohéritiers, soit fournie. 1 - De même, Pomponius dit que les colombes qui sont ordinairement envoyées d'un colombier entrent dans l'action de partage de succession, du fait qu'elles sont nôtres aussi longtemps qu'elles ont l'habitude, chez nous, de revenir ; c'est pourquoi, si quelqu'un les saisissait, à nous l'action de vol se présente. De même aussi, pour les abeilles, on le dit, parce que, dans notre patrimoine, elles sont comptées. 2 - Mais si un animal, de nos troupeaux, par une bête, a été enlevé, il pense qu'il entre dans l'action de partage de succession, s'il a échappé à la bête ; car il est mieux [de dire] que ne cesse pas d'être nôtre, dit-il, celui qui, par un loup, est enlevé, ou par une autre bête, aussi longtemps que, par lui, il n'a pas été consommé ».*

[995] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2 20 § 1 et 51.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si un fils de famille, sur l'ordre de son père, s'est obligé, il devra prendre le premier cette dette ; mais, si, dans le patrimoine du père, il la verse, de même, on le décide et, si, quant au pécule, [il y a une action], il prendra le premier son pécule ; et ainsi, notre empereur l'a-t-il dit dans un rescrit ».*

Extrait du livre VIII des *Digestes* de Julianus : *« Le bien-fonds qui, au titre d'une dot, au beau-père, a été remis, alors que le beau-père a institué son fils, pour une partie, héritier, par le biais de l'arbitre du partage de succession, doit être prescrit d'une façon telle que cette cause du fils soit celle dans laquelle [il se trouvera], si la dot, par le biais d'un prélèvement préalable, a été léguée. C'est pourquoi les fruits, après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, perçus doivent être ramenés à celui-ci, le compte étant tenu des dépenses ; mais ceux qui, avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, ont été perçus, de façon égale, à tous les héritiers, appartiendront. 1 - Si moi, de toi, je veux réclamer la succession, que toi, contre moi, avec l'action de partage de succession, tu veuilles agir en justice, à partir de la cause de l'un ou l'autre, on doit déférer à notre désir ; car, si moi, je possède toute la succession et que je confesse que toi, pour la moitié, tu es héritier, mais que je veux, de la communauté, m'écarter, je dois obtenir l'action de partage de succession, parce qu'autrement, entre nous, la succession ne peut pas être partagée. De même, si toi, tu as une juste raison pour laquelle, par le biais de la réclamation de la succession plutôt que par le biais de l'action de partage de succession, tu as voulu trancher l'affaire, à toi aussi, il devra être permis de réclamer la succession ; car certaines choses entrent dans la réclamation de la succession qui, dans l'action de partage de succession, ne sont pas amenées ; comme, si moi, je suis le débiteur de la succession, qu'avec l'action de partage de succession, j'ai obtenu ce qu'au défunt, je devais, par le biais de la réclamation de la succession, tu l'obtiendras ».*

[996] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 4 pr et C. 3, 36, 6.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« C'est pourquoi, les autres biens, en dehors des dettes, entrent dans cette action. Mais, si au contraire, une dette, à l'un des héritiers, a été léguée, avec l'action de partage de succession, l'héritier obtient celle-ci ».*

Constitution de Gordien adressée au soldat Pompeius (sans date) : *« Ce qui, dans les dettes, ne se trouve pas ne reçoit pas de partage, du fait que, selon le droit lui-même, en parts héréditaires à partir de la Loi des XII Tables, elles ont été partagées ».*

Malines, tit. 16, art. 37 à la fin et sur l'art. 38, nb 2, et dans ses *Decisiones*, vol. VI, decis. 53, nb 3 et 4] qu'ainsi la Cour Suprême de Malines l'avait jugé.

Mais il est demandé si, avant le partage, la confection d'un répertoire ou d'un inventaire sera nécessaire. Et il est répondu que cela est fait de façon plus avisée, bien que les partages et les transactions (communément *les achats*) soient valides et que, sous ce prétexte, l'annulation ne puise pas à bon droit êyre demandée et que celui-ci se montre comme ayant été gravement lésé ; eneffet, alors, un inventaire est fait et le partage est réformé au mieux. Toutefois, le père qui a lui-même fait l'assignation n'est pas entendu, parce que celui-ci est cru avoir eu des comptes suffisamment examinés de son patrimoine, voir Someren, *De jure novercarum*, cap. 6, sect. 2, nb 6 ; van Wesel, *De connubii bonorum societate*, tract. 2, cap. 4, nb 150 et 151. Mai ,si au contraire, la succession paternelle est trouvée moins grande, à Delft, il est permis aux tuteurs de transiger sur les biens héréditaires des pupilles avec l'époux survivant sans faire d'inventaire, dit Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 91. Cela est aussi obtenu par la Chambre des pupilles à Amsterdam, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 26, nb 4 et 5.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXVIII. La raison de notre droit semble à peine souffrir qu'àç paertir du pacte avec lequel les dette ssuccessorales sont partagées entre les cohéritiers, ou aussi, à partir de la prescription du testateur, un droit est acquis au créancier de la succession de citer en justice pour le tout ce cohéritier-ci ou ce cohéritier-là, afin qu'avec ce moyen, contre son gré, il puisse être contraint à citer en justice celui-ci ou celui-là, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 30 *(Des legs et des fidéicommis)*, 69 § 2 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 2, nb 27.]

§ 14. Pour les frais [997], les dommages [998], le partage [999] et les documents [1000] n'a pas lieu ce qui est dit ci-dessus des autres communautés.

---

[997] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 18 § 3 et 25 § 15.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Des frais que l'un des héritiers, de bonne foi, a faits, il peut aussi obtenir les intérêts de son cohéritier à partir du jour de retard, suivant un rescrit des divins Sévère et Antonin. Celsus, finement, ajoute ceci, [à savoir que], si l'héritier ne les a pas payées pas, il a l'action de partage de succession pour que le cohéritier soit contraint de les payer, du fait qu'autrement, le créancier ne libérera pas le bien, à moins qu'en totalité, il n'ait fait satisfaction ».*

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 15 - Si l'un des héritiers a défendu avec une action noxale un esclave de la succession et qu'il a offert l'évaluation du procès, alors qu'il a préparé cela, à la faveur d'une partie, avec cette action, il l'obtiendra. De même, il en est, si l'un des légataires a garanti qu'en possession, ils ne soient pas mis. Ce qui, à la faveur d'une partie, ne peut absolument pas être préparé, si un seul, la nécessité l'y contraignant, l'avait fait, à l'action de partage de succession, il y a lieu ».*

[998] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 16 § 4 et 25 § 16.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Mais, si, avec un dol ou une faute, quelque chose, sur l'usufruit, par l'un des héritiers, a été fait, Pomponius dit que cela aussi entre dans l'action ; car tout ce que quelqu'un, sur une succession, avec un dol ou sa faute, a fait, dans l'action de partage de succession, entre, ainsi, cependant, si, comme héritier, il l'a fait. Et c'est pourquoi, si, du vivant du testateur, un des héritiers a soustrait de l'argent, dans l'action de partage de succession, celui-ci n'entre pas, parce qu'alors, il n'était pas encore héritier ; mais, quand, comme héritier, il l'a fait, quoiqu'en outre, on ait une autre action, cependant, Julianus écrit que celui-ci est tenu de l'action de partage de succession ».*

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 16 - Le cohéritier doit non seulement garantir son dol, mais aussi sa faute sur le patrimoine héréditaire, parce qu'avec le cohéritier, nous ne contractons pas, mais que nous nous présentons contre lui ; cependant, il ne doit pas fournir une diligence telle qu'un diligent père de famille, parce que celui-ci, à cause de sa part, a eu une raison d'administration et c'est pourquoi, l'action relative à l'administration d'affaires, à lui, ne se présente pas ; en conséquence, il doit fournir une diligence telle que pour ses propres biens. De même, si, à deux personnes, un bien a été légué ; car le consentement ne les a pas unis en société, mais l'affaire ».*

[999] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 2, 22.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Labéon écrit que, si l'un des héritiers a trouvé en creusant un trésor laissé par le testateur, de l'action de partage de succession, il en est tenu, quoiqu'avec un tiers qui le sait, il l'ait partagé. 1 - Le juge du partage de la succession peut ainsi adjuger à plusieurs personnes le même bien, si, à plusieurs, le prélèvement d'un seul bien a été laissé (où Pomponius écrit qu'aussi, la nécessité fait qu'à plusieurs, il soit adjugé) ou s'il assigne une part certaine à chacun des cohéritiers ; mais il peut aussi, en autorisant une vente aux enchères, à un seul, adjuger le bien. 2 - Mais personne n'a douté qu'en régions, un bien-fonds puisse être partagé selon le partage. 3 - Mais aussi, lorsqu'il l'adjuge, il pourra imposer quelque servitude, de sorte qu'envers l'un, soit grevé d'une servitude l'autre de ceux qu'il a adjugés ; mais, si, purement et*

§ 15. Cependant, il est anciennement d'usage que, là où il y a deux enfants, les plus âgé fixe les parts et que le plus jeune choisisse [1001].

[387] § 16. En outre, l'un des cohéritiers est tenu envers les autres de garantir ce qui lui tombe en part comme dans les ventes [1002].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1002 de Groenewegen van der Made**

Si les cohéritiers, grevés d'un fidéicommis mutuel, ont partagé la succession et se sont souciés qu'ils ne confirmeraient pas en tout cas ce partage, ils ne sont pas jugés avoir remis le droit du fidéicommis, comme l'enseigne Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 43, à partir de D. 31 *(Des legs et des fidéicommis)*, 77 § 18. Mais, la condition étant en suspens, tant pour l'héritier que pour le fidéicommissaire, le bien périt, voir D. 10, 2 *(De l'action en partage de succession)*, 34, et Brunemann sur cette loi.

Qu'en est-il si le testateur a assigné à chacun des héritiers des biens certains ? Il est demandé si les autres héritiers devront garantir l'éviction au cohéritier. Cela doit être refusé à partir de l'opinion commune des docteurs ; mais, si au contraire, nous sommes d'accord avec Voet, il faut ditinguer si le bien aura été assigné à un parent consanguin ou à un étranger. Voyez Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 10, tit. 2, nb 1.]

---

simplement, à l'un, il l'a adjugé, en adjugeant à un autre un autre [bien-fonds], plus largement, il ne pourra pas imposer une servitude. 4 - L'action de partage de succession, pour deux choses, est établie, c'est-à-dire pour les biens et les paiements qui sont des actions personnelles. 5 - Papinien, quant au bien qui, chez les ennemis, se trouve, fait reproche à Marcellus de ne point penser que l'acquittement de ce bien qui, chez les ennemis, se trouve entre dans l'action de partage de succession. En effet, quel empêchement y a-t-il à ce que l'acquittement du bien y entre, du fait que le bien lui-même y entre ».

[1000] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus, § 10, les notes 400-402 et les §§ 5 à 10.

[1001] (Note de Groenewegen) Voir Gn 13, 9 ; Augustin, *La cité de Dieu*, liv. XVI, chap. 20 à la fin. Cela est anciennement d'usage, bien que les lois pontificales, voir Décrétales, III, xxix, 1 et par la coutume d'Allemagne et certains autres pays, cela soit suivi, voir Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 116, nb 14 ; Mynsinger, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, obs. 37 ; Gui de la Pape, decis. 289 ; Wesembeck, *paratitla*, *D. Familæ erciscundæ* [D. 10, 2], nb 6 ; Fachinæus, *De differentiis juris civilis et Saxonici*, liv. I, diff. 31, et liv. II, diff. 36 ; Schultz sur les *Institutes*, IV, xvi, lettre N ; et toutefois pas par les lois romaines, voir Gail et Wesembeck dans lesdits endroits ; Giasone del Maino sur *Institutes*, IV, vi, § 20, nb 58-62 ; Petrus de Ubaldis, *De duobus fratribus*, part. XI, *Qualiter et quando societas finiatur*, nb 78, ; Fachinæus, liv. VI, cap. 37 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, cas. 123 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. [?], concl. 130, lettre D. Voyez ci-dessus le § 8, note **19**, ni par la coutume de ces pays acceptée pour une loi ; voir Paul van Christijnen, *Decisiones*, vol. II decis. 180, nb 1 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *Familæ erciscundæ* au début. Voyez la coutume de Malines, tit. 16, art. 17 ; Fons, *Pratique des cours de France*, Des actions, nb 14 ; Perez sur C. 3, 36 [*[De l'action] de partage de succession*] à la fin.

Gn 13, 9 : *« [Abraham dit à Lot] :"Tout le pays n'est-il pas devant toi ? Sépare-toi de moi. Si tu prends la gauche, j'irai à droite, si tu prends la droite, j'irai à gauche" ».*

Cité de Dieu, XVI, 20 : *« (…) De là peut-être, est venue, entre les hommes, cette pacifique coutume, quand il y a une terre à diviser, que l'aîné partage et que le plus jeune choisisse ».*

Décrétales III, xxix, 1 : Reprise du concile d'Afrique : *« Si un évêque, des Donatiste, vers l'unité catholique, s'est converti, de façon égale, entre eux, ils diviseront ces parties qui ont été ainsi trouvées là où il y avait deux parties, c'est-à-dire, pour que des endroits appartiennent à l'un, les autres à l'autre, d'une façon telle que que partage celui qui a plus de temps dans l'épiscopat et que celui qui a le moins de temps, choisisse. Si, peut-être, il y avait un endroit, [il appartiendra à celui qui est trouvé le plus voisin. Si, des deux cathèdres, il est également voisin], il appartiendra à celui que le peuple aura choisi. Mais, si, peut-être, les anciens catholiques ont voulu leur [évêque] et ceux-là le leur, qui, des Donatistes, se sont convertis, la volonté du plus grand nombre sera préférée à celle de peu. Si les parts sont égales, à l'évêque d'une plus longue durée, elle sera assignée. Si de nombreux endroits sont trouvés dans lesquels il y avait deux parties, d'une façon telle qu'ils ne puissent pas être également divisés, comme si, en un nombre impair, elles étaient, les endroits ayant été partagés à ceux qui ont un nombre pair, si un quelconque endroit est resté, cela sera conservé pour ce qui a été dit, lorsqu'il fut traité ci-dessus dans quant à un seul endroit ».*

[1002] (Note de Groenewegen) Voir C. 3, 36, 14 et là, les docteurs ; Gail, *Observationes*, liv. II, obs. 14, nb 6. Voyez en outre Fachinæus, liv. VI, cap. 68 ; Caballinus, *De evictione*, § 4, après le nb 51.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Hermianus (sans date) : *« Si, avec l'action de partage de succession avec laquelle les biens paternels, entre toi et ton frère, selon un droit égal, ont été partagés, rien n'est spécialement convenu au sujet de l'éviction des biens qui vont être adjugés entre vous, c'est-à-dire pour que chacun reçoive ce qui est arrivé du bien, à bon droit, le gouverneur de la province contraindra ton frère et cohéritier à reconnaître le préjudice de l'éviction de la possession pour une partie par l'action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *».*

§ 17. Le *bornage commun* est *une occasion voisine de terres partagées sans division visible ou connue.*

§ 18. De là, naît l'obligation de souffrir que les anciennes bornes [1003], pour autant que celles-ci peuvent être trouvées par des documents, des marques, des attestations ou une ancienne renommée, sont déclarées [1004] ou que de nouvelles séparations sont fixées et si pour l'un, à la volonté de l'occasion, ce qui pouvait être trouvé plus qu'à l'autre, cela serait compensé avec de l'argent [1005].

[1003] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 1, 8 et 11.

Extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Si, par l'irruption d'une rivière, une inondation mélange les bornes d'une terre et, pour cette raison, [fournit l'occasion] à certains d'occuper des endroits, sur lesquels ils n'ont pas de droit, le gouverneur de la province ordonne que, de ce qui appartient à autrui, ils se tiennent éloignés, qu'au propriétaire, son bien soit restitué et que les bornes, par le biais d'un arpenteur, en soient clairement montrées. 1 - À l'office de ceux qui, des bornages, ont la connaissance, il appartient d'envoyer des arpenteurs et, par leur biais, de mettre fin à la question même des bornes, comme il est juste, [il le fera] en inspectant les lieux de ses propres yeux, si ainsi, la chose le réclame ».*

Extrait du livre II des *Réponses* de Papinien : *« Dans les questions de bornage, [quand] les anciens documents [font défaut], l'autorité du cens du rang le plus proche, avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, doit être suivie, seulement si, avec la variété des successions et selon le jugement des possesseurs, des terres n'ayant pas été ajoutées ou retirées, par la suite, il est prouvé que les bornes ont été changées ».*

[1004] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla*, *D. Finium regundorum* [D. 10, 1], nb 7. Voyez en outre Mascardus, *De probationibus*, concl. 294 jusqu'à 403.

[1005] (Note de Groenewegen) Voir D. 10, 1 2, 3, 4 et 5.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Cette action regarde les biens-fonds ruraux, bien que les bâtiments y interviennent ; en effet, il ne fit pas beaucoup de différence que quelqu'un place des arbres sur une limite commune ou un bâtiment. 1 - Au juge, l'action relative à la fixation des bornes est permise pour que, quand il ne pourra pas séparer les limites, avec une adjudication, à la dispute, il mette fin ; et, si, peut-être, pour supprimer une ancienne obscurité, à travers une autre région, le juge a voulu régler les limites, il peut le faire par le biais de son adjudication et d'une condamnation ».*

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Dans ce cas, il y a besoin qu'à partir du bien-fonds de l'un ou de l'autre, à l'un, cela soit adjugé, [à ce titre], celui auquel l'adjudication est faite, en retour, à la faveur de ce qui lui a été adjugé, à un certain montant d'argent, doit être condamné ».*

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Mais, dans la dispute [concernant] un seul endroit, en parties, le bien peut être découpé avec les adjudications, selon que le juge a disposé la propriété de chacun sur cet endroit. 1 - Dans l'action relative à la fixation des bornes aussi, le compte est fait de ce qui est de l'intérêt de celui-ci. Qu'en est-il, en effet, si quelqu'un a reçu quelque avantage de cet endroit qui apparaîtra, au voisin, appartenir ? Non injustement, la condamnation, à ce titre, sera faite. Mais aussi, si l'arpenteur, par l'un seulement, a été pris à bail, condamnation devra être faite de celui qui ne l'a pas pris à bail pour une partie de son loyer. 2 - Mais, après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio) *aussi, les fruits entrent dans cette action ; car la faute et le dol, de là, sont montrés ; mais, avant l'action, ayant été reçus, de toute façon, dans cette action, ils n'entrent pas ; en effet, de bonne foi, [ils ont été reçus et il faut que le défendeur les obtienne], s'il les a consommés, ou, de mauvaise foi, il faut que l'on agisse en justice avec une condiction. 3 - Mais, si, au jugement, quelqu'un n'obéit pas en abattant un arbre ou un bâtiment placé sur la limite ou sur la partie de celui-ci, il sera condamné. 4 - Si les bornes sont réputées avoir été culbutées ou déterrées en labourant, le juge qui, du crime, a la connaissance, aussi des bornages, peut avoir la connaissance. 5 - Si un bien-fonds appartient à deux [personnes], l'autre, à trois [personnes], le juge peut, à une seule partie, adjuger l'endroit dont il est question, bien qu'il ait plusieurs propriétaires, parce que, plus au bien-fonds qu'aux personnes, les limites sont entendues être adjugées ; mais, ici, quand l'adjudication, à plusieurs, est faite, chacun en aura la partie* 6 *- que, sur le bien-fonds, il avait et, à la faveur d'un indivis, ceux qui ont un bien-fonds commun, entre eux, ne seront pas condamnés ; en effet, entre eux-mêmes, l'action n'est pas considérée être reçue. 7 - Si moi et toi, nous avons un bien-fonds commun et moi seul, le bien-fonds voisin, pouvons-nous recevoir l'action relative à la fixation des bornes ? Et Pomponius écrit que nous ne pouvons pas la recevoir, parce que moi et mon associé, dans cette action, nous ne pouvons pas être des adversaires, mais, à la place d'un seul, nous nous tenons. De même, Pomponius dit que ne doit certes pas être accordée une action utile, du fait que celui qui a une action propre peut vendre le bien-fonds commun ou son bien-fonds propre et ainsi, faire valoir en justice son droit. 8 - Mais non seulement entre deux biens-fonds, mais aussi, entre trois ou plusieurs biens-fonds, l'action relative à la fixation des bornes peut être reçue ; comme par exemple chacun est limitrophe de plusieurs biens-fonds, de trois ou, peut-être, quatre. 9 - L'action relative à la fixation des bornes, sur les terres louées pour de l'argent, entre ceux qui en ont l'usufruit ou entre l'usufruitier et le propriétaire de la [nue] propriété du bien-fonds voisin, et entre ceux qui, selon le droit du gage, possèdent, peut se présenter. 10 - Cette action a lieu pour la limite commune des biens-fonds ruraux ; car, pour la limite commune des biens-fonds urbains, elle n'est pas satisfaisante ; en effet, ceux-ci ne sont pas limitrophes* (confines)*, mais sont plutôt appelés voisins* (vicini) *et ceux-ci, avec des murs communs, en général, sont délimités. Et c'est pourquoi, si, sur des terres, des bâtiments ont été joints, à cette action, il n'y aura pas lieu ; et, dans une ville, la largeur des jardins peut faire qu'aussi, avec l'action relative à la fixation des bornes, on peut agir en justice. 11 - Qu'une rivière ou une route publique soit placée entre, une limite commune n'est pas entendue et c'est pourquoi, avec l'action relative à la fixation des bornes, on ne peut pas agir en justice, … »*

§ 19. Toutes les terres sont tenues chez nous arriver à la moitié du fossé [1006], à moins que ce ne soit autrement prouvé.

*

[388] Chapitre XXIX
De ceux qui ont corps et biens dans une cale et de l'avarie [1007]

[**Note de Willem Schorer sur la note 1007 de Groenewegen van der Made**

Quant à l'appellation d'AVARIE, on peut voir ce que tient Quintijn Weytsen, *Tractaat van Avaryen* au début, et quant à l'AVARIE GRANDE ou GROSSE, Vinnen sur Piet Peck, *De re nautica* sur D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet)*, 1, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, Hamerster dans sur notes sur le statut de Frise, liv. I, tit. 24 au début.

Mais cette recherche a peu d'utilité et c'est pourquoi nous travaillerons plutôt pour que nous entendions à bon droit les choses désignées dans celles-ci.

L'AVARIE et divisée en *grande* ou *grosse* et en *commune*.

Elle est appelée *grande* chaque fois que le propriétaire non seulement des marchandises sauvées, mais aussi du navire lui-même ou le matelot est tenu à la contribution pour réparer le dommage à proportion.

Commune, quand les seuls propriétaires sont chargés de la nécessité de contribuer.

L'équité de l'avarie est placée en ce qu'elle est en accord avec le droit quand quelque maison est détruite à raison d'un incendie pressant, pour que les autres ne périssent pas dans le même destin, ce dommage doit être réparé par les voisins auxquels vraisemblablement le feu pouvait arriver, bien que la flamme ne soit pas encore parvenue à la maison détruite, voir Arnold Vinnen sur Piet Peck, *De re nautica*, sur D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet)*, 1, lettre B. Il en va de même du droit aussi pour les navires, enseigne Rocco dans son *Tractaat over schepen en vracht-gelden (Traité sur les vaisseaux et les frets)*, art. 99, nb 256 ; Formey, *Principes du droit naturel*, t. II, § 34, p. 340 ; Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. II chap. 6, § 8, nb 3. Van Zurk, *Codex Batavus*, [au mot *Avaryen*], art. 19 et 20, pour moi p. 138 [éd. de 1758] indique le catalogue des écrits qui illustrent cette matière, auxquels on peut tout à fait ajouter Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24. Il y a l'ordonnance de Philippe II sur l'avarie du 20 janvier 1570, voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 828.

De ces définitions, il s'ensuit que regarde l'avarie grosse tout ce qui est jeté pour alléger le navire et détourner le péril commun non seulement dans la mer, mais aussi ce qui a été fait pour conserver le navire let les marchandises qui, cela n'ayant pas été fait, auraient probablement péri, voir Quintijn Weytsen, *Tractaat van avaryen*, § 31, et ce dommage est réparé avec la contribution de tous, aussi celle du matelot lui-même, voir Vinnen sur Piet Peck, sur D. 14, 2, 1, lettre C. Le propriétaire qui a prêté au patron un prêt à intérêt maritime est toutefois libre de cette nécessité de contribuer, bien que le navire navigue sous le gage de la coque et au péril du sort et de sa perte, communément *la bomerie n'est pas sujette à l'avarie*, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 14, tit. 2, nb 12.

Regarde aussi cette avarie si, à l'occasion du jet, les marchandises ont été corrompues avec une aspersion d'eau, pourvu qu'il y ait plus de dommage dans la corruption causée par

---

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« … parce que, plutôt sur ma limite commune, la route publique ou la rivière se trouve que la terre du voisin ».*

[1006] (Note de Groenewegen) Voir La glose sur D. 39, 3 [*Du détournement de l'eau et de l'eau de pluie*], 2 § 1 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. II, concl. 698, lettre C, et vol. IV, concl. 448, lettre F.

[1007] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 2 [*De la Loi Rhodienne du jet*] ; Quintijn Weytsen, *Tractaet van avaryen* ; Johan Locken, *De jure navali et maritimo*, liv. II,

Le titre en question du Digeste comprend 10 extraits.

Nous avons également traduit le traité de Weytsen sur les avaries, cf. *ADMO*, t. XXV, Nantes 2007, p. 14-55.

La traduction de l'ouvrage de Johan Locken a également été faite, mais reste encore à paraître.

l'aspersion que dans la contribution. Il en sera aussi de la même eau, si certaines marchandises ont été amenées dans une chaloupe pour que le navire entre plus facilement dans un port et que la chaloupe a péri et cela, au regard des marchandises qui ont péri, mais non de même qui ont péri dans la chaloupe ; ce qui a été dit des chaloupes doit aussi être étendu à tous les vaisseaux qui servent à alléger le navire, voir Feitama sur Rocco, *Over Schepen en vracht-gelden*, art. 21, nb 57, et l'auteur ici, § 16, aux mots *Een schip komende aan den grond* - "Un navire touchant au fond".

Qu'ne est-il si la chaloupe arrive sauve avec les marchandises, mais que le navire a péri : il est demandé si les marchandises amenées dans la chaloupe seront tenues de contribuer. Rocco, dans ledit endroit, le nie et Feitama en donne ici la raison : parce que les marchandises qui ont péri dans la barque n'ont absolument rien fait pour conserver les marchandises amenées dans la chaloupe, et ainsi aussi [le dit] Brunemann sur D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet)*, 4, et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, enseigne que c'est là l'unique raison de la contribution, voir Voet, lib. 14, tit. 2, nb 5, et Groenewegen ci-dessous § 16, dans sa note 1031. Ainsi, a-t-il été disposé à Hambourg, voir le règlement de Hambourg sur l'assurance et les avaries, tit. 22, art. 12. En tout cas, cependant, les salaires sont dus au matelots bien que le navire ait péri et celui-ci transbordera à ses frais les marchandises au propriétaire dans d'autres navires et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, aux mots *Unde quæritur* - "D'où, il est demandé" rapporte que cela avait été ainsi jugé par la Cour Suprême contre certains marchands. Tout ce qui est donné à des pirates pour racheter le navire regarde la grande avarie, autrement que ce qui aura été pris par eux, voir Feltman, *Aanmerkinge over den artikelbrief*, nb 3, p. 163 ; en effet, le bien périt par accident pour son propriétaire, voir C. 4, 24 *(De l'action de gage)*, 9. En outre, tout ce qui est dépensé à raison d'un accident inattendu, comme le fait que les navires contribuent aux personnes armées pour leur défense. À cela, on peut ajouter ce que tient Bijnkershoek dans ledit chapitre 24 aux mots *Si navis* - "Si le navire", et Voet, lib. 14, tit. 2, nb 4, 5 et 6. Cependant, à partir du fondement de la contribution, celui-ci sera libre et se sauvera celui qui arraché quelque chose au naufrage, voir D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet)*, 7, Rocco, *Over schepen en vracht-gelden*, art. 97, nb 254, de même qui a été enlevé aux mains des ennemis, voir le règlement de Hambourg sur l'assurance et les avaries, tit. 22, art. 9.

Il est demandé, quand un navire a écrasé un autre, s'il y aura lieu à une grande avarie. Cela est refusé, du fait que, de même, le naufrage n'a pas été fait à raison de l'utilité commune, comme [le dit] à bon droit van Leeuwen dans sa note sur le § 31 du traité de Weytsen sur les avaries ; mais, si le propriétaire des marchandises jetées, après que le dommage lui a été réparé par les autres proportionnellement, a recouvré certaines de celles-ci, de nouveau, il est tenu de rendre autant qu'il aura reçu pour son dommage, cependant, en tenant compte aussi de sa part, voir Rocco, *Over schepen en vracht-gelden*, art. 97, nb 252.

Il en est de même du droit si le navire, les marchandises ayant été jetées, a péri et que certaines ont été conservées à partir du naufrage ; en effet, celles-ci sont tenues de contribuer envers le propriétaire des marchandises jetées, voir Weytsen, *Tractaat van avaryen*, § 33 ; Peck, *de re nautica*, sur D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet)*, 4 ; Rocco, *Over schepen en vracht-gelden*, art. 97, nb 253, et ici, Feitama dans ses notes.

Mais est entendu comme une avarie ordinaire I. l'argent du pilote, pourvu qu'il ne dépasse pas six livres flamandes, comme [le disent] l'auteur lui-même, § 15, dans la note 1029, Vinnen, dans ledit endroit, et Voet, lib. 14, tit. 2, nb 6. II. ce qui est payé quand des forteresses sont dépassées sur des feluves ou dans des prots. III. ce qui est payé pour sortir les navires d'un fleuve ou d'un port, voir Vinnen sur Piet Peck, dans ledit endroit. Pour cela, on a foi dans le patron qui jure qu'il a dépensé autant, pourvu que, contre celui-ci, un soupçon funeste ne milite pas.

Du reste, sur l'avarie ordinaire ou commune, il faut observer que jamais, le dommage de celui-ci ne doit être réparé par l'assureur, voir le règlement de la ville de Hambourg de 1731 sur l'assurance et les avaries, tit. 21, art. 12.]

§ 1. La COMMUNAUTÉ DE RÉSULTAT a une place particulière parmi les gens qui ont leur vie ou leurs biens dans une cale à l'entretien ou la destruction de laquelle leur est mis en commun ; pour cela, nous n'avons pas besoin de porter la communauté entre des armateurs ou les chargeurs d'un côté, et les patrons de l'autre côté, puisque qu'en ceux-ci, il

y a une convention de louage ou de société et non la communauté que le patron a spécialement avec ses matelots ; car, entre ceux-ci, il y a un louage ; mais la communauté qu'il y a avec les armateurs ou les marchands qui envoient un navire d'un côté, et les matelots de l'autre côté, comme aussi, la communauté qu'il y a entre les armateurs, les chargeurs, les patrons, les matelots et les gens qui voyagent avec qui ont leur vie ou leur bien dans un navire.

§ 2. Entre les armateurs ou les chargeurs d'un côté et les matelots de l'autre côté ces obligations qui sont tenues comme une promesse réciproque, sont introduites par application de la loi.

§ 3. En premier lieu, un patron étant congédié ou abandonné par ses armateurs, ou étant en défaut par un accident d'accomplir son voyage accepté et un autre étant mis à sa place, ainsi, les matelots sont tenus de servir et de suivre ce second patron comme ils l'auraient fait envers le premier [1008].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1008 de Groenewegen van der Made**

Il faut le statuer autrement, si le patron lui-même a vendu ou changé la poupe ; en effet, dans ce cas, les marins associés ne sont pas tenus au-delà, comme [le dit] l'auteur lui-même ci-dessus dans ce livre, chap. XX, § 21, note 774.]

§ 4. Dans le cas où un bien du marchand, par un acte, une faute ou **[389]** une incompétence des matelots, souffre un dommage, ainsi, ils sont tenus de le réparer [1009]. En outre, par un naufrage ou un autre accident, ils sont tenus de garder, d'être attentifs, de sauver et de conserver les biens du marchand selon ce qui est possible [1010] et sans rien retenir [1011] ; ils en reçoivent une rémunération pour tous les biens sauvés et en outre, en

---

[1008] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 19 juillet 1551, art. 20 ; placard du 31 octobre 1563 [et non comme indiqué 1593], tit. III, art. 11. Voyez en outre ci-dessus le chapitre XX, note **22.**

(Notre traduction du néerlandais pour ces deux textes) Placard de 1551, art. 20 : *« Item. S'il arrivait que, durant le voyage, un patron fût congédié ou abandonné par ses armateurs ou que, par une fortune imprévisible, il ne pût pas faire le voyage, les ci-devant dits officiers, matelots et valets seront tenus de servir et de suivre le nouveau patron mis sur un tel navire, comme ils l'auraient été envers le premier avec une compensation dans le cas d'un plus long voyage de la manière et sous les peines dites ci-dessus ».*

Placard de Philippe II, tit. III, art. 11 : *« S'il arrivait que le patron fût congédié ou abandonné par ses armateurs ou autrement, par quelque cause ou fortune imprévisible, en défaut d'accomplir son voyage commencé ou accepté, et qu'un autre, à sa place, fut mis, les ci-devant dits matelots sont tenus de servir et de suivre celui-ci, comme ils l'auraient fait pour le premier ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, respectivement p. 52 et 75.

[1009] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de 1551, art. 43 et le ci-devant dit placard de 1563, tit. II, art. 8, et tit. IV, art. 1.

(Notre traduction du néerlandais pour ces trois articles) Placard de 1551, art. 43 : *« Item. S'il arrivait que quelques biens, dans le navire, fussent endommagés ou détériorés par le patron, les gens du navire, les matelots ou les valets, ce patron sera tenu envers le marchand de réparer ce dommage à un prix tel que celui-ci aurait pu valoir à la place et à l'époque du chargement ».*

Placard de 1563, tit. II, art. 8 : *« Et, s'il arrivait que quelques biens, dans le navire, fussent endommagés ou détériorés par le patron ou les matelots, ce patron sera tenu envers le marchand de réparer ce dommage à un prix tel que ceux-ci auraient valu à la place où ils étaient chargés et destinés ».*

Tit. IV, art. 1 : *« Tous les patrons et matelots seront tenus de prendre une bonne garde et de porter soin au navire et au bien et, si celui-ci, par leur faute, négligence, incompétence, erreur ou acte, souffrait quelque péril ou dommage, ils seront tenus de le réparer ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit., respectivement p. 60, 67 et 79.*

[1010] (Note de Groenewegen) Et cela, sous amende de leur fret, voir le placard de 1563, tit. IV, art. 12.

(Notre traduction du néerlandais) Tit. IV, art. 12 : *« Dans le cas où un navire parvient à se briser dans quelques pays que ce soit, les matelots seront tenus d'aider le patron et de sauver et y conserver les biens le plus et du mieux qu'ils le peuvent ; faisant cela, et non autrement, le patron sera tenu de leur en donner leur loyer pour son compte et de leur une rémunération convenable à raison des biens sauvés, pour autant qu'il a l'argent ; dans le cas où [il n'en a] pas, de les ramener à terre à laquelle de navire a appartenu ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 84.

[1011] (Note de Groenewegen) Et, dans le cas où quelqu'un entreprend de prendre des biens de cette sorte et de les retenir, il sera puni, dans le cas où c'est un patron ou un marin, avec le feu ; dans le cas où c'est un autre, il

dehors du sauvetage, une rémunération du travail inhabituel fait pour les biens à charge de ces biens, selon le dire du patron, du pilote et du contre maître et, pour cette raison, le patron doit en tenir une bonne preuve et compte ; et, si le ci-devant [dit] bien est obligé envers les matelots, ils peuvent le garder à bord jusqu'au moment où ils sont satisfaits [1012].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1010 de Groenewegen van der Made**
L'auteur a déjà traité ci-dessus dans ce livre, chap. XX, § 16, dans la note 767, du droit de rétention.]

§ 5. Que le marchand, bien qu'ayant loué tout le navire, doit permettre non seulement au patron, mais aussi au pilote et aux autres matelots, de charger leur portage dans le navire est dit ci-dessus [1013].

§ 6. Dans le cas où le chargeur retient le navire sans le charger au moment déterminé, ainsi, les matelots jouissent du quart de ce qui est payé pour les jours de planche, les trois autres quarts restant au patron [1014].

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCLXXIX. Si, par le fait du marchand, la navigation a été retardée, le quart de ce montant qui est dû sous le nom de *jours de planche* (*legdagen*) à raison du retard de la route au patron, mais seulement un juste salaire doit être aussi procuré aux matelots pour ce temps avec lequel la route a été retardée, cf. le placard de Philippe II [de 1563], tit. II, art. 4, et là, Verwer dans sa note, p. 70.]

§ 7. Cette convention par application de la loi est si fort que la quille du navire est entendue être obligée non seulement envers le patron pour son loyer, mais aussi envers les matelots **[390]** [1015] ; mais en outre, les armateurs du patron ne sont pas tenus pour les matelots [1016].

---

est puni avec la potence et ceux-ci sont néanmoins tenus de redonner les biens retenus, voir le placard de 1563, tit. IV, art. 13, ou, à défait de cela, autant d'argent que le propriétaire évalue ces biens sous serment et la décision du juge le porte, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 44.

(Notre traduction du néerlandais) Placard de 1563, tit. IV, art. 13 : *« Et, si quelqu'un entreprend de prendre et de retenir quelques biens naufragés, il sera puni, dans le cas où c'est un patron ou un matelot, avec le feu. Dans le cas où c'est un autre, avec la potence et ils seront néanmoins tenus à la restitution des biens retenus »*. Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 84.

[1012] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de 1563, tit. III, art. 19.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 19 : *« Tous les matelots seront tenus de veiller sur le bien du marchand et d'en prendre soin ainsi qu'il leur sera commandé par le patron, le pilote et le chargeur, ce dont ils seront rémunérés extraordinairement selon l'ancienne coutume et aux dires des ci-devant dits patron, pilote et contre maître ; ce patron en tiendra une bonne preuve et compte et les transmettra au marchand ou chargeur ; il pourra conserver à bord ce bien jusqu'au moment où ce marchand les aura satisfaits ou contentés »*. Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 78.

[1013] (Note de Groenewegen) Dans le chapitre XX, § 25, note **38.**

[1014] (Note de Groenewegen) Voir les lois de Wisby, art. 31. Voyez le ci-devant dit placard, tit. III, art. 9.

Lois de Wisby, art. 31 : *« Le navire estant parvenu au lieu destiné, si les matelots veulent estre payez de leur loyer, ceux qui n'auront ny coffre ny matelas, ne autres meubles dans le bord equivalans leur salaire, seront tenus bailler asseurance ou respondant pour eux au maistre, qu'ils serviront jusques au bout, et tant que le navire soit de retour »*. Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 175.

Placard de 1563, tit. III, art. 9 : *« S'il y avait qu'un patron, ayant accepté certains matelots pour faire un sûr voyage, par une crainte de guerre, des pirates, d'arrêt de son navire ou de personnes, ou certains autres inconvénients, ne voulût pas commencer ce voyage ou accomplir celui-ci qui est commencé, il lui sera permis dans ce cas de remercier les ci-devant dits matelots en donnant à chacun de ceux-ci le quart de leur entier salaire promis et en outre, avec à chacun de ceux-ci en une proportion telle qu'ils peuvent avoir gagné plus du ci-devant dit salaire promis. Sauf que cela n'excède pas la totalité du loyer. Et, dans le cas où ils avaient reçu plus qu'il leur revient, ils devront le rendre au patron »*. Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 71.

[1015] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le liv. II, chapitre XLVIII, § 19, note 1116.

[1016] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le liv. III, chapitre XX, § 48.

§ 8. Entre les armateurs, les chargeurs, les patrons, les matelots et les passagers qui ont leur bien ou leur vie dans un navire, ces obligations sont observées.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXX. L'*avarie*, dont il est traité de façon soignée dans la nouvelle loi de Rotterdam de 1721, art. 83 et suivants (qui a précédé la loi de Dordrecht de 1775, art. 82 et suivants) est ici définie comme *le dommage qui naît à partir de ce qui a été volontairement fait pour conserver le navire et les marchandises ou pour écarter un autre plus grave et plus probable dommage*. Un dommage de cette sorte doit être réparé avec la contribution du navire et des marchandises et est appelé une *avarie grosse* ; ajoutez ci-dessous la thèse DCCLXXXV.

DCCLXXXI. De celle-ci, diffère celle qui est appelée l'*avarie commune* ou *ordinaire*, qui doit être réparée avec les seuls marchandises par une manière de contribution, voir Weytsen, *Tractaat van avaryen*, § 7, joint à Verwer ici dans ses notes. Mais, quand à ce qui est aujourd'hui généralement d'usage, comme de charger certes le navire par plusieurs marchands autant qu'ils veulent de marchandises (*le navire étant chargé de marchandises emballées*), le patron stipule pour lui dans les instruments que l'on appelle un *connaissement* de chaque marchandise quelque pourcentage du fret, par exemple, chacune dix (en effet, cela est ordinairement fait), pour cela en réparation ; mais, si tout le navire est loué à un seul marchand et que rien d'autre n'a été convenu expressément quant à cette affaire dans l'instrument d'affrètement (*la charte-partie*), afin que, dans ce cas, les deux tiers de cette avarie suivent le marchand, le tiers, le patron lui-même, voir Verwer, *Toegift van grond-regelen (Ajout de règles fondamentales)*, p. 116-121, et dans l'appendice, nb 15, p. 272 et suivante. Regardent cette avarie les charges ordinaires des ports, ce qui doit être payé de façon régulière aux experts des bas-fonds, comme aussi ce qui à été payé ordinairement pour l'emploi de plus petits navires, aucun n'accident n'étant arrivé, pour alléger le navire lui-même, voir Verwer dans lesdites règles ; Weytsen, *Tractaat van avaryen*, §§ 3, 6 et 7 ; mais non aujourd'hui ce que, de même, Weytsen tient dans le § 5 ; voir Verwer, ici même, dans ses notes, p. 222.]

§ 9. Celui qui est endommagé, blessé, estropié, affaibli ou vient à mourir au service du navire ou pour le défendre contre des ennemis ou des pirates, le dommage et la compensation sont comptés, avec le plein loyer, le portage et les frais d'enterrement comme AVARIE GROSSE, *c'est-à-dire comme une charge commune qui doit être supportée par le navire et le bien aux dires d'hommes de bien* [1017].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXXII. Le dommage né de la blessure ou de la mutilation du matelot dans le service ordinaire du navire regarde le patron ou les armateurs, voiyez la nouvelle loi de Rotterdam, art. 99, la loi de Dordrecht, art. 98, la loi de Middelburg, art. 48 ; celui causé pour la défense du navire doit être rapporté à une avarie grosse, voir ladite loi de Rotterdam, art.97, comme aussiç, s'il est arrivé pour un combat à raison d'un refus de saluer, voir cette loi de Rotterdam, art. 98, la loi de Dordrecht, art. 97 ; pour cette raison, ici, la doctrine de Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, p.724, ne peut du moins pas être reçue.]

[1017] (Note de Groenewegen) Voir le placard de 1551, art. 28 ; le placard du 31 octobre 1563, tit. IV, art. 2 ; Johan Locken, *De jure navali et maritimo*, liv. II, chap. VIII, § XI ; ci-dessus, le chapitre XXIII, § 5.

(Notre traduction des textes néerlandais) Placard de 1551, art. 28 : *« Item. Si quelqu'un, dans quelque combat contre des ennemis ou des pirates, était blessé, estropié ou mort, l'intérêt et le dommage des blessés ou des estropiés et en outre, leur plein loyer, portage et enterrement des morts seront payés comme avarie grosse du navire des des biens, pour la défense desquels cet accident était arrivé, le tout aux dires d'hommes de bien qui s'y entendent, qui seront pris et recherchés pour cela dans les places où le navire arrivera en premier sous notre juridiction ».*

Placard de 1563, tit. IV, art. 2 : *« Dans le cas où le patron, les matelots ou quelqu'un d'autre, dans une résistance et un combat contre des ennemis ou des pirates, ou dans un autre service du navire, sont endommagés, blessés, estropiés ou morts, ainsi, l'intérêt et le dommage des endommagés, blessés ou estropiés et en outre, leur plein loyer, portage et enterrement des morts seront payés comme avarie grosse du navire et du bien pour la défense desquels cet accident était arrivé, le tout aux dires d'hommes de bien qui s'y entendent ».* Cf. pour les textes néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 54-55 et 79.

§ 10. Le navire étant dans une nécessité et le patron pensant avantageux de jeter son bien, d'échouer le navire, d'abattre ou de couper le mât, un cordage ou quelque chose d'autre, ne peut pas le faire sans le dire au marchand ou son représentant, dans le cas où l'un ou l'autre est à bord, et, dans le cas où celui-ci ne le juge pas bon ou qu'ils ne sont pas à bord, le patron peut toutefois le faire avec l'avis de la majorité des matelots ; le patron et les matelots arrivant à terre, doivent déclarer sous serment qu'une telle chose a été faite par nécessité et un avis commun [1018].

[**Note de Willem Schorer**

Avec l'avis de la majorité des matelots. Voyez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuo*rn lib. IV, cap. 24, aux mots *Ad res* - "[Passons] à ces affaires". Le statut de Frise, liv. I, tit. 24, art. 4, a aussi disposé expressément qu'il n'était pas permis au matelot de jeter les marchandises de sa propre autorité, de même le règlement de Hambourg sur l'assurance et les avaries, tit. 22, art. 2, et ainsi aussi Rocco dans ledit traité, art. 96, nb 248, et ici Feitama dans sa note.]

[***Tgheses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCLXXXIII. Si le navire, tandis qu'il était présent dans une guerre, ayant été loué pour naviguer, par crainte d'un ennemi qui ne le suit pas, approche de quelque port et y demeure, attendant peut-être un navire de protection, les frais du retard de la route peuvent être réputés pour une avarie grosse, comme l'a jugé la Cour Suprême le 19 janvier 1722 chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, p. 734 et suivantes. Il faut le dire autrement si l'annonce de la guerre est survenue lors de la route même ou que le navire, se voyant ordonner de naviguer sous la protection d'un autre navire de protection, qu'il ne l'a pas trouvé et que, pour cette raison, il a retardé la route.

DCCLXXXIV. Sous l'instrument du navire qui, brisé ou jeté à l'occasion d'un danger, est tenu pour une avarie, est comprise aussi la chaloupe qui peut commodément être placée dans le navire. Les marchandises elles-mêmes peut-être rassemblées dans la chaloupe, si elles ont été jetées, ne sont pas tenues pour une avarie, voir la nouvelle loi de Rotterdam, art. 90, la loi de Dordrecht, art. 89.

DCCLXXXV. Pour que le dommage causé volontairement puisse être tenu pour une avarie, il est aussi requis que le patron prenne un avis d'abord avec le marchand ou son détaillant s'ils sont présents ; s'ils ne le sont pas ou sont en désaccord, avec les matelots eux-mêmes à l'avis desquels il faut s'en tenir, voir le placard de Philippe II [de 1563], tit. iv, art. 4 et 10 ; Verwer, *Toegift van grondregelen*, p. 114 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, p. 719 ; la [nouvelle] loi de Rotterdam, art. 96 joint aux art. 144 et 145. Cependant, cette loi n'a

---

[1018] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard [de 1563], tit. IV, art. 4 [et non 6, comme indiqué dans le texte néerlandais] ; les lois de Wisby, art. 20, 38 et 39 ; Weytsen, *Tractaet van avaryen*, § 19.

(Notre traduction du néerlandais) Placard de 1563, tit. IV, art. 4 : *« S'il y avait aussi qu'un navire vînt en nécessité et que le patron pensât que, pour la conservation de la vie, du navire et du bien, l'on devrait jeter quelque bien, d'échouer le navire, d'abattre ou de couper le mât, le cordage ou quelque chose d'autre, il ne pourra pas le faire sans d'abord demander au marchand ou son représentant qu'il y a dans le navire ce qu'il lui pense bon ; et, dans le cas où ce marchand ou son représentant ne le pense pas bon, le patron pourra néanmoins le faire par l'avis de la majorité des matelots qui, venant à terre, affirmeront à la demande du marchand sous serment que cela était nécessaire et qu'après le refus du marchand, cela a été fait par leur avis ; et, pour autant que le ci-devant dit marchand ou son représentant n'est pas dans le navire, le ci-devant dit capitaine ne pourra faire ce qui est dit que par l'avis de la majorité des matelots, comme ci-devant ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit*., p. 80-81.

Lois de Wisby, art. 20 : *« Si le mauvais temps contraint de jetter, et que le marchand n'y veuille pas consentir, sera neantmoins jetté, si les autres qui sont dans le navire le trouvent bon : et que le tiers des matelots revenus à terre se purgent moyennant serment, qu'à ce faire ils ont esté contraints, pour esviter le danger et sauver leur personne : et lesdites marchandises jettées seront comptées pour avarie grosse, sur le navire ou marchandises au prix que les autres seront venduës ».*

Art. 38 : *« Le Maistre ne pourra pas faire jet sans en conferer auparavant au Marchand, et si le marchand n'y veut pas consentir, et que neantmoins avec deux ou trois de l'equipage, et des plus experimentez mariniers il est trouvé necessaire, lors il pourra jetter, et seront lesdits matelots creus à leur serment, que ce fut expediant de jetter. Que s'il n'y a pas de facteur ou de marchand dans le navire, le maistre, et la plus grand part des matelots demeureront d'accord de ce qu'il faudra faire ».*

Art. 39 : *« Les marchandises jettées sont payées au prix que le Marchand vendra le reste, le fret desduit et payé ».* Cf. Cleirac, *op. cit*., p. 171 et 177-178.

pas requis l'avis de tous les matelots, mais [celui] du timonier et des premiers des matelots. Si le patron a négligé de prendre cet avis, il est lui-même tenu du dommage, voir ledit art. 96 [de la loi de Rotterdam] et la loi de Dordrecht, art. 95 joint aux art. 141 et 142.]

§ 11. Lors du jet, le patron, autant qu'il est possible, prendra bien soin que l'on jette les biens qui sont les plus lourds en poids et les moindres en valeur ; et, dans le cas où quelqu'un, sur le navire, a dans ses coffres ou ses paquets de l'argent, de l'or, de l'argent métal, des pierres précieuses ou autres biens de grande valeur, celui-ci sera tenu de les déclarer au capitaine au bon moment avant que l'on les **[391]** jette ; autrement, dans l'établissement de l'avarie, ni aussi dans le paiement de l'assurance à charge des assureurs, aucune considération n'en sera prise plus avant, d'une façon telle que les coffres et les paquets apparaissent être de l'extérieur [1019].

[**Note de Willem Schorer**
Lors du jet etc. À cela, on eut ajouter de règlement de Hambourg sur l'assurance et les avaries, tit. 22, art. 5.]

§ 12. Pour une comparaison des dommages qui sont soufferts par un jeu, un échouage, une coupure [du mât] ou autrement en conséquence [1020] de ce qui est fait pour une conservation de la vie, du navire et du bien, ainsi, sont d'abord évalués ensemble les biens perdus et les biens conservés d'après le marché où les biens conservés pourront être vendus [1021], denier pour denier , en étant d'abord retiré les fret et les autres dépenses ; et,

---

[1019] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard [de 1563], tit. IV, art. 5 ; lois de Wisby, art. 38 [et non 8 comme indiqué par erreur dans la note] ; Weytsen, *Tractaet van avaryen*, § 23.

(Notre traduction du néerlandais) Placard de 1563, tit. IV, art. 5 : *« Lorsque l'on doit jeter quelque bien, le ci-devant dit patron est tenu de prendre soin, pour autant qu'il est possible, que l'on jette les biens qui sont les plus lourds en poids et les moindres de prix et, dans le cas où il y a quelqu'un dans le navire qui a dans ses coffres ou ses paquets de l'argent, de l'or, de l'argenterie, des pierres précieuses ou d'autres biens d'un grand prix, celui-ci sera tenu de le déclarer au bon moment avant que l'on jette ou détériore, autrement, aucune considération n'en sera prise dans l'établissement de l'avarie ou dans l'assurance à charge des assureurs autrement que, pour de tels coffres ou paquets, ils paraissent être de l'extérieur ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 81.

L'article 38 des Lois de Wisby est déjà proposé dans la notre précédente.

[1020] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 2, 4 § 2.

Extrait du livre II des *Questions* de Callistrate : *« 2 - Mais, quand un jet, quant au navire, a été fait et que les biens de quelqu'un qui, sur le navire, sont restés ont été détériorés, il faut envisager s'il devra être contraint de contribuer, parce qu'il ne doit pas, d'un double dommage, être chargé, [celui] de la contribution et de ce que ses marchandises ont été détériorées. Mais il doit être défendu que celui-ci doive contribuer pour la valeur actuelle des biens : c'est pourquoi, par exemple, si les marchandises de deux marchands avaient une valeur de vingt et que celles de l'un, en raison du dégât des eaux, ont commencé à valoir dix, celui dont les marchandises sont intactes, pour une valeur de vingt, contribuera, l'autre, pour une valeur de dix. Cependant, peut être aussi dite cette opinion, nous, faisant des distinctions [pour savoir] à partir de quelle cause elles ont été détériorées, c'est-à-dire si, à cause du jet, les marchandises ayant été laissées sans protection, le dommage s'est ensuivi ou si [c'est] pour une autre raison, comme le fait que l'on ait placé les marchandises quelque part, dans un coin quelconque [du navire] et que l'eau a alors envahi, alors, en effet, il devra contribuer ; pour la première raison, doit-il souffrir la charge de la contribution, parce que le jet le lèse aussi ? Encore, qu'en est-il, si, avec un dégât des eaux, à raison du jet, les biens ont été détériorés ? Mais une distinction plus subtile doit être employée, [pour savoir] ce qui vaudra plus, dans le dommage ou la contribution ; si, par exemple, ces biens valaient vingt et que la contribution, certes, fait dix, mais la perte [fait] deux, étant déduit ce dommage qu'il a souffert, il devra contribuer pour le reste. Qu'en est-il donc, s'il y a plus dans le dommage que dans la contribution ? Comme par exemple pour une valeur de dix pièces d'or, les biens ont été détériorés, mais, pour deux [pièces d'or], ils relèvent de la contribution. Indubitablement, il ne doit pas souffrir la charge des deux ; mais ici, voyons si, envers celui-ci même, il faudra contribuer. Qu'importe-t-il, en effet, que j'aie perdu mes biens jetés ou que j'aie commencé à les avoir sans protection ; car, de même qu'à celui qui les a perdus, il est donné un secours, de même, il faut que soit donné un secours à celui qui a commencé à avoir à raison du jet, des biens détériorés. Cela, ainsi, Papirius Fronto l'a-t-il répondu ».*

[1021] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 31 octobre 1563, tit. IV, art. 6 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 14, 2 [*De la Loi Rhodienne du jet*], 4 § 2 et sur cela, le chapitre XX, § 7. Cela diffère en partie des lois romaines selon lesquelles les biens perdus ne sont pas évalués plus haut que ce que ceux-ci sont achetés, voir ledit § 2 [et non 4, comme le dit la note].

alors, la vraie valeur du navire y est ajoutée ou la totalité promise du fret du patron au choix du marchand ; cela étant mis ensemble en un seul [compte], chacun est comparé à partir du pot commun d'après le montant des biens perdus et des biens conservés ; et l'évaluation et le compte en est fait par des patrons et des marchands impartiaux qui s'y entendent [1022].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1020 e 1021 de Groenewegen van der Made**
Voyez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 21 ; le règlement de Hambourg sur l'assurance et les avaries, tit. 21, art. 8.]

§ 13. L'argent monnayé [1023] est évalué d'après sa valeur intrinsèque et celui que quelqu'un a pour sa vie et porte communément [sur lui] ne vient pas en avarie ni ne porte aucune avarie [1024] à moins de bagues, de joyaux ou de pierreries [1025].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1023 de Groenewgen van der Made**
La moitié seulement de l'argent monnayé entre dans la contribution, voir Weytsen, *Tractaat van avaryen*, §§ 23 et 24, avec lesquel s'accorde la loi des Frisons, voir le statut de Frise, liv. I, tit. 24, art. 7, qui s'accorde à peine avec l'équité ; aussi, cela contribue à partir de sa valeur intrinsèque, comme [le dit] ici l'auteur et l'observe Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, aux mots *Cum jus Romanum* - "Du fait que, dans le droit romain".]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCLXXXIX. L'argent sauvé a certes autrefois contribué aussi à l'avarie à partir du placard de Philippe II [de 1563], tit. IV, art. 7 à la faveur de sa valeur intrinsèque, mais maintenant, à partir de l'intention de la loi de Rotterdam, art. 110 et 111, [c'est] à partir de sa valeur externe.

Placard de 1563, tit. IV, art. 6 : *« Et, pour comparer ce dommage qui sera fait par le ci-devant dit jet, échouage ou coupure [des mâts] à cause ou en conséquence de cela pour une conservation effective de la vie, du navire et des biens ensemble, on évaluera tous les biens perdus et les biens conservés ensemble d'après le marché que ces biens conservés seront vendus, denier pour denier (étant d'abord retirés le fret et les autres frais) et y sera ajoutée la juste valeur du navire ou la totalité du fret promis du patron au choix ou à l'option du marchand. Cela étant apporté ensemble dans un [compte], chacun sera comparé à partir de la masse totale à proportion de ses biens perdus et conservés. Et l'évaluation et calcul de ces avaries seront faits par des patrons et des marchands qui s'y entendent et sont neutres ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 81-82.

[1022] (Note de Groenewegen) Tout ce paragraphe est en accord avec le ci-devant dit placard du 31 octobre 1563, tit. IV, art. 6 et les lois de Wisby, art. 2 et 38.

Cet article 6 est déjà proposé dans la note précédente.

Lois de Wisby, art. 20 : *« Si le mauvais temps contraint de jetter, et que le marchand n'y veuille pas consentir, sera neantmoins jetté, si les autres qui sont dans le navire le trouvent bon : et que le tiers des matelots revenus à terre se purgent moyennant serment, qu'à ce faire ils ont esté contraints, pour esviter le danger et sauver leur personne : et lesdites marchandises jettées seront comptées pour avarie grosse, sur le navire ou marchandises au prix que les autres seront venduës ».*

Art. 38 : *« Le Maistre ne pourra pas faire jet sans en conferer auparavant au Marchand, et si le marchand n'y veut pas consentir, et que neantmoins avec deux ou trois de l'equipage, et des plus experimentez mariniers il est trouvé necessaire, lors il pourra jetter, et seront lesdits matelots creus à leur serment, que ce fut expediant de jetter. Que s'il n'y a pas de facteur ou de marchand dans le navire, le maistre, et la plus grand part des matelots demeureront d'accord de ce qu'il faudra faire ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 171 et 177-178.

[1023] (Note de Groenewegen) Voyez ici Weytsen, *Tractaet van avaryen*, §§ 8-11.

[1024] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 14, 2 [*De la Loi Rhodienne du jet*] 2 § 2. Ceci diffère des lois romaines, voir ledit § 2 au mot *itidem.*

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - (…) De même, il a été débattu [de savoir] si l'évaluation des vêtements et des bagues de chacun devait être faite. Et l'on a considéré que, pour tout, [elle devait être faite], si ce n'est pour ce qui, pour la consommation, aura été chargé, au nombre de quoi se trouvent les provisions de bouche ; et ceci d'autant plus que, quand elles ont fait défaut durant la navigation, ce que chacun a eu, en commun, il l'apportera ».*

[1025] (Note de Groenewegen) Tout ce paragraphe est montré par l'article 7 du ci-devant dit placard [de 1563], tit. IV.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 7 : *« Et, dans le cas où, parmi les ci-devant dits biens, il y a quelque argent monnayé, il sera évalué d'après sa valeur interne ou intrinsèque, étant bien entendu que tout ce que quelqu'un a pour sa vie et que l'on porte ordinairement (à l'exception des bagues, joyaux, pierreries, or et argenterie) ne viendront pas en avarie ni en contribution ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 82.

Mais la contribution doit être faite pour l'argent, pourvu qu'il ait été indiqué au patron en son temps, à plus forte raison, avant le jet, que celui-ci se trouvait dans un coffre, bien qu'il l'ait ignoré depuis le début ; mais, l'argent n'ayant pas été indiqué, il ne doit pas être réparé, voir ladite loi et, l'expliquant de façon plus distincte, la loi de Dordrecht, art. 110. À Amsterdam, l'ancienne coutume est réputée être encore observée à partir des Lois de Wisby, art. 38 § 3, sur laqsuelle voyez Werwer, p. 25, et le même sur le placard de Philippe II, p. 107, [disant] que la moitié seulement de l'argent monnayé, de l'or et de l'argent métal contribue et que l'on contribue seulement pour la moitié. À partir de cela, la doctrine de Bijnkershoek dans ses *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, p. 726 et suivante, doit être suppléée.]

§ 14. Dans le cas où un jet, un échouage, une coupure [de mâts] ou **[392]** autre dommage est causé par le fait que le patron avait surchargé ou non convenablement chargé le navire, comme sur le pont supérieur, dans la chaloupe ou autrement, une telle chose vient seulement à charge du patron, de ses armateurs et du navire et n'est pas porté en avarie sur les marchandises ; semblablement aussi, n'est pas compté en avarie ce qui est brisé, échoué, détérioré ou perdu par un mauvais temps ou un accident [1026].

[**Note de Willem Schorer**

Dans le cas où un jet. L'auteur enseigne ici que, si quelque chose a été jeté, cela tourne au seul dommage du matelot et ainsi a-t-il été disposé en Frise, voyez l'art. 8 [du statut, liv. I, tit. 24]. Cela est vrai si le propriétaire peut obtenir le jet du matelot, autrement, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, signale qu'il y a lieu à la contribution, auquel est ajouté Glints, *Zee-rechten* sur l'art. 8.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXC. Ce qui a été jeté, coupé ou corrompu pour éviter un danger avec un avis non spontané, mais à partir d'une certaine autre nécessité, ou le dommage qui a étécausé parune faute ou un dol n'est pas tenu pour une avartie, voir la loi de Rotterdam, art. 106 et 107, la loi de Dordrecht, art. 105 et 106.

DCCXCI. le jet fait à partir d'un navire chargé plus qu'il n'est juste n'est pas réputé pour une avarie ; du dommage causé de cette façon, non seulement le âtron, mais aussi les armateurs, à la faveur de la part individuelle qu'ils ont dans le navire, sont tenus, les marchandises aussi de ce marchand à la demande duquel, peut-être, une trop grande charge a été chargée dans le navire, étant obligées pour ce dommage avec une hypothèque tacite et retenues dans le navire, voir la loi de Rotterdam, art. 127. Si le dommage a été causé aux marchandises de ce même marchand et que le patron l'avait averti du danger, il ressent seul le dommage, n'allant avoir aucun recours contre le patron, voir ladite loi, art. 108, la loi de Dordrecht, art. 107.

DCCXCII. Les marchandises non diposées dans un endroit approprié, comme sur les traverses, jetées à l'occasion d'un péril, ne font pas une avarie et le dommage causé de là nedoit,

[1026] (Note de Groenewegen) Comme cela est montré par l'article 8 du ci-devant dit placard [de 1563], tit. IV, les lois de Wisby, art. 12 et D. 14, 2, 6.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 8 : *« Et, sil arrivait que le patron eût surchargé ou non convenablement chargé son navire, comme sur le pont supérieur, dans la chaloupe ou autrement, et que, pour cela, l'on dût jeter, échouer ou couper, ou que l'es biens en souffrissent quelque dommage, le dommage viendra seulement à charge du patron, des armateurs et du navire et ne sera pas porté en quelque avarie. Semblablement aussi, en avarie, ne sera pas compté ce qui, par une tempête ou un accident, sera brisé, échoué, détérioré ou perdu ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 82.

Lois de Wisby, art. 12 : *« Si un mast, voile, ou autre appareil se pert par mal-heur, le vaisseau estant à la voile ou autrement, ce n'est pas avarie de contribution ; toutesfois si le Maistre est contraint de le couper sera compté pour avarie grosse, payable par le Navire et marchandise ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 168.

Extrait du livre LXXXVI des *Digestes* de Julianus : *« Un navire, ayant été détruit par une tempête contraire, ses armements, ses mâts et son antenne détruits par un coup de foudre, a été conduit à Hippone et là, ses armements ayant été à présent dans le désordre et achetés, [ce navire] a navigué vers Ostie et a porté à destination son chargement complet. Il a été demandé si ceux auxquels le chargement appartient, à la faveur du dommage du capitaine, devront contribuer. [Julianus] a répondu qu'ils ne le devaient pas ; en effet, cette dépense, plus pour équiper le navire que pour la conservation des marchandises, avait été faite ».*

de même, par être réparé par le patron, voyez la loi de Rotterdam, art. 91 et la loi de DSordrecht, art. 90. À Altserdam, il y a une ecxpetion particulière pour les navires qui reviennt de la mer Baltique et qui ont des marchandises *entre le tillac et le faux pont*, voir le sattut du 14 juin 1607, art. 3 ; les *Handvesten*, p. 657 ; un droit qui n'apparaît pas dans les lois postérieures sur l'assurance et les avaries, voir Verwer sur le placard de Philippe II [de 1563], tit. IV, art. 8, p. 108 dans sa note.]

§ 15. Un pilote [1027], durant son service a ses frais [d'entretien] à la charge du patron et son loyer, à charge du marchand [1028], à moins que la rémunération ne montât au-dessus de six livres de gros flamands, dans lequel cas celle-ci vient comme avarie sur le navire et le bien [1029].

§ 16. Un navire touchant au fond et, par cela, en danger de se briser ou de se perdre, le patron peut, avec l'avis du marchand ou de ses représentants, et, à défaut ou par un refus de celui-ci, par l'avis de la majorité des matelots (lesquels sont tenus d'en faire une déclaration [1030] comme ci-dessus) louer des allèges pour vider le navire, cela est porté en avarie sur le navire et le bien ; mais, si un navire qui arrive dans les environs des passes ou des ports du pays, allait si profondément qui ne pût pas flotter et que, par cela, il fût en nécessité de louer des matelots pour vider le navire, ce loyer viendrait pour les deux tiers à charge du patron et les troisième tiers à charge des biens, à moins que le navire, avec le déchargement, ne pût se rétablir, dans lequel **[393]** cas le loyer viendrait à charge du patron seulement ; et, si les biens mis sur les ci-devant dites allèges, que ce soit par quelque danger ou par le fait d'aller trop profond, venaient à se gâter, sombrer ou périr, ainsi ces biens accidentés viendraient en avarie grosse sur le navire et le bien [1031]. Mais, dans le cas où le

---

[1027] (Note du traducteur) Grotius utilise ici l'expression *lootsman*, c'est-à-dire *verbatim* "l'homme du plomb", appelé aussi "locman", qui sert à sonder avec un fil à plomb les fonds dans lesquels le navire va s'engager, afin de ne pas racler le fond ou de s'y briser. Il existe également un autre terme, également traduit par "pilote" qui est le mot *stierman*. Ici, il s'agit alors du pilote hauturier qui est destiné à tracer la route du navire au long cours.

[1028] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 31 octobre 1563, tit. IV, art. 9 ; lois de Wisby, art. 60.

(Notre traduction du néerlandais) Placard de 1563, tit. IV, art. 9 : *« Pour éviter tout péril de vie, du navire et du bien, le patron sera tenu, dans toutes les places où c'est de nécessité ou coutumier prendre un locman ou pilote et, étant en défaut de le faire, il sera à l'amende pour chaque voyage de cinquante réaux d'or et en outre, de réparer envers le marchand tous les frais, dommages et intérêts soufferts par cela. Et le ci-devant dit locman sera payé sur le bien du marchand et aura ses frais [d'entretien] du patron, dans le cas où cette rémunération n'excède pas cette somme de six livres de gros flamands et, dans le cas où elle l'excède, elle viendra en avarie grosse sur le navire et le bien ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 82-83.

Lois de Wisby, art. 60 : *« Comme aussi estant dans un havre ou riviere pour monter, pourra prendre un Pilote Locman, lequel sera nourri aux despens du Maître, et payé par le Marchand ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 186.

[1029] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit article 9 [du tit. IV du placard de 1563].

(Notre traduction du néerlandais) Art. 9 : *« Pour éviter tout péril de vie, du navire et du bien, le patron sera tenu, dans toutes les places où c'est de nécessité ou habituel, de prendre un locman ou un pilote et, étant en défaut de le faire, à chaque voyage, il sera à l'amende de cinquante réaux d'or et en outre, de réparer au marchand tous les frais, dommages et intérêts soufferts par cela. Et ce ci-devant dit locman sera rétribué sur le bien du marchand et aura ses frais [d'entretien] du capitaine, dans le cas où cette rémunération n'excède pas le montant de six livres de gros flamands et, dans le cas où il l'excède, il viendra en avarie grosse sur le navire et le bien ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 82-83.

[1030] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus le § 10.

[1031] (Note de Groenewegen) Cela est montré par le ci-devant dit placard [de 1563], tit. IV, art. 10 et les lois de Wisby, art. 55 et 56. Mais, dans le cas où, au contraire, , le navire était accidenté et les ci-devant dits biens transbordés étaient conservés par les allèges, ainsi, cela ne tombe pas en avarie, voir D. 14, 2, 4 pr et § 1 et D. 14, 2, 5, Weytsen, *Tractaet van avaryen*, § 20.

(Notre traduction du néerlandais) Art. 10 : *« S'il arrivait qu'un navire, par un fortune, vînt au fond et fût en péril de se briser ou de périr, le patron l'affirmant comme ci-devant par l'avis des marchands ou des matelots, pourra louer des allèges pour vider le navire, ce qui viendra en avarie grosse sur le navire et le bien. Mais, si un navire qui arrive dans les environs des passes ou des ports du pays, allait si profond qu'il ne pût pas flotter et que, par cela, il était de nécessité de louer des allèges pour décharger le navire, ce loyer viendra pour les deux tiers à charge du patron et le troisième tiers à charge des biens, à moins que le navire, avec le ci-devant dit déchargement ne vînt à se rétablir, dans lequel cas, le ci-devant dit déchargement viendra à charge du*

patron n'avait pas compté les biens lors du transbordement dans les allèges, au marchand ou son représentant et que, par la suite, quelque chose des biens comptés était perdu, le patron n'en serait pas tenu [1032].

[**Note de Willem Schorer**

Sur le navire et le bien. Avec l'auteur, Bihjnkershoek, dans ledit lib. IV, cap. 24, signale que le navire aussi contribue, si cela a été fait pour le salut du navire.

De nouveau, il est controversé [de savoir], quandle navire a souffert un dommage à raison d'un refus du respect envers les autres, si ce dommage seracommun également commesi un jet avait été fait. Il y en a qui l'affirment, parce que le dommage était jugé avoir été reçu pour la conservtion du navire et du cargement ; cela doit à peine être admis, du fait que, jamais, il n'y aura lieu à contribution, à moins que, la néessité y pressant, il n'ait été reçu pour le salut commun. Cependant, il faut le statuer autrement, si, par quelque moyen, la loi a interdit de baisser le pavillon devant les navires des autres princes, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, cap. 21.

À partir de ce qui a été dit jusqu'ici, il s'ensuit que trois choses sont requises pour l'avarie grosse : I. un danger menaçant ; II. le consentement de la majorité des soldats de marine ; III. la conservation du navire. Cependant, la dernière réquisition doit être reçue avec une limitation immédiatement ajoutée par Weytsen ; et, sur le consentement de la majorité des soldats de marine, cela a non seulement lieu piur un jet, mais il aaussi été disposé dans les lois de Wisby qu', si le navire est dans un port, le matelot est tenu avant de donner sa voile aux vents, de prendre un avis avec les siens et de dire : *Messieurs, nous avons le vent et nous faisons voile* ; si certains ont dit que le vent n'était pas propice, il doit suivre le plus grand nombre des vœux, voir

---

patron seulement. Et, si les biens transbordés sur les ci-devant dites allèges, que ce soit à raison d'un péril ou par le fait d'aller trop profond, venaient à se gâter, sombrer ou périr, cela viendra en avarie grosse sur le navire et le bien ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *op. cit.*, p. 83-84.

Lois de Wisby, art. 55 : *« S'il avient que le navire touche, le Maistre pourra faire charger partie de sa carguaison dans d'autres vaisseaux, et seront lesdits fraix comptez pour avarie grosse sur le navire et marchandise ; neantmoins le Maistre, et deux ou trois de ses matelots seront tenus de se purger moyennant serment, qu'ils y ont esté contraints pour sauver le navire et marchandises ».*

Art. 56 : *« Si un navire estant arrivé dans une riviere ou dans un havre, se trouve trop chargé pour monter, le Maistre pourra faire descharger partie des marchandises dans des Allèges, Heus ou Gabarres de service ; et ce sera avarie, dont le Maistre payera les deux tiers, et la marchandise l'autre tiers ; mais si le navire estant entierement deschargé, cale trop et ne peut pas monter, le Maistre payera le tout ».* Cf. Cleirac, *op. cit.*, p. 183-184.

Extrait du livre II des *Questions* de Callistrate : *« Si, pour alléger la charge d'un navire, parce que, dans une rivière ou dans un port, il n'a pas pu pénétrer avec son chargement, si certaines marchandises, dans une chaloupe, ont été transbordées, afin qu'en dehors de la rivière, elles ne courent pas de risque dans son embouchure ou dans le port et que cette chaloupe a été submergée, un compte doit être tenu entre ceux qui, dans le navire, ont eu leurs marchandises sauvées avec ceux qui , dans la chaloupe, ont perdu [les leurs], par conséquent, de même que si un jet avait été fait ; et cela, Sabinus, dans le livre II de ses Réponses, l'approuve. Par contre, si la chaloupe, avec une partie des marchandises, est sauve, que le navire périt, le compte ne doit pas être tenu de ceux qui, dans le navire, ont perdu [les leurs], parce que le jet, en contribution, le navire étant sauf, entre. 1 - Mais, si le navire qui, lors d'une tempête, avec le jet des marchandises d'un seul marchand a été allégé, dans un autre endroit, a sombré et que les marchandises de quelques marchands, par l'intermédiaire de plongeurs, ont été sorties, une rémunération leur ayant été donnée, Sabinus, également, a répondu que le compte devait être tenu de celui dont les marchandises, durant la navigation, pour alléger le navire, avaient été jetées par ceux qui avaient, par la suite, par l'intermédiaire des plongeurs, sauvé les leurs. Mais, pour ceux qui les ont ainsi conservées, réciproquement, le compte ne doit pas en être tenu par celui qui, durant la navigation, a fait le jet, si certaines de ces marchandises, par l'intermédiaire de plongeurs, ont été sorties ; en effet, les marchandises de ces derniers ne peuvent être considérées, pour sauver le navire, avoir été jetées, [navire] qui a péri ».*

Extrait du livre IV des *Résumés [du droit]* d'Hermogenianus : *« Le dommage de la perte d'un navire, avec un partage de la contribution, ne sera pas réparé par ceux qui ont libéré leurs propres marchandises du naufrage ; car on a décidé qu'une équité de ce type était alors reçue, quand le jet, en remède pour les autres dans un péril commun, en sauvant le navire, avait été trouvé bon. 1 - Le mât ayant été abattu pour que le navire, avec ses marchandises, puisse être sauvé, l'équité de la contribution aura lieu ».*

[1032] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 18, 6, 1 § 1.

Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Mais le vendeur doit garantir la garde à la date de la mesure ; en effet, avant que le vin soit mesuré, il n'est généralement pas encore vendu. Après la mesure faite, au vendeur, le risque cesse d'appartenir ; et, avant la mesure, du risque, il est libéré, si, à la mesure, il ne l'a pas vendu, mais peut-être, [s'il a vendu] des amphores ou aussi de simples barriques ».*

Verwer, *Nerderlands zee-rechten*, aert.14, p. 6. Cependant, personne ne doute que cette urbanité ne soit abolie depuis quelque temps chez les nôtres et ne soit tombée en désuétude.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXCIII. Sur les marchandises sauvées qui contribuent à l'avarie, le patron du navire qui l'a soufferte a non seulement une rétention, comme le veut Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 14, tit. 2, nb 11, mais aussi un droit de gage, comme l'enseigne un jurisconsulte dans les *Advijsen over den koophandel*, art. I, cons. 45, p. 237 ; un droit sur les marchandises sauvées, comme aussi sur le navire lui-même, qui se présente de même aux propriétaires des marchandises jetées, comme il a été décidé dans la loi de Rotterdam, art. 118 et dans la loi de Dordrecht, art. 117. Mieux, la contribution peut être demandée avec une action personnelle à partir de nos lois maritimes, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24, p. 727 et suivante. Dans ce sens, peuvent être entendues les lois d'Amsterdam de 1774, art. 53 et 54, de 1756, art. 54, et de 1775, art. 53 et 54.

DCCXCIV. Ceux qui sont obligés à la contribution sont libérés avec l'abandon du navire ou des marchandises sauvées, ce qui est disposé expressément dans la loi de Rotterdam, art. 119, et celle de Dordrecht, art. 118.

DCCXCV. Avec quelle prescription ces actions pour la contribution (voir la thèse DCCXCIII) sont exclues semble devoir être déterminé à partir des règles générales quant aux prescriptions, mais non avec Voet, lib. 14, tit. 2, nb 11 à la fin, à partir de la prescription de six ou trois ans reçue pour l'assurance (voir la thèse DCCLXIX). Car la loi de Rotterdam, par les art. 83-119, et celle de Dordrecht, art. 82-118, sur tout le traitement de l'avarie, ne comportent rien quant à la prescription de ces actions, [c'est] le contraire quant à l'assurance, celle-ci, art. 69, et celle-là, art. 72, déterminent expressément des prescriptions plus courtes pour intenter les actions contre les assureurs. L'enchaînement qui précède et les art. suivants montrent suffisamment clairement que la loi d'Amsterdam de 1744, art. 30, doit être entendue dans le même sens.]

§ 17. De plus, il y a entre tous ceux qui sont en mer sur une cale une communauté des vivres en temps de nécessité [1033] ; celle-ci semble être un vestige de la communauté originelle, dont il est parlé ci-dessus [1034] ; car les hommes s'étant séparés pour un avantage de la communauté, il n'est pas étonnant que, de nouveau, ils y soient portés par la nécessité qui est plus forte que l'avantage ; et, pour cela, on voit que, dans les villes assiégées et, ordinairement, en danger de famine, une telle chose est coutumière [1035]. De cela, semble

---

[1033] (Note de Groenewegen) Voir D. 14, 2, 2 § 2.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Lorsque, dans le même navire, plusieurs marchands ont chargé diverses sortes de marchandises et qu'en outre, de nombreux passagers, esclaves ou hommes libres, dans celui-ci, naviguent, une grande tempête s'étant levée, par nécessité, un jet a été fait ; ensuite, a été demandé ceci : faudra-t-il que tous paient le jet, et, s'il y en a qui ont chargé de telles marchandises, avec lesquelles un navire n'est point chargé, comme des pierres précieuses, des perles ? Et quelle part devra être payée ? Faudra-t-il aussi que, pour le chef des hommes libres, [quelque chose] soit donné ? Et avec quelle action cette affaire pourra-t-elle être débrouillée ? On a décidé que tous ceux dont il était de l'intérêt que le jet soit fait devaient contribuer, parce qu'ils devaient cette contribution [à raison des biens conservés]* [1033] *; c'est pourquoi le propriétaire du navire aussi, proportionnellement, a été obligé. Il faut que soit le montant du jet, à la faveur du prix des biens, soit partagé. Aucune évaluation des personnes libres ne peut être faite. Sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, les propriétaires des biens perdus, contre le matelot, c'est-à-dire contre le patron, agiront en justice. De même, il a été débattu [de savoir] si l'évaluation des vêtements et des bagues de chacun devait être faite. Et l'on a considéré que, pour tout, [elle devait être faite], si ce n'est pour ce qui, pour la consommation, aura été chargé, au nombre de quoi se trouvent les provisions de bouche ; et ceci d'autant plus que, quand elles ont fait défaut durant la navigation, ce que chacun a eu, en commun, il l'apportera ».*

[1034] (Note de l'éditeur) Voir ci-dessus le liv. II, chapitre III, § 2.

[1035] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. II, § VI ; André Rivet, *Explicatio Decalogi*, 8e commandement, pour moi, p. 273 ; Wilhelm Amesius, *De Conscienta, ejus jure et casibus*, liv. V, cap. 50, nb 7 ; Covarruvias sur cap. *Peccatum*, part. II, cap. 1 ; *Summa Sylvestriana*, au mot *furtum*, nb 10 ; *Summa Angelica*, au mot *furtum*, nb 36-37 ; Leonardus Lenaert Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 12, dubit. 12 ; voyez le cap. 8 *sicut*, distinct. 47. Mais voyez avec Mæstert, *De justitia legum Romanarum*, liv. II, cap. 21.

« VI. 1. Voyons maintenant si quelque droit appartient communément aux hommes, sur toutes les choses qui sont déjà devenues la propriété d'autrui. Cette question peut étonner peut-être quelques personnes, puisque le propriété paraît avoir absorbé

aussi être né ce proverbe des gens qui vont en mer qui, se trouvant en dehors des dunes, disent *qu'ils sont tous également riches*.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1035 de Groenewgen van der Made**

L'action naît du jet, de la société, d'un consentement particulier ou de l'autorité du droit. On ne s'accorde pas entre les interprètes quant à la nature de cette action ; il y en a qui pensent que le propriétaire des marchandises jetées agit à bon droit en justice avec l'action de mandat (*actio mandati*) ou d'administration des affaires (*actio negotiorum gestorum*) ; il y en a qui affirment que [c'est] avec l'action du louage et de la prise de bail (*actio locati-conducti*). Mais il n'y aaucun doute que la rétention se présente au patron lui-même pour la contribution contre les transporteurs dont les marchandises ont été conservées, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 24 ; Brunemann sur D. 14, 2 *(Sur la Loi Rhodienne du jet*), 2. L'auteur signale dans ce chapitre, § 4, dans la note 1014, que pour le prix du sauvetage, les biens sauvés ont été élgalement obligés envers les soldats de marine.

Du reste, il faut relever que cette acion d'avarie doit être intentée en Europe et en Barbarie dans une année et demie, mais en dehors, dans les trois ans, voir le placard de Philippe II du 20 janvier 1570, art. 24 (il se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 1835). Voyez aussi l'art. 17 de l'ordonnance de Middelburg, l'art. 12 de la loi d'Amsterdam et l'art. 69 de la nouvelle loi de Rotterdam.]

§ 18. Un assureur a aussi par la disposition de la loi un droit contre le patron quand, en dehors d'une nécessité, il entre dans un autre port que celui qui lui était imposé [1036].

[394] § 19. Nous avons dit ci-dessus [1037] qu'un droit personnel naît non seulement d'une *promesse* qu'elle soit *expresse*, par *application de la loi*, mais aussi d'une *inégalité*, à savoir par un *enrichissement* ou une *cause d'inégalité*.

*

Chapitre XXX
Des obligations [venant] d'un enrichissement

§ 1. Une OBLIGATION par un ENRICHISSEMENT naît *quand quelqu'un, sans une précédente concession légale, tire un profit ou viendrait à en tirer un à partir du bien d'autrui* [1038].

---

tout le droit qui découlait de la communauté des biens. Mais il n'est pas ainsi. Il faut considérer, en effet, quelle a été l'intention de ceux qui, les premiers, ont introduit l'appropriation individuelle. On doit croire que leur intention a été de s'écarter le moins possible de l'équité naturelle. Car si même les lois écrites doivent, autant que faire se peut, être interprétées en ces sens ; à plus forte raison les coutumes doivent-elles l'être, elles qui ne sont point restreintes par les liens d'une rédaction écrite.

2. D'où cette première conséquence que, dans une nécessité pressante, on revient à ce droit ancien de se servir des choses comme si elles étaient demeurées communes ; parce que dans toutes les lois humaines, et par conséquent aussi dans la loi de propriété, la nécessité extrême paraît avoir été exceptée.

3. Delà il résulte que, dans un voyage de mer, si les vivres viennent à manquer, chacun doit mettre en commun les aliments qu'il possède (D. 14, 2, 2 § 2). C'est ainsi que, dans un cas d'incendie, je puis, pour protéger mon édifice, détruire celui de mon voisin (D. 47, 9, 3 § 7) ; et que je puis couper les câbles et les filets sur lesquels mon embarcation a été poussée, si elle ne peut s'en dégager autrement (D. 9, 2, 29 § 3). Tous ces points n'ont pas été introduits par la loi civile, mais ils ont été développés par elle.

4. Parmi les théologiens eux-mêmes, on a admis ce principe que, dans le cas d'une semblable nécessité, si quelqu'un vient à soustraire un objet nécessaire à sa vie, il ne commet point un vol (Thomas d'Aquin, Summa, 2a-2æ, 66, 7 ; Covarruvias, Cap. Peccatum, part. II, § 1). La raison de cette décision n'est pas celle que quelques-uns allèguent, que le propriétaire de la chose est tenu, par la loi de charité, de la donner à celui qui manque du nécessaire (Soto, lib. V, Quæst. 3, art. 4) ; mais c'est parce que que les biens ne paraissent avoir été distribués à des propriétaires, que sous la réserve favorable d'un retour au droit primitif. Si, en effet, les premiers distributeurs avaient été interrogés sur ce qu'ils pensaient à cet égard, ils auraient répondu ce que nous disons. (…) ». Cf. *Le droit de la guerre* …, trad. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 185-186.

[1036] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus le chapitre XXIV, § 11, note **25 et 26.**

[1037] (Note de l'éditeur) Voir le liv. III, chapitre I, § 9 et § 14.

§ 2. *Sans une précédente concession légale*, c'est-à-dire, sans une donation antérieure ou quelque autre promesse [1039].

§ 3. Cette obligation est la plus proche du droit naturel ; car l'équité ne permet pas après le partage de la propriété que quelqu'un s'enrichisse au détriment d'autrui [1040] ; et, puisque celui-ci ne naît pas de la volonté d'un homme, ainsi, n'a pas ici lieu la distinction qui, autrement, doit être observée ; car, bien que les obligations qui naissent d'un délit ne lient pas l'héritier du délinquant [1041], ainsi, ceux-ci sont cependant tenus à la remise du profit reçu [1042]. Semblablement, les pupilles et les autres qui, par une promesse, ou les **[395]** très

---

[1038] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 15, 8 § 21 ; D. 26, 9, 3 ; C. 5, 54, 1. Voyez en outre Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 1 ; Piet Peck, *De jure sistendi*, cap. 5, nb 6 ; Bugnon, *De legibus abrogatis*, liv. II, sect. 124.

Extrait du livre V *De tous les tribunaux* d'Ulpien : *« 21 - Si, au même, on a donné des aliments et en outre, un legs pour le temps présent, et que l'on a transigé sans l'autorité du préteur, ce qui a été donné sera d'abord imputé sur le legs, le reste sur la cause des aliments ».*

Extrait du livre XX des *Questions* de Papinien : *« Le dol des tuteurs, à l'enfant, ne doit ni porter préjudice, ni être utile ; mais ce qui est communément dit que le dol du tuteur, au pupille, ne porte pas préjudice, alors, est vrai, quand, à partir de la fraude de celui-ci, le pupille ne s'est pas enrichi. C'est pourquoi, à juste titre, Sabinus a pensé qu'avec l'action tributoire, le pupille devait être cité pour le dol du tuteur, à savoir si, par le biais d'un partage injuste, aux comptes du pupille, il est favorable. Cela, pour l'action de dépôt aussi, doit être dit, de même, pour la réclamation de succession, si seulement, ce qui, avec le dol du tuteur, a manqué, dans les comptes du pupille, est prouvé avoir été apporté ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Fiscianus et donnée en 197 : *« Les héritiers du tuteur, à raison d'une négligence qui, à une faute commise, ne pourra pas être comparée, ne doivent pas être condamnés, si, contre le tuteur, un procès n'a pas été commencé et qu'à partir du dommage du pupille, un profit n'est pas capté ou qu'en remerciement, il n'a pas été payé ».*

[1039] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 12. Voir le liv. III, chapitre I, §§ 15-16.

Extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Si, d'un fou, alors que tu pensais qu'il était sain d'esprit, tu as reçu de l'argent comme en prêt et que celui-ci a, dans ton patrimoine, été versé, Julianus dit que la condiction, au fou, est acquise ; car, pour ces causes, à nous qui l'ignorons, les actions leur sont acquises, mais aussi, pour ces mêmes causes, au fou, elles sont acquises. De même, si celui qui, à un esclave, a fait un prêt a commencé à être fou, qu'ensuite, l'esclave, dans le patrimoine de son maître, l'a versé, au nom du fou, on peut le réclamer avec une condiction. Et, si, à raison d'un prêt de l'argent d'autrui, quelqu'un l'a remis, qu'ensuite, il a commencé à être fou et qu'a été consommé cet argent, la condiction, au fou, est acquise ».*

[1040] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 14 ; D. 50, 17, 206.

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Car, selon la nature, il est juste que personne, au détriment d'autrui, ne s'enrichisse ».*

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

[1041] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, xii, § 1 ; D. 50, 17, 111 § 1.

§ 1. Mais toutes les actions, qui se rencontrent de plein droit, ou qui sont accordées par le préteur, ne se rencontrent pas également, ou ne sont ordinairement pas accordées, contre un héritier. En effet, la règle du droit est très certaine que les actions pénales nées de méfaits, ne se rencontrent pas contre l'héritier de l'accusé, comme celle de vol, d'enlèvement de biens par la force, d'injures, ou de dommage causé par une injure. Mais les actions de cette sorte se présentent aux héritiers et ne leur sont pas refusées, à l'exception de l'action d'injures, si par quelque moyen on en trouve une autre semblable. Parfois cependant, l'action née du contrat aussi ne se rencontre pas contre l'héritier, alors que le testateur a été frauduleusement tourmenté, et rien ne parvient à l'héritier sur le fondement d'un dol. Aussi les actions pénales, que nous avons ci-dessus dites, si elles ont fait l'objet d'une litis contestatio*, sont accordées aux héritiers et passent contre les héritiers ».*

Extrait du livre II sur l'*Édit provincial* de Gaius : *« 1 - À l'héritier ne passent ordinairement pas les actions qui sont pénales à partir d'un méfait, comme le vol, le dommage causé par une injure, le vol de biens avec violence et les injures ».*

[1042] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 38 et 44 ; D. 4, 3, 17 § 1 et 26, avec la compensation du dommage souffert par ce délit. Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 17 [*À partir des délits des défunt, pour combien les héritiers seront cités*]. Voyez avec cela le chapitre XXXII, note **22.**

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« De même que, de la peine née d'un délit, l'héritier du défunt ne devra pas être tenu, de même il ne peut faire un gain, si celui qui provient de cette chose est parvenu à lui ».*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« A un héritier, nous accordons au sujet de ce qui lui arrive chaque fois que, sur le fondement du dol du défunt, il est cité en justice, non chaque fois [qu'il l'est] sur le fondement du sien ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Cette action, contre l'héritier et les autres successeurs, est accordée seulement quant à ce qui leur est arrivé ».*

jeunes [1043] et les insensés [1044] qui, par un délit comme tel, ne sont pas obligés, ceux-ci sont cependant tenus à compenser pour autant qu'ils se sont enrichis ou, sans une restitution, se seraient enrichis [1045]. Cependant, à l'égard des pupilles, le profit est pris plus strictement

---

Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Contre l'héritier, le proconsul propose de donner cette action, dans la mesure où cela lui est arrivé, c'est-à-dire, dans la mesure où, à partir de cette chose, [devenu] plus riche, la succession lui est arrivée ».*

[1043] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 8, 12 ; C. 9, 24, 1 ; voyez D. 50, 17, 111 pr et 108 [et non 508 comme indiqué faussement, d'autant que ce titre du Digeste ne contient que 211 extraits] et là, les docteurs.

Extrait du livre VIII des *Règles* de Modestinus : *« Si un enfant [qui ne parle pas] ou un fou ont tué un homme, de la Loi Cornelia, ils ne sont pas tenus, du fait que l'innocence de son dessein protège l'un et que le malheur du sort excuse l'autre ».*

Constitution de Constantin adressée à Januarius et donnée en 321 : *« Parce que certains fabricants de monnaie pratiquent en des crimes clandestins la fausse monnaie, que tous sachent qu'il leur incombe que des hommes de ce type soient recherchés, afin qu'ils remettent au juge les hommes recherchés, nous permettons leur immunité aux accusateurs qu'on les rende immédiatement conscients de l'acte par des tortures, comme s'ils étaient dignes d'être soumis à des supplices, de la façon qui est établie par nous à travers des individus, parce que le patrimoine est dissemblable. Si quelqu'un a fait sortir de prison une personne suspecte de ce type du corps des soldats, elle sera punie de la peine de mort. Mais si un soldat, ou quelqu'un qui est parvenu à ce rang, était tombé dans un crime de ce type, il sera renvoyé aux juges compétents à raison de son titre et de son rang. La maison, ou la terre, dans lesquels cela a été perpétré, si le propriétaire s'est établi dans le voisinage, son inattention ou sa négligence, devra être punie, même s'il l'ignore, sera réclamée par le trésor impérial, à moins que le propriétaire, auparavant ignorant, quand il l'a trouvé une première fois, n'ait trahi le crime perpétré ; alors en effet, sa possession, ou sa maison, ne sera pas sujette à l'injustice d'une confiscation. Mais, si au contraire, il se trouvait très éloigné de cette maison, ou de cette possession, il ne subira aucun préjudice, à savoir que l'agent de la terre, les esclaves, les habitants, ou les colons, qui ont fourni leur ministère pour cela, seront châtiés de la peine capitale avec celui qui l'a commis. Mais, nous croyons dignes d'une indulgence particulière les veuves et les pupilles, de sorte que les veuves, non établies dans le voisinage, ne seront pas privées de leur maison, ou de leur possession, s'il n'y a nulle faute si grave pour la conscience chez elles. Mais, même si les impubères étaient conscients, ils ne supporteront aucun préjudice, parce que leur âge ignore ce qu'il voit. Cependant, si leurs tuteurs se trouvaient dans le voisinage, parce qu'ils ne doivent pas ignorer ce qui est fait sur les biens du pupille, cette peine les attendra, de sorte qu'à l'égard de leurs biens, s'ils étaient appropriés, soit apporté au trésor impérial autant qu'il devait être apporté par le pupille ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Un pupille qui est proche de la puberté est capable de voler et de commettre une injure ».*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Dans presque tous les jugements pénaux, il est donné secours à l'âge et à l'inexpérience ».*

[1044] (Note de Groenewegen) Voir ledit extrait de D. 48, 8, 12 ; D. 1, 18, 14 et là, les docteurs.

Le premier extrait est proposé dans la note précédente.

Extrait du livre II *Des jugements publics* de Macer : *« Les divins Marcus et Commode ont donné un rescrit à Scapula Tertullus en ces termes : "S'il t'a été clairement assuré qu'Ælius Priscus était en folie, de sorte qu'il était privé de toute intelligence par une aliénation continuelle de l'esprit et qu'il n'y a aucun soupçon que sa mère ait été tuée par suite d'une simulation de démence, tu peux ne pas faire attention à la mesure de sa peine, du fait qu'il est suffisamment puni par sa folie. Et cependant, il devra être très diligemment gardé et, si tu l'estimes, en le contraignant même par des liens, parce que cela revient tant à la punition qu'à sa tutelle et à la sécurité des proches. Mais tu examineras avec diligence [pour voir] si, comme il arrive généralement dans des intervalles où il est plus sain d'esprit, il n'a, d'aventure, pas commis de crime en cet instant et si le pardon ne doit pas être accordé à raison de sa maladie ; et si tu as découvert quelque chose de tel, tu nous consulteras pour que nous jugions si, par la barbarie de l'acte, quand il l'a commis, alors qu'il pouvait être tenu pour percevoir par l'intelligence, il devait être soumis au supplice. Et, comme nous avons appris de tes lettres qu'il était en tels place et rang, qu'il était gardé par les siens ou encore dans sa propre demeure, tu nous as semblé agir à bon droit, si tu convoques ceux par qui il a été observé à cette époque, si tu examinais la raison d'une telle négligence et si tu prenais une résolution contre l'un quelconque d'entre eux, selon que sa faute te paraît être plus légère ou plus lourde. Car les gardiens ne s'appliquent pas aux fous seulement pour qu'ils ne fassent rien de dangereux contre eux-mêmes, mais aussi pour qu'ils ne causent pas la perte d'autrui : si cela a été commis, ce n'est pas injustement qu'il faut l'assigner à la faute de ceux qui sont plus négligents dans leur office" ».*

[1045] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii, § 2 ; D. 12, 6, 13 § 1 et 14.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il*

qu'à l'égard des autres. Car ce qu'ils ont perdu [1046] ou ce qu'ils ont dépensé en dehors de l'habitude [1047] n'est pas tenu comme un profit, mais bien ce qui est dépensé par leurs personnes par nécessité [1048] ou autrement, cela devrait être pris de leur patrimoine [1049]. À l'égard des autres qui sont en possession de leur entendement et de leur bien, ce qui est reçu est tenu pour un profit [1050].

---

a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - De même, [quant à] ce qu'un pupille, sans l'autorisation de son tuteur, a reçu en prêt et dont il s'est enrichi, si, devenu pubère, il le paie, il ne le réclame pas ».*

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Car, selon la nature, il est juste que personne, au détriment d'autrui, ne s'enrichisse ».*

[1046] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii, ledit § 2.

Ce paragraphe a déjà été donné dans la note précédente.

[1047] (Note de Groenewegen) Voir D. 5, 3, 25 § 17 ; D. 24, 1, 31 § 9.

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 17 - De même, si, comme possesseur de bonne foi, il a vendu les biens et qu'avec leur prix, il ne soit pas devenu plus riche, s'ils n'ont pas encore été usucapés, le demandeur pourra-t-il les revendiquer de l'acheteur ? Et, s'il les revendique, ne sera-t-il pas repoussé avec l'exception "[quant à] ce préjudice qui, à la succession, n'est pas fait entre le demandeur et celui qui l'a mis en vente", parce que n'est pas considéré entrer dans la réclamation de la succession le prix de ces derniers ? Bien que vaincus, les acheteurs devront se retourner vers celui qui les a vendus. Et je pense que les biens peuvent être revendiqués, à moins que les acheteurs ne disposent d'un recours au possesseur de bonne foi. Qu'en est-il, cependant, si celui qui les a vendus s'est préparé à défendre la succession d'une façon telle que, de la même manière que s'il les avait possédés, il soit cité en justice ? L'exception commence à avoir lieu pour la personne de l'acheteur. De façon certaine, si, à un moindre prix, les biens sont vendus et que le demandeur a obtenu ce quelconque prix, beaucoup plus, il pourra être dit qu'avec l'exception, celui-ci est repoussé. Car, si, ce que, des débiteurs, le possesseur a réclamé, à celui qui réclame la succession, l'a payé, Julianus, dans le livre IV de ses Digestes, écrit que les débiteurs sont libérés, que soit possesseur de bonne foi ou brigand celui qui, de ceux-ci, a réclamé la dette et, selon le droit lui-même, ils sont libérés ».*

Extrait du livre XIV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 9 - N'est pas considérée s'être enrichie la femme, si, pour les provisions de bouche, pour les onguents et pour la nourriture de la maisonnée, elle l'a dépensé ».*

[1048] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 47.

Extrait du livre IV des *Règles* d'Ulpien : *« Pour le pupille, auquel paiement a été fait sans l'autorisation du tuteur, si l'on demande à quel moment il en est devenu plus riche, on examinera le moment dans lequel cela est fait et, pour que l'exception de dol posée ne lui porte pas préjudice, on regardera le moment dans lequel cela est fait. 1 - Clairement, comme le disait Scævola, même si le bien a péri avant le début du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, parfois, il est entendu comme rendu plus riche, c'est-à-dire, s'il achète un bien pour lui nécessaire que, nécessairement de son argent, il aura acheté ; car, en cela même qu'il n'a pas été rendu plus pauvre, il est plus riche. Et ainsi, pour le fils de famille, il pensait que le sénatus-consulte Macédonien cesse [d'avoir effet], si, pour des raisons de nécessité, le fils a reçu un prêt d'argent et l'a perdu ».*

[1049] (Note de Groenewegen) Voir ledit extrait de D. 46, 3, 47.

Ce passage est donné dans la notre précédente.

[1050] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2, 18 ; en argument D. 22, 3, 25. Voyez sur cela en outre, Buys et les docteurs sur D. 5, 3 [*De la réclamation de la succession*], 23 ; Ayres Pinhel sur C. 4, 44 [*De l'annulation de la vente*], 2, part. II, cap. 4, nb 64 jusqu'à la fin ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. VI, præsumpt. 27 ; Mascardus, *De probationibus*, concl. 1165, 1166, 1167, 1169 et 1170 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. V, concl. 437, lettre L ; Gabriel, *De probationibus communibus*, liv. I, concl. 7, nb 16 avec le suivant ; Fachinæus, *Controversiarum opus*, liv. II, cap. 46.

Extrait du livre LXIV des *Digestes* de Julianus : *« Si le bien lui-même qui, à un autre, est arrivé a péri, nous dirons qu'il n'en est pas plus riche ; mais, si au contraire, en argent ou en un autre bien, il a été converti, il ne doit en rien être plus demandé lequel est mort, mais, de toute façon, qui est considéré être devenu riche, bien que, par la suite, il l'ait perdu. Car l'empereur Titus Antonin, à Claudius Frontinus, a dit dans un rescrit, quant au prix des biens successoraux, qu'à raison de cela même, pouvait être réclamée par celui-ci la succession, parce que, bien que les biens qui, dans la succession, se trouvaient, chez lui, ne se trouvent pas, cependant, leur prix, avec lequel, en le rendant riche ou, plus souvent, en en changeant l'espèce, l'oblige de la même manière que si les objets eux-mêmes étaient restés dans cette même espèce ».*

§ 4. De là, naît en tout premier lieu une *demande de restituer* [1051] *ce que quelqu'un, ne le sachant pas, comme une dette, a payé n'en étant pas tenu* [1052].

§ 5. *Une demande de restituer* [faite] à celui auquel le paiement est fait et non à quelqu'un d'autre [1053].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1053 de Groenewegen van der Made**

Non seulement ceux qui doivent être cités en justice qui l'ont reçu, mais aussi leurs héritiers, mieux aussi, les pupilles, dans la mesure où ils s'en sont enrichis, comme [le dit] l'auteur ci-dessous, § 11, dans la note 1073.

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« Quand, au sujet d'un indu, une demande est faite, qui doit prouver qu'il n'y avait pas de dette ? La chose doit être tempérée d'une façon telle que, si, certes, celui qui est réputé avoir reçu le bien ou l'argent indu l'a nié, que celui-là même qui l'a donné, avec les preuves légales, a prouvé le paiement, sans aucune distinction, celui qui a nié avoir reçu l'argent, s'il veut être entendu, doit être contraint à fournir des preuves qu'il a reçu un argent dû ; le fait est qu'il est tout à fait absurde que celui qui a, dès le commencement, nié avoir reçu l'argent, après avoir été convaincu de l'avoir reçu, réclame de son adversaire la preuve de ce qui n'est pas dû. Mais, si au contraire, dès le commencement, il a certes confessé avoir reçu l'argent, mais qu'il dit aussi qu'un argent indu ne lui a pas été payé, il n'est personne qui doute, il va sans dire, que la présomption est en faveur de celui qui le reçoit ; en effet, celui qui paie n'est jamais bouleversé d'une façon telle qu'il jette facilement son argent et dissipe des sommes indues, et surtout, si celui-là même qui a remis un indu dit qu'il est un homme diligent et un père de famille appliqué, dont il est incroyable que la personne, sur quelque chose, se trompe facilement. Et c'est pourquoi celui qui dit avoir payé un argent indu est contraint de prouver que, par le biais d'un dol de celui qui le reçoit ou de quelque juste cause d'ignorance, l'indu a été, par lui, payé, à moins qu'il n'ait montré que celui-ci n'avait aucune réclamation. 1 - Mais, si au contraire, celui qui se plaint d'un indu est pupille, un mineur, une femme ou, peut-être, un homme d'un âge accompli, mais un soldat ou cultivateur d'une terre et habile dans les affaires judiciaires, ou autrement, jouissant d'une simplicité et adonné à la paresse, alors, celui qui a reçu l'argent prouvera qu'il l'a bien reçu et que celui qui lui était dû a été payé et, s'il ne le montre pas, il [doit être rendu]. 2 - Mais, cela ainsi, si celui qui l'a remis soutient que tout le montant indu a été payé. Mais, si au contraire, à la faveur d'une partie, il se plaint, parce qu'une partie de l'argent payé n'est pas due ou parce que, dès le commencement, certes, il y avait une dette, mais que, la dette ayant été payée, par la suite, ne le sachant pas, de nouveau, il a payé ou qu'avec une exception, protégé, avec l'erreur de celui-ci, il a dépensé l'argent, lui-même, de toute façon, prouve qu'il a payé plus qu'il était dû, qu'il a dépensé l'argent déjà payé, le paiement ayant été réclamé par erreur ou, protégé avec une exception, ne le sachant pas, il a jeté son argent, selon la règle générale qui réclame que le prouvent ceux qui affirment que les exceptions doivent être opposées ou soutiennent qu'ils ont payé les dettes. 3 - Mais, pour toutes ces vues que nous avons mises en avant, la possibilité doit être accordée à celui auquel la charge de la preuve incombe, à son adversaire, quant à la vérité de la chose, de déférer le serment, d'abord, lui-même, pour la fausse accusation, faisant le serment, pour que le juge, suivant la foi du serment, puisse ainsi former sa sentence, en maintenant à celui-ci le droit d'en rapporter le caractère sacré. 4 - Mais cela, quand, quant au paiement de l'indu, la question se trouve. Mais, si au contraire, une garantie est réputée, de façon indue, avoir été exposée et, confusément, le dit, alors celui pour lequel la garantie a été exposée est contraint de prouver qu'il y a une dette qui, dans la garantie, est amenée, à moins que celui-là même, spécialement, qui a exposé la garantie n'ait expliqué les causes pour lesquelles il avait écrit celle-ci ; alors, en effet, il faut que celui-ci s'en tienne à sa confession, à moins qu'avec des très claires preuves, dans des écrits, tenues, il ne se soit préparé à prouver qu'il n'avait pas indûment promis ».*

[1051] (Note du traducteur) Grotius note dans la marge en latin ce à quoi correspond sa définition en ces termes *condictio indebiti* ou "réclamation de l'indu", sachant que la condiction est en droit romain une action personnelle et porte donc sur un montant d'argent.

[1052] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6 [*De la réclamation de l'indu*], 1 § 1 et tout ce titre ; *Institutes de Justinien*, III, xiv, § 1.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Et certes, si quelqu'un a payé, ignorant que cela n'était pas dû, il peut se le voir réclamer avec une condiction par le biais de cette action ; mais, si sachant qu'il ne le devait pas, il a payé, la réclamation cesse ».*

L'ensemble du titre en question comporte en tout 67 extraits.

« § 1. Celui qui a reçu un indu de celui qui, par erreur, a payé par la remise d'un bien, est obligé, ;est accordée à celui qui agit en justice contre celui-ci à raison d'une répétition, une condiction. Car, ensuite, il peut lui être réclamé avec une condiction s'il appert qu'il faut qu'il donne, comme s'il avait reçu un prêt ; d'où, un pupille, si, sans l'autorisation de son tuteur, un indu, par erreur, lui a été donné, n'est pas plus tenu de la réclamation de l'indu que de la remise du prêt. Mais cette sorte d'obligation n'est pas considérée, à partir d'un contrat, exister, du fait que celui qui, avec l'intention de payer, donne plus qu'il a voulu vendre que contracter une affaire ».

[1053] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 49.

Extrait du livre III des *Règles* de Modestinus : *« L'argent est réclamé avec une condiction à ceux-là seuls, auxquels, par quelque moyen, il a été payé, non à ceux auxquels il est utile ».*

Si quelqu'un a faussement payé la taxe du quarantième, contre le questeur lui-même, mais non contre le fisc, bien que, de façon indue, les paiements aient déjà été apportés au trésor, il faudra agir en justice avec une condiction de l'indu. Cependant, en sens contraire, si l'indu a été payé au procurateur, alors, cette condiction est accordée au principal qui donne le mandat, pourvu qu'un mandat de recevoir l'indu soit intervenu ; [il en va] autrement cependant, si quelqu'un a faussement payé un indu au procurateur ou certes, mais au-dessus du montant confié ; en effet, contre ce procurateur lui-même qui reçoit l'indu, il faudra faire valoir en justice son droit, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 6, nb 11.]

§ 6. *Ne le sachant pas* [1054] ; car, s'il faisait une telle chose en le sachant, ainsi, l'acte serait tenu pour une donation [1055] ; mais celui qui se trompe ou doute est tenu pour ne pas savoir [1056], bien qu'aussi il se trompât ou doutât **[396]** du droit [1057], à moins qu'une certaine raison équitable n'eût servi [1058].

[1054] (Note de Groenewegen) Voir ledit passage de D. 12, 6, 1 § 1.

Ce passage est donné deux notes plus haut.

[1055] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 53 ; D. 12, 6, 50.

Extrait du livre XLII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« De ce qui a été donné par erreur, il y a réclamation, de ce qui a été donné délibérément, il y a donation ».*

Extrait du livre V *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« L'indu, que quelqu'un, le sachant, a remis avec cette intention que, par la suite, il le réclame, [celui-ci] ne peut le réclamer ».*

[1056] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 5, 11 ; C. 6, 2, 22 § 2.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« Pour le doute de ceux qui, l'esprit titubant, ont payé un argent indu, une discussion, pour les législateurs, est tombée [de savoir] si ce qu'avec un esprit incertain, ils ont payé, ils pourront le répéter ou non. 1 - Nous, décidant cela, nous consacrons que, pour tous ceux qui, avec un esprit incertain, auront donné un argent indu ou une certaine autre espèce, la répétition n'est pas refusée et qu'une présomption de transaction contre eux, n'est pas introduite, à moins que, spécialement, par une partie, elle ne soit approuvé ».*

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : *« 2 - Mais, s'il ne le sait pas et que, doutant que le bien ne soit pas chez lui, il engage une action de commodat, que par la suite, il a voulu, une fois le bien découvert, renoncer à l'action du commodat et revenir à celle du vol, alors on lui donnera licence de venir contre le voleur, nul obstacle ne lui étant opposé, parce que, déjà établi comme incertain, il a engagé l'action du commodat contre celui qui a reçu la chose en usage, à moins qu'il n'ait été fait satisfaction envers ce propriétaire ; le fait est que le voleur est alors absolument libéré par le propriétaire au moyen de l'action de vol, aussi cela a-t-il été subordonné à celui qui a fait satisfaction envers le propriétaire à la faveur de la chose prêtée à usage ; du fait que cela est très clair, même si le propriétaire a engagé dès le départ une action de commodat, ignorant du vol de la chose, mais que, par la suite, cela lui ayant été connu, il a passé outre à l'encontre du voleur ; celui qui a reçu la chose est absolument libéré ; le propriétaire aura contre le voleur quelque issue pour la cause ; une fois obtenue cette détermination, qu'en partie ou en totalité soit solvable celui qui a reçu le bien prêté à usage ».*

[1057] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 39, 40, 54 et 59 ; D. 36, 4, 1 ; Wesembeck, *Paratitla*, *D. De condictione indebiti* [D. 12, 6], nb 9, et le commentaire du même sur C. 4, 5 [*De la réclamation de l'indu*], nb 19. Mais voyez C. 1, 18, 10 ; Fachinæus, liv. VIII, cap. 108, et liv. X, cap. 11 ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 36 ; Hunnius, *Resolutiones*, liv. III, traité 3, art. II, quæst. 3 ; les docteurs sur D. 12, 6, 2 § 1 et D. 12, 6, 3.

Extrait du livre XXXII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Dans toutes les causes, on reçoit pour fait ce sur quoi, par le biais d'un autre, il y aura un retard, empêchant de le faire ».*

Extrait du livre XXXIV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« D'un fou ou de celui auquel il a été fait interdiction de ses biens, il n'y a pas de volonté ».*

Extrait du livre XLVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'a lui-même ».*

Extrait du livre III des *Discussions* d'Ulpien : *« Il est clair que l'héritier appartient à la même puissance et au même droit auquel appartenait le défunt ».*

Extrait du livre LII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, alors qu'il s'est vu interdire de recevoir une garantie, en a reçu une, cette garantie pourra-t-elle être réclamée pour que l'héritier demande avec une condiction sa libération ? Et, certes, si, le sachant, l'héritier a garanti un indu, il ne peut pas la réclamer. Qu'en est-il, ensuite, s'il a ignoré que la garantie lui avait été remise ? Il peut la réclamer avec une condiction. Mais, s'il a cru que cela ne pouvait pas être remis, pourra-t-il la réclamer avec une condiction, celui qui a ignoré le droit ? Encore, cependant, de façon bienveillante, on dira que la garantie peut être réclamée avec une condiction. Qu'en est-il ensuite, si a été mise à exécution la stipulation, pensons-nous que les garants, d'une exception, peuvent user ou non ? Et il est mieux [de dire] qu'ils usent d'une exception, parce qu'à partir de cette cause, elle est intervenue, pour laquelle elle ne le devait pas. 1 - Le préteur ne demande pas que, de l'héritier, il dépende d'empêcher qu'il donne garantie, mais qu'il se soit contenté que, du légataire ou du fidéicommissaire, il ne dépende pas d'empêcher qu'il lui soit donné garantie. C'est pourquoi, s'il n'y a pas eu celui qui sera interpellé au titre de la garantie, c'est-à-dire celui, à la charge duquel le legs ou le*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1057 de Groenewegen van der Made**

Comme il n'est permis à pesonne dignirer le droit, il semble s'ensuivre que la condiction de l'indu doive petre refusée àcelui qui le paie, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 6, nb 7. Cependant, Vinnen, *Selctæ juris quæ stiones*, lib. I, cap. 47, défend *ex professo* la sentence de l'auteur.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXCVI. Bien qu'à partir de la sentnce plus vraie du droit civil, la condicition dun indu payé par erreur ne soit pas accordée et que l'on ne puisse pas prouver que le contraire ait été reçu dans l'usage du tribunal, toutefois, la raison du droit hollandais, dont on croit qu'elle excuse le juge inexpérimenté en droit, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, i, pr, nb 1, elle secourt indistinctement la rigueur du droit par des remises en l'état intial à partir de l'équité ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, 4, nb 9 et suivants, semble demander que nous accordions aussi la condiction de l'indu à raison d'une erreur de droit, voir *Hollandsche consiutltatien*, part. IV, cons. 9, p. 24 et suivante.]

§ 7. *De ce que quelqu'un a payé*, aussi avec une jouissance des fruits et des profits [1059], les frais étant déduits [1060].

---

fidéicommis a été laissé, de toute façon, le légataire et le fidéicommissaire pourront, en possession, être envoyés à partir de cet Edit, parce qu'il est vrai que, par le biais de celui auquel il faudra que garantie soit donnée, il n'est pas fait en sorte d'empêcher que la garantie soit moins donnée. Cependant, la garantie ne doit pas être offerte au légataire, mais c'est suffisant s'il l'a souhaité et que la garantie n'est pas donnée ou qu'il n'ait pas de qui il souhaitera la garantie. 2 - Si, à un débiteur, sa libération a été laissée, ne doit pas être réclamée la garantie, parce qu'il a dans ses mains le legs ; mieux, s'il est cité en justice, de l'exception de dol, il pourra user envers celui auquel le legs a été acquitté. 3 - Lorsqu'il est établi que le legs n'est pas dû, le divin [Antonin] le Pieux, à Æmilius Equester, a dit dans un rescrit que le préteur ne devait pas permettre la garantie. 4 - Alors, avant l'acceptation de la succession, il doit être, quant aux legs, donné garantie, quand il est encore douteux [de savoir] si la succession sera acceptée. Du reste, s'il est certain qu'a été refusée ou laissée de côté la succession ou que s'en sont tenus à l'écart les héritiers nécessaires, en vain, cet Edit est imploré, du fait qu'il est certain que le legs ou le fidéicommis n'est pas dû ».

Constitution de Constantin et Maximien adressée à Araphia et donnée en 308 : *« Tandis que quelqu'un, ignorant le droit, a payé une somme d'argent indue, la réclamation cesse. En effet, il t'est connu que, par l'ignorance de fait seulement, la réclamation de l'indu payé t'appartient ».*

[1058] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 50, 9 ; Wesembeck, *Paratitla*, *D. De condictione indebiti* [D. 12, 6], dans ledit nb 9. Voyez avec cela D. 12, 6, 32 § 2.

Constitution de Gordien adressée à Mestrianus et donnée en 238 : *« L'erreur de fait, à partir d'une cause de fidéicommis n'empêche pas la répétition du quart non conservé. Mais celui qui, sachant qu'il peut la conserver, a restitué la totalité n'a pas de condiction ; mieux même, s'il a ignoré le droit, la répétition cesse ».*

Extrait du livre X des *Digestes* de Julianus : *« 2 - Si une femme, dans cette opinion, se trouve qu'elle croit s'être, pour sa dot, obligée, tout ce qu'au titre de la dot, elle a donné, elle ne le réclame pas ; en effet, la fausse opinion ayant été supprimée, est laissée la cause de l'affection, pour laquelle ce qui a été payé ne peut être réclamé ».*

[1059] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 15. Voyez en outre C. 4, 5, 1, et là, les docteurs.

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« La réclamation d'un indu payé est naturelle et c'est pour cela que ce qui s'ajoute à la chose payée entre dans la condiction, comme par exemple un enfant qui, d'une servante, est né ou ce qui, avec une alluvion, s'est ajouté ; mieux, les fruits que celui à qui l'on a payé, de bonne foi, a perçus, dans la condiction, entrent. 1 - Mais, si les espèces d'autrui ont été remises, la réclamation se présentera, pour que leur possession soit rendue ; de même que, si, estimant faussement que je devrai te rendre la possession de quelque bien, je l'avais transmise, j'en ferai la réclamation avec une condiction. Mais, si j'ai fait tienne la possession, d'une façon telle que, par le biais d'une prescription de longue durée, elle ne puisse pas être enlevée, aussi, ainsi, à bon droit, contre toi, par le biais d'une condiction de l'indu, j'agirai en justice. 2 - Mais, s'il y a un usufruit d'autrui sur la chose payée, une fois déduit l'usufruit, de toi, je la réclamerai avec une condiction ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Mucianus et donnée en 213 : *« De l'argent indu, par erreur, non à partir d'une raison de l'action de payer ce qui a été jugé, il n'est pas douteux qu'il y a répétition selon le droit de la condiction. En conséquence, si tu as pu prouver que ton père, dont tu étais l'héritier, plus qu'il est dû, de son créancier, avait payé, tu peux le répéter. 1 - Mais tu souhaites que les intérêts de cette somme de soient payés ; en effet, avec l'action de condiction, ce seul montant est répété qui, indu, a été payé ».*

[1060] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 65 § 5.

Extrait du livre XVII *Sur Plautius* de Paul : *« 5 - À celui qui a réclamé un indu, on doit rendre les fruits et les enfants, étant déduite la dépense ».*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1059 et 1060 de Groenewegen van der Made**

Certains veulent avec l'auteur qu'aujourd'hui, non seulement le capital, mais aussi les intérêts du temps intermédiaire doivent être procurés ; cependant, cette sentence répugne à C. 4, 5 *(De la condiction de l'indu)*, 1, du fait qu'ici, avec cette action, seul le montant qui a été payé de façon indue est répété et que les intérêts sont seulement dus après le commencement du débat judiciaire, comme l'enseigne Brunemann sur cette loi et ce que nous avons déjà vu ci-dessus, liv. III, chap. X, § 9, sur les notes 433, 434 et 435. Deuxièmement : il est à peine en accord avec l'équité que le capital payé de façon indue et réuni dans un prêt à intérêt par celui qui le reçoit soit au risque de celui-ci, mais l'avantage échoit à celui qui paie l'indu, au risque duquel le capital n'est pas, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 5, nb 12. Cependant, si quelqu'un a payé les intérêts, la co,ndiction ne doit pas lui être refusée si ce n'est dans la mesure où ils dépassent la mesure des intérêts légaux qui sont alors imputés au capital et réclamés à bon droit avec une condiction, voir Voet, lib. 12, tit. 6, nb 13.]

§ 8. *N'étant pas tenu* ; sous cela, est compris ce dont quelqu'un est redevable envers un tiers et n'a pas payé à la juste personne [1061] ; aussi, la dette dont le terme est incertain, celle qui n'expirerait jamais [1062] ou dont la condition n'était pas encore réalisée [1063] ; avec ce que celui-ci n'a pas payé, mais dont un autre était redevable, dans le cas où le paiement au propre nom du payeur est fait [1064].

§ 9. Quand quelqu'un paie quelque chose qui, à l'autre, revient à partir du droit naturel, ainsi, il doit être envisagé si la loi civile annule totalement une dette de cette sorte, dans lequel cas la demande en restitution a lieu [1065]. Dans le cas où le droit civil n'annule pas totalement la dette, mais seulement, ne la fortifie pas [1066] ou accorde une exception perpétuelle contre cela, ainsi, il doit de nouveau être envisagé si la loi fait une telle chose par haine du créancier, dans lequel cas la réclamation de restitution n'a pas lieu [1067], ou à

[1061] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 65 § 9.

Extrait du livre XVII *Sur Plautius* de Paul : *« 9 - N'est pas seulement indu ce qui n'est absolument pas dû, mais aussi, ce qui, à un autre, est dû, si, à l'autre, cela est payé ou si ce que l'un devait, un autre, comme si lui-même le doit, le paie ».*

[1062] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 16 § 1.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Mais ce qui, sous un terme incertain, est dû, le terme étant arrivé, n'est pas réclamé ».*

[1063] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 16 pr.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Sous une condition en suspens, une dette payée par erreur, avec une condiction, certes, est réclamée, mais, la condition étant réalisée, elle ne peut pas être réclamée ».*

[1064] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 19 § 1 joint à D. 12, 6, 65 § 9 ; Bronckhorst, cent. 3, assert. 37.

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« 1 - Bien que quelqu'un ait reçu ce qui lui est dû, cependant, si celui qui donne ne donne pas ce qui est dû, la réclamation se présente ; comme, si celui qui, pensant faussement qu'il est l'héritier ou le possesseur des biens, au créancier de la succession, a payé ; en effet, celui-ci, le véritable héritier ne sera pas libéré et celui-là pourra réclamer ce qu'il a donné ; en effet, bien que quelqu'un reçoive ce qui lui est dû, cependant, si celui qui donne ne donne pas ce qui est dû, la réclamation se présente ».*

Extrait du livre XVII *Sur Plautius* de Paul : *« 9 - N'est pas seulement indu ce qui n'est absolument pas dû, mais aussi, ce qui, à un autre, est dû, si, à l'autre, cela est payé ou si ce que l'un devait, un autre, comme si lui-même le doit, le paie ».*

[1065] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 53.

Extrait du livre VII des *Lettres* de Proculus : *« Un maître, dans son testament, à son esclave, a accordé la liberté, s'il donne dix ; l'esclave ignorant que le testament n'était pas valide, les dix [en question] me sont donnés ; il est demandé : qui peut les réclamer ? Proculus a répondu : si l'esclave lui-même a remis les espèces de son pécule, alors que, par son maître, cela ne lui a pas été permis, les espèces restent [celles] de son maître et, celles-ci, par le biais d'une condiction, il ne peut pas les réclamer, mais [il le peut] avec une action sur le bien* (in rem). *Mais, si un autre, à la demande de l'esclave, a remis ses espèces, elles deviennent les miennes et le maître de l'esclave, au nom duquel elles ont été remises, par le biais d'une condiction, peut les réclamer ; mais, de façon tant plus généreuse que plus utile, avec une voie directe, celui qui a remis des espèces reçoit son bien ».*

[1066] (Note de l'éditeur) Voir le liv. III, chapitre III, § 22.

[1067] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 40 ; D. 14, 6, 9 § 5.

Extrait du livre III des *Règles* de Marcianus : *« Celui qui a une exception perpétuelle peut réclamer ce qui a été payé par erreur ; mais ceci n'est pas perpétuel. Car, si, certes, à cause de cela, l'exception est accordée contre celui contre lequel on agit en*

partir du fait que la loi fait une telle chose en faveur du créancier, dans lequel cas il a droit à une réclamation de restitution [1068].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1065 de Groenewegen van der Made**

Il est demandé si une femme qui a contracté sans le consentement de son mari et a aussi payé agira à bon droit avec la condiction de l'indu. Cela est affirmé en Hollande, le mariage ayant été dissous, du fait qu'autrement, le mari réclame avec une condiction ce qui a été payé de façon indue, le mariage durant, pourvu que celle-ci ait payé en se trompant et ait pensé qu'elle s'était en réalité effectivement obligée ; [il en va] autrement, si, connaissant bien son droit, elle a volontairement fait satisfaction au créancier, qu'elle a ainsi reconnu la dette et a rempli la bonne foi. Le contraire triomphe clairement à Utrecht : en effet, ici il appartient au droit que l'obligation ne soit pas infirmée en totalité, mais cependant, le mariage durant, que l'exécution soit différée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 6, nb 19, et ci-dessus liv. III, chap. III, § 22, sur les notes 198 et 199.

En outre, il faut relever que l'héritier réclame à bon droit avec une condiction le fief légué par le vassal, la faveur n'en ayant pas été obtenue du seigneur direct, tandis que ce successeur, trompé par une erreur du fait féodal, pense que la faveur de tester a été obtenue ou croit que le bien est allodial, parce qu'un tel legs du fief, dans l'usage contemporain, est désapprouvé, la faveur n'en ayant pas été obtenue, voir Voet, lib. 12, tit. 6, nb 19.]

§ 10. Ce que quelqu'un a payé par l'effet d'un jugement **[397]** [1069], d'une transaction [1070], d'un serment [1071] ou à partir d'une compassion envers les pauvres [1072], bien qu'il voulût dire ne pas avoir été redevable d'une telle chose, ne peut pas être réclamé en restitution.

---

justice, il peut réclamer ce qui a été payé, comme il arrive dans le sénatus-consulte quant aux entremises ; mais, quand, en haine de celui auquel cela est dû, l'exception est accordée, ce qui a faussement été payé n'est pas réclamé, comme, si un fils de famille, à l'encontre du sénatus-consulte Macédonien, a reçu un prêt d'argent et que, devenu père de famille, il l'a payé, il ne le réclame pas. 1 - Si une partie de la maison qui, à une date, par le biais d'un fidéicommis, a été laissée a brûlé avant la date d'échéance du fidéicommis et que l'héritier, à ses frais, l'a refaite, il est établi que la dépense doit être déduite du fidéicommis et que, si, sans la déduction, il a délivré la maison, on peut, avec une condiction pour un montant incertain, le réclamer, comme s'il avait donné plus qu'il est dû. 2 - Si un patron a conclu avec son affranchi que des services, de lui, ne soient pas réclamés, tout ce qui, par la suite, a été acquitté par l'affranchi peut être réclamé ».

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Mais, bien que solvables, ils ne réclameront pas ».*

[1068] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 12, 6, 40.

Ce passage a été présenté dans la note précédente.

[1069] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 5, 1. Voyez ci-après le chapitre XLIX.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Mucianus et donnée en 213 : *« De l'argent indu, par erreur, non à partir d'une raison de l'action de payer ce qui a été jugé, il n'est pas douteux qu'il y a répétition selon le droit de la condiction. En conséquence, si tu as pu prouver que ton père, dont tu étais l'héritier, plus qu'il est dû, de son créancier, avait payé, tu peux le répéter. 1 - Mais tu souhaites que les intérêts de cette somme de soient payés ; en effet, avec l'action de condiction, ce seul montant est répété qui, indu, a été payé ».*

[1070] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 6, 65 § 2 ; C. 4, 5, 2.

Extrait du livre XVII *Sur Plautius* de Paul : *« 2 - Ce qui, aussi, à raison d'une cause, est donné, par exemple, ce que, comme appui de mes affaires, par celui-ci, j'ai pensé, bien que cela n'ait pas été fait, parce que j'ai voulu que cela soit donné, bien que, faussement, je me sois persuadé, ne peut pas être réclamé ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Secundina et donnée en 213 : *« Si, sans aucune transaction, tu as été envoyée promettre un argent indu au créancier d'autrui, contre celle qui t'a envoyée, tu peux avoir une condiction ».*

[1071] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 2, 3 § 1 et 5 § 2 ; D. 4, 3, 21 et 22. Voyez en outre ci-après le chapitre L.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais, avec n'importe quelle action, quelqu'un sera cité en justice et, s'il a juré, lui sera utile le serment, que, sur la personne* (in personam)*, sur un bien* (in rem)*, en fonction des circonstances du fait* (in factum) *ou qu'avec une action pénale ou n'importe quelle autre action, on agisse en justice, ou quant à un interdit ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - En faisant un serment, on ne demande rien d'autre que si l'on a juré, une fois remise la question [de savoir] s'il sera dû, comme si l'on avait assez prouvé en faisant le serment ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, m'ayant déféré [le serment], tu as juré et que tu es absous, que, par la suite, le parjure avait été approuvé, Labéon dit que, quant au dol, l'action contre lui, doit être accordée ; mais Pomponius*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1069 et 1072 de Groenewegen van der Made**

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 6, nb 15, enseigne aussi que, dans de nombreuses causes, cette action cesse et ce dit l'auteur de la chose jugée est vrai, pourvu que la sentence n'ait pas été portée à partir de fausses allégations ou de faux instruments ou que celui qui est tombé de la cause et a payé à partir d'une condamnation, ait trouvé par la suite la quittance, comme [il sera dit] ci-dessous, chap. XLIX, § 5, sur les notes 1475 à 1480. Cependant, si quelqu'un, à raison d'une chose non défendue, a été condamné à payer en peine de sa négligence et de son obstination, on n'use pas de ce remède. Ce que dit Grotius du serment, note 1071, procède aussi, si ce n'est avec une claire fausse accusation de serment, ce qui doit aussi être relevé sur la transaction, voir Voet, lib. 22, tit. 2, nb 25, et ci-dessous, chap. L, § 3, sur la note 1484.

Du reste, il faut relever que la preuve incombe à celui qui affirme que l'indu a été payé, du fait que la présomption milite en faveur de celui qui le reçoit, à moins qu'il ne soit un soldat, une femme, un mineur ou un majeur certes, mais agriculteur ; en effet, ceux-ci transfèrent toutes les charges de la preuve à l'adversaire, ou bien quand le débiteur a nié que le paiement lui en ait été fait et a été convaincu de mensonge ; alors en effet, un mal est toujours présumé dans le même genre de mal.

En effet, parfois, à partir d'indices, il est présumé qu'un indu a été payé, par exemple quand le demandeur produit deux quittances de la même dette écrites à des époques différentes et ne fait aucune mention sur combien, du moins, après un délai de trente jours contre lequel la double quittance a été produite, est tenu de prouver à partir de l'une que le paiement ne s'est pas ensuivi, voir Voet, lib. 12, tit. 6, nb 14. Nous avons traité plus longuement ci-dessus de cette exxception liv. III, chap. V, § 3, sur les notes 324 et 325.

Celui qui, le sachant, a reçu un indu, dans les usages, n'est pas tenu d'une action de vol, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 13, 1 *(De la condiction de vol)*, 18.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXCVII. Celui qui, délié avec la sentnece injuste du jugen a payé véritablement une dette, selon notre droit, pas plus que selon le droit romain, voir D. 12, 6 *(De la condiction de l'indu)*, 28, peut réclamer avec une condiction ce qui a été payé, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 12, 6, 28.]

§ 11. Un pupille qui a reçu quelque chose au-dessus du paiement est tenu de le rendre pour autant qu'il s'en est enrichi pour la raison expliquée ci-dessus [1073]. De l'autre côté, un pupille qui donne ou paie quelque chose ne rend pas le réceptionnaire propriétaire par défaut de pouvoir et, pour cela, il a droit de réclamer l'argent par une action en justice, si ce qu'il a donné en paiement est comme son propre bien ; si cela n'était pas trouvé, [il a droit] de réclamer une restitution [1074], bien que la dette [soit] d'un telle sorte que celui-ci aurait été

[dit] que, par le biais du serment, est considérée avoir été faite une transaction et Marcellus approuve cette opinion dans le livre VIII de ses Digestes ; on doit, en effet, s'en tenir à son respect ».

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Car est suffisante la peine du parjure ».*

[1072] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 12, 6, 32 § 2.

Extrait du livre X des *Digestes* de Julianus : *« 2 - Si une femme, dans cette opinion, se trouve qu'elle croit s'être, pour sa dot, obligée, tout ce qu'au titre de la dot, elle a donné, elle ne le réclame pas ; en effet, la fausse opinion ayant été supprimée, est laissée la cause de l'affection, pour laquelle ce qui a été payé ne peut être réclamé ».*

[1073] (Note de Groenewegen) Voir ci-dessus le § 3, note **6.**

[1074] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii, § 2 [et non Loi 2 comme indiqué dans la note] ; D. 12, 6, 29.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il

été capable d'une confirmation du paiement à un autre par le droit naturel ; mais, si le pupille n'était pas en situation de répéter le paiement, ainsi, le paiement serait tenu comme bien fait et le pupille être libéré de la dette [1075].

§ 12. En second lieu, *une condiction de promesse sans cause raisonnable*, c'est-à-dire sans une donation ou sans un autre contrat [1076].

§ 13. Car, bien que chacun soit, selon le droit naturel, maître de son bien et de ses actes [1077], cependant, le droit civil n'a pas voulu que les personnes utilisent une telle chose à leur propre préjudice sans avantage pour le bien commun, comme il est expliqué ci-dessus [1078] à travers l'exemple du mariage.

§ 14. Maintenant, bien que dans un achat, un louage et ce qui est semblable, toutes les promesses qui sont sous ou au-dessus de la juste valeur, semblent, pour autant que cela monte, être dénuées de **[398]** cause raisonnable [1079]. Puisque, cependant, le fondement même du contrat a une cause raisonnable et que la valeur n'est pas souvent à trouver le plus catégoriquement, puisqu'avec cela, vouloir l'examiner trop catégoriquement serait non

---

ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : *« Parfois, la personne fait l'endroit pour a réclamation, comme par exemple si un pupille, sans l'autorisation de son tuteur, un fou ou celui auquel il a été fait interdiction de ses biens a payé ; car, pour ces personnes, de façon générale, il n'est pas douteux qu'à une réclamation, il y ait lieu. Et, si, certes, se présentent des espèces, elles seront réclamées, mais, ayant été consommées, une condiction aura lieu ».*

[1075] (Note de Groenewegen) D. 46, 3, 14 § 8 ; D. 26, 8, 9 § 2.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 8 - Il est établi que le pupille, sans l'autorité de son tuteur, ne peut pas payer, mais, s'il a remis des espèces, elles ne deviennent pas celles de celui qui les reçoit et elles pourront être réclamées ? Clairement, si elles ont été consommées, il sera libéré ».*

Extrait du livre XII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 2 - Le pupille, pour toutes les causes, étant solvable, sans l'autorisation de son tuteur, n'agit en rien, parce qu'il ne peut transférer aucune propriété ; si, cependant, le créancier, de bonne foi, a consommé l'argent du pupille, le pupille sera libéré ».*

[1076] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 7 [*De la condiction sans cause*], 1 et tout le titre.

Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Cette sorte de condiction est celle-ci, si quelqu'un, sans cause, a promis ou s'il a payé un indu. Mais celui qui a promis sans cause ne peut pas réclamer avec une condiction le montant qu'il n'a pas donné, mais l'obligation elle-même. 1 - Mais, si, à raison d'une cause, il a promis, que la cause, cependant, ne s'est pas ensuivie, il doit être dit que la condiction a lieu. 2 - Que, dès le commencement, sans cause, l'on ait promis ou qu'il y ait eu une cause de promesse qui est terminée ou ne s'est pas ensuivie, il doit être dit qu'à une condiction, il y aura lieu. 3 - Il est établi que peut être réclamé avec une condiction seulement à quelqu'un ce qui, sans une juste cause, est arrivé à lui ou ce qui revient à une cause non juste ».*

Ce titre comprend en tout 5 extraits.

[1077] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 35, 21.

Constitution de Constantin adressée à Volusianus, Préfet du prétoire, et donnée entre 313-315 : *« Dans une affaire donnée en mandat, il y a un risque non seulement d'argent, dont l'action de mandat de mandat très certaine, mais aussi de la réputation. En effet, certes, chaque modérateur et chaque arbitre de sa propre affaire ne font pas de leur propre mouvement toutes les affaires, mais la plupart ; mais les affaires d'autrui sont faites avec un devoir précis et, dans leur administration, rien qui a été négligé ou détourné n'est libre de faute ».*

[1078] (Note de Groenewegen) Dans le chapitre III, § 48, note **114.**

[1079] (Note de Groenewegen) Voir 1Th 4, 6, et là Piscator ; Leonard Lenaert Lessius, *De jusititia et jure*, liv. 3, cap. 210, dubit. 3 et 4 ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. II, cap. 4, nb 11 ; *Summa Sylvestriana* au mot *emptio*, nb 8 ; *Summa Angelica* au mot *emptio*, nb 7 ; Wilhelm Amesius, *De conscientia, ejus jure et casibus*, liv. V, cap. 43, quæst. 1.

« (6) que personne en cette matière ne supplante ou ne dupe son frère. Le Seigneur tire vengeance de tout cela, nous vous l'avons déjà dit et attesté ».

seulement la porte ouverte à des procès innombrables, mais aussi les ci-devant dits contrats qui, parmi les hommes, sont très nécessaires faits de façon trop soignée [1080], ainsi, est-il trouvé bon par les lois de laisser des promesses de cette sorte avoir leur effet [1081], étant bien entendu que, dans le cas où la perte était trop grande et visible, est alors ouverte la recherche d'un rétablissement, dont il sera parlé ci-après [1082].

§ 15. En troisième lieu, *une demande de restitution de tout ce que quelqu'un a donné à un autre sans cause raisonnable* [1083].

[1080] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 44, 8.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Euodia et donnée en 293 : *« Si, avec ta volonté, ton fils a vendu ton bien-fonds, le dol, à partir de la ruse et des pièces de l'acheteur doit être prouvé ou la crainte de la mort, ou la torture du corps qui menace, être découverte afin que la vente ne soit pas tenue pour confirmée. En effet, seulement ce qui, un à prix un peu moindre, tu signifies que le bien-fonds a été vendu, pour l'annulation de la vente, est invalide. À savoir que, si tu avais pensé la substance du contrat d'achat et de vente, et que l'acheteur, formant le vœu d'acheter à un prix plus bas et le vendeur, celui de vendre plus cher, accèdent à ce contrat et qu'à peine, après de nombreuses disputes, le vendeur, retirant peu à peu de ce qu'il réclamait, mais l'acheteur, en ajoutant à ce qu'il avait offert, à un certain prix, consentent, assurément, tu verras que la bonne foi qui protège la convention d'achat et de vente, ne souffre aucune raison d'accorder que soit annulé, à raison de ce consentement, le contrat terminé immédiatement ou après la contestation du montant du prix, à moins que moins de la moitié du juste prix qui existait au moment de la vente, n'ait été donnée, le choix déjà fourni à l'acheteur ayant été observé ».*

[1081] (Note de Groenewegen) Voir ce dit texte de C. 4, 44, 8 ; D. 19, 2, 22 § 3 ; D. 4, 4, 16 § 4 ; Grotius, *Le droit de la guerre* …, liv. II, chap. XII, § XXVI.

La constitution en question est proposée dans la note précédente.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que, dans l'achat et la vente, il a été naturellement accordé d'acheter moins cher ce qui vaut plus, de vendre plus cher ce qui vaut moins et de se tromper réciproquement, de même, dans les offres de bail et les prises de bail, en est-il en droit ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - De même, Pomponius dit que, sur le prix de l'achat et sur le prix de vente, de façon naturelle, il est permis à ceux qui contractent de se circonvenir ».*

« XXVI. 1. Et il n'apparaît pas qu'il n'y ait rien eu de changé à cet égard par le droit des gens volontaire ; à l'exception seulement de ceci, que l'inégalité des choses à laquelle on a consenti quand il n'y a pas de mensonge, et qu'on n'a pas tu ce qui a dû être dit, passe pour égalité dans les actions extérieures ; en sorte que, de même qu'en vertu du droit civil, avant la Constitution de Dioclétien, aucune action en justice n'était donnée contre une telle inégalité, de même entre ceux qui n'établissent leur société que sur le droit des gens seul, il n'y a ni recours, ni voie de contrainte. C'est là, en effet, ce que dit Pomponius (D. 4, 4, 16 § 4 ; D. 19, 2, 22 § 3), que dans le prix de la vente et de l'achat, il est naturellement permis *de se tromper mutuellement : dans lequel passage* être permis *n'est pas* être juste*, mais signifie que c'est permis dans le sens qu'il n'y a aucun remède contre celui qui veut se défendre en se prévalant de la convention.*

2. Quant au mot naturellement*, dans ce passage, comme quelquefois ailleurs, il a été mis pour indiquer ce qui est partout d'usage reçu. C'est dans le même sens qu'il est dit dans l'apôtre Paul, que la nature elle-même enseigne qu'il est honteux pour un homme de laisser croître sa chevelure (1Cor 11, 4), tandis que cependant cela ne répugne pas à la nature, et que cela est en usage chez beaucoup de peuples. (…) C'est ainsi qu'après avoir dit que le droit romain ne souffrait pas que le même citoyen pris parmi les non-militaires mourût à la fois testat et intestat, le jurisconsulte Pomponius a ajouté que ces deux choses se contredisaient* naturellement *(D. 50, 17, 7) ; et cependant cette règle dépend des seules coutumes des Romains, elle n'a pas lieu chez les autres peuples, et chez les Romains eux-mêmes dans le testament militaire.*

3. Or, l'utilité a été évidente d'introduire la règle dont j'ai parlé, en vue de couper court aux contestations infinies et rendues inextricables par l'incertitude du prix des choses, entre personnes n'ayant pas de jugement commun ; contestations qui ne pouvaient être évitées, s'il avait été permis de renoncer aux conventions pour inégalité. "Telle est la substance de l'achat et de la vente, disent les empereurs (C. 4, 44, 8) - désignant par le nom de substance *la pratique perpétuelle - que l'acheteur et le vendeur viennent à ce contrat avec le désir, celui-là d'acheter à plus bas prix, celui-ci de vendre plus cher ; et que c'est avec peine, après beaucoup de débats, que le vendeur ayant peu à peu rabattu de ce qu'il avait demandé, et l'acheteur ayant ajouté à ce qu'il avait offert, ils consentent à un prix déterminé". (…).*

4. L'écrivain de la vie d'Isidore, dont j'ai parlé un peu auparavant, dit qu'acheter au-dessous, et vendre au-dessus du juste prix, "c'est une injustice permise, il est vrai, par la loi, mais qui, au fond, renverse ce qui est juste" ». Cf. *Le droit de la guerre* …, *op. cit.*, trad. P. Pradier-Fodéré, p. 347-348.

[1082] (Note de Groenewegen) Voir le dernier chapitre [LII].

[1083] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 2, 3, et 4.

Extrait du livre II des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« Mais, si comme faux, le testament, sans le crime de celui qui l'a donné, ou comme contraire aux devoirs, est prononcé, comme si la cause ne s'était pas ensuivie, les dix sont réclamés ».*

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Je t'ai remis de l'argent pour ne pas aller trouver le juge ; comme si je le décidais, pourrais-je réclamer avec une condiction, s'il ne m'a pas été donné garantie que l'on n'irait pas trouver le juge ? Et il est vrai qu'il importe beaucoup [de savoir] si, à cause de cela seulement, je l'ai remis, [à savoir] pour ne pas aller le*

§ 16. Comme quand, sur un espoir de mariage, quelque chose est donné et que le mariage ne s'ensuit pas [1084].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1084 de Groenewgen van der Made**
Nous avons déjà traité des donations à cause de noces ci-dessus liv. III, chap. II, § 20, sur la note 142.]

§ 17. Sous cela, est compris tout ce que quelqu'un a donné pour une chose illégale ou autrement malhonnête, à savoir avec une même distinction qu'il est ci-dessus dit [1085] sur la matière de l'existence et de l'inexistence de l'obligation, en particulier que la demande de

---

trouver ou pour qu'il me soit donné garantie que l'on n'ira pas le trouver ; si [c'est] à cause de cela, pour qu'il soit donné garantie, on pourra réclamer avec une condiction, si l'on n'en a pas donné garantie ; si [c'est] pour ne pas aller trouver [le juge], la condiction cesse, tant qu'on ne va pas le trouver. 1 - De même, il en sera, si je te l'ai remis pour que tu n'affranchisses pas Stichus ; car, selon la distinction ci-dessus écrite, la réclamation devra être autorisée ou arrêtée. 2 - Mais, si je te l'ai remis pour que tu affranchisses Stichus, si tu ne le fais pas, je peux agir avec une condiction, ou si je le regrette, je peux agir avec une condiction. 3 - Qu'en est-il, si je l'ai remis d'une façon telle que, dans un certain délai, tu l'affranchisses ? Si le délai n'est pas encore écoulé, la réclamation doit être arrêtée, à moins que je ne le regrette ; s'il est écoulé, on pourra agir avec une condiction. Mais, si Stichus est mort, ce qui a été remis pourra-t-il être réclamé ? Proculus dit que, s'il est mort après ce délai dans lequel il pouvait être affranchi, il y a la réclamation, si [c'est durant un délai] moindre, elle cesse. 4 - Mieux, si je ne t'ai rien remis pour que tu l'affranchisses, mais que l'on a décidé, cependant, que je te le remette, en outre, à toi se présente l'action qui, de ce contrat, naît, c'est-à-dire la condiction, ce dernier aussi, étant mort. 5 - Si un homme libre qui, de bonne foi, me servait m'a remis de l'argent pour que je l'affranchisse et que je l'ai fait, il est demandé si, par la suite, ayant été prouvé comme libre, envers moi, il pourra agir avec une condiction. Et Julianus, dans le livre XI de ses Digestes, écrit que se présente à l'affranchi la réclamation. Neratius aussi, dans le livre de ses Parchemins, rapporte que le pantomime Paris, de Domitia, la fille de Néron, avait réclamé les dix qu'elle lui avait remis pour sa liberté par l'intermédiaire du juge et qu'il n'avait pas été demandé si Domitia, le sachant, l'avait reçu comme libre. 6 - Si quelqu'un, comme sur le point d'être affranchi, m'a remis dix, alors qu'il ne se l'est pas vu ordonner, Celsus écrit que celui-ci réclame avec une condiction les dix. 7 - Mais, si l'esclave qui, avec le testament, à l'héritier, s'est vu ordonner de remettre les dix et d'être libre, qu'avec un codicille, purement et simplement, il a reçu sa liberté et que, l'ignorant, il a remis à l'héritier les dix, pourra-t-il les réclamer ? Et il rapporte que son père, Celsus, avait jugé qu'il ne pouvait pas les réclamer ; mais Celsus lui-même, touché par l'équité naturelle, pense qu'ils peuvent être réclamés. Cette opinion est plus vraie, bien qu'il soit établi que, comme lui-même le dit, celui qui les a remis avec cet espoir que, de celui qui les aura reçus, il a pensé témoigner sa reconnaissance ou qu'il y aura que celui-ci, envers lui, sera plus amical, il ne peut les réclamer, ayant été trompé par une fausse opinion. 8 - De façon plus subtile, il débat aussi [de savoir] si celui qui s'est pensé comme sur le point d'être affranchi fera des espèces celles de celui qui les reçoit, parce qu'à l'héritier, il les a remises comme s'il allait remettre les espèces de l'héritier lui-même, non comme les siennes propres et qui, en tout cas, ne lui appartenaient pas, à savoir qu'elles ont été acquises après la liberté qui se présente à lui à partir du testament. Et je le pense, s'il les a remises avec cette intention qu'elles ne deviennent pas [les espèces] de celui-ci ; car, quant à toi, je remets mes espèces comme [étant] les tiennes, je ne les fais pas tiennes. Qu'en est-il donc, si celui-ci, non à l'héritier, mais à un autre, les a remises, auquel il pensait qu'on l'avait ordonné ? Si, certes, il a remis les espèces de son pécule, il ne les a pas faites celles de celui qui les reçoit ; mais, si un autre, pour lui, les a remises ou que lui-même les a remises, étant déjà devenu libre, elles seront faites celles de celui qui les reçoit. 9 - Bien qu'il ait été permis à celui qui est sur le point d'être affranchi aussi, de son pécule, de le remettre pour remplir une condition, si, cependant, l'héritier veut sauvegarder les espèces, il peut interdire que celui-ci les donne ; ainsi, il se fera que celui qui est sur le point d'être affranchi arrive à la liberté comme avec une condition remplie, à laquelle il s'est vu empêcher d'obéir, et les espèces ne périront pas. Mais celui, que le testateur a voulu recevoir, contre l'héritier, avec une action en fonction des circonstances du fait (in factum) *peut agir en justice pour, au testateur, obéir ».*

Extrait du livre XXXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, en recette, a porté [quelque chose] pour son débiteur, alors que l'on n'a pas convenu qu'il donne un garant et que celui-ci ne la pas donné, il peut être dit qu'il peut y avoir une condiction pour celui qui, avec la recette, a été libéré ».*

[1084] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 8.

Extrait du livre II des *Parchemins* de Neratius : *« Servius, dans son livre Des dots, écrit que, si, entre ces personnes, dont l'une n'a pas encore l'âge juste, des noces ont été faites, ce qui, au titre de la dot, dans l'intervalle, a été donné peut être réclamé ; cela doit être entendu ainsi, [à savoir] que, si un divorce est intervenu, avant que les deux personnes aient l'âge juste, il y aura réclamation de l'argent de celle-ci, mais, tant que dans ce même état de mariage, elle reste, cela ne pourra pas plus être réclamé que ce que la fiancée, à son fiancé, au titre de la dot, a donné, tant que demeure entre eux une parenté par alliance ; ce qui, en effet, à partir de cette cause, le mariage n'ayant pas encore été noué, est donné, du fait que c'est ainsi donné en tant que pour en venir à une dot, aussi longtemps que cela peut y venir, il n'y en a pas la réclamation ».*

[1085] (Note de Groenewegen) Voir dans le chapitre I de ce livre, § 43, note 172.

restitution a alors lieu quand la malhonnêteté était du côté du preneur et non du côté du donneur, ou des deux côtés [1086].

§ 18. En quatrième lieu, *une demande de restitution de tout ce qui autrement, sans donner, payer ou promettre, à quelqu'un est venu du bien d'autrui en dehors d'une cause raisonnable*, comme par exemple, quelqu'un a pensé recevoir de l'argent d'un **[399]** tiers et que mon argent lui est payé. Ici, il n'y a pas une convention de prêt, car l'erreur empêche une telle chose [1087] ; cependant, il est raisonnable que ce qui enrichit une autre personne par le biais de mon bien me soit compensé [1088].

§ 19. Dans ces quatre obligations, il n'est pas tant envisagé si l'un a donné une cause qu'un autre a moins (bien qu'une telle chose arrive souvent) que s'il a titré un profit du bien d'autrui [1089], ce qui était la première sorte d'inégalité.

[1086] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 5, 2, 3 et 4.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … comme par exemple je t'ai donné [de l'argent] pour que tu ne commettes pas un sacrilège, un vol et que tu ne tues pas un homme. Sur cette espèce, Julianus écrit que, si je t'ai remis [de l'argent] pour que tu ne tues pas un homme, on peut le réclamer avec une condiction. 1 - De même, si je t'en ai remis pour que tu me rendes un bien déposé chez toi ou pour que tu me rendes un instrument. 2 - De même, si je t'en ai remis pour que, selon moi, dans une bonne cause, le juge prononce [son jugement], il a certes été rapporté qu'à une condiction, il y a lieu ; mais celui-ci aussi commet un crime (en effet, il est considéré corrompre le juge) et, il n'y a pas si longtemps, notre empereur a établi dans une constitution que celui-ci perdait son procès ».*

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« Mais, quand la turpitude de celui qui donne et de celui qui reçoit est concernée, nous disons que cela ne peut pas être réclamé, comme si l'argent est remis pour que, de mauvaise façon, il soit jugé ».*

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, si, à raison d'un acte sexuel, [l'argent] a été remis ou si quelqu'un, pris lors d'un adultère, s'est racheté ; en effet, la réclamation cesse et cela, Sabinus et Pegasus l'ont répondu. 1 - De même, s'il est remis pour que [quelqu'un] ne soit pas présenté, parce que la turpitude des deux est concernée, la réclamation cesse. 2 - Mais, chaque fois que la turpitude de celui seul qui reçoit est concernée, Celsus dit qu'il peut être réclamé ; comme, si je te l'ai remis pour qu'envers moi, tu ne commettes pas d'injure. 3 - Mais ce qui, à une maquerelle, est remis ne peut être réclamé, comme Labéon et Marcellus l'écrivent, mais avec une nouvelle raison, non avec celle-ci, [à savoir] que la turpitude des deux est concernée, mais celle de celui qui seul le remet ; en effet, celle-ci, honteusement, agit, parce qu'elle sera une maquerelle, elle ne le reçoit pas honteusement, du fait qu'elle est une maquerelle. 4 - Si, à toi, j'ai accordé une action pour que tu signales mon [esclave] fugitif ou le voleur de mes biens, ne pourra pas être réclamé ce qui a été donné ; en effet, tu ne l'as pas reçu de façon honteuse. Si, de mon [esclave] fugitif, tu as reçu [de l'argent] pour ne pas le signaler, je pourrai te le réclamer avec une condiction comme à un voleur ; mais, si le voleur lui-même, de moi, l'a reçu, ou l'associé du voleur ou du fugitif, je pense que la condiction a lieu ».*

[1087] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 116 § 2.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Ceux qui se trompent ne sont pas considérés consentir ».*

[1088] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 1, 32 ; D. 50, 17, 206.

Extrait du livre V des *Digestes* de Celsus : *« Si, à moi et à Titius, tu as demandé un prêt d'argent, que, moi, j'ai ordonné que mon débiteur te le promette et que tu as stipulé, du fait que tu penses que celui-ci est le débiteur de Titius, seras-tu obligé envers moi ? Je tiens bon, si, certes, tu n'as contracté aucune affaire avec moi ; mais il s'en faut de peu que je pense que tu es obligé, non parce que je t'ai prêté l'argent (en effet, cela, si ce n'est entre personnes consentantes, ne peut être fait), mais parce que mon argent qui t'est revenu, il est juste et bon que, par toi, il me soit rendu ».*

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

[1089] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 12, 1, 32 et *Institutes de Justinien*, IV, vii *(Cette affaire qui, avec celui qui, sous unepuissance, se trouve, a été faite)*, § 4 ; D. 15, 3 *(De [l'action en restitution] de ce qui, dans le patrimoine du père de famille ou du maître, a été versé)*, 3 et tout le titre. Voyez ces lois.

Le titre en question comprend 21 extraits.

Le premier extrait a déjà été proposé dans la note précédente. Vient donc le second tiré des *Institutes*.

« § 4. En outre, l'action quant au pécule (de peculio) *a été introduite quant à ce qui, dans le patrimoine du maître, a été versé, afin que, bien que, sans la volonté du maître, l'affaire ait été administrée, cependant, si quelque chose, dans son patrimoine, a été versé, il devra payer tout cela ou, si quelque chose, dans son patrimoine, n'a pas été versé, il devra le payer dans la mesure où le pécule le souffre. 4a. Est entendu avoir été versé dans le patrimoine du maître tout ce qui, pour le nécessaire pour son patrimoine, aura dépensé l'esclave, comme si, empruntant de l'argent, à ses créanciers, il avait payé, qu'il avait étayé des édifices qui allaient s'écrouler, qu'il avait, pour la domesticité, acheté du blé ou qu'aussi, il avait acheté un bien-fonds ou n'importe quel autre bien nécessaire. 4b. C'est pourquoi, si, des dix par exemple pièce d'or que ton esclave, de Titius, a reçues en prêt, à ton créancier, il a payé cinq pièces d'or, mais a consommé les cinq restantes de n'importe quelle façon, pour les cinq, certes, tu dois être condamné, mais pour les autres cinq, dans la mesure où elles sont dans le pécule ; à savoir qu'à partir de cela, il apparaît que, si toutes les dix pièces d'or, dans ton patrimoine, avaient été versées, Titius peut obtenir toutes les dix pièces d'or. En effet, bien que*

*

l'action soit unique avec laquelle, quant au pécule et quant à ce qui, dans le patrimoine du maître, aura été versé, on agit en justice, cependant, elle comporte deux condamnations. C'est pourquoi le juge, devant qui, quant à cette action, on agit en justice, avant, examine ordinairement si, dans le patrimoine du maître, cela aura été versé et que cela, dans le pécule de l'esclave, ne passe pas autrement que si rien ou la totalité n'est pas entendu, dans le patrimoine du maître, avoir été versé. 4c. Mais, quand il est demandé combien, dans le pécule, il y aura, avant, est déduit tout ce que l'esclave, à son maître, ou celui qui sera sous sa puissance, doit et ce qui reste est entendu être seulement le pécule. Parfois cependant, ce que l'esclave doit à celui qui, sous la puissance du maître, sera, n'est pas déduit du pécule, comme si celui-là était dans le pécule de celui-ci même. Cela aboutit à ce que, si l'esclave doit quelque chose à son remplaçant, cela n'est pas déduit de son pécule ».

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si l'esclave, à son maître, a donné une somme pour qu'il soit affranchi, [somme] que, de moi, en prêt, il a reçue, dans le pécule, certes, cette somme n'est pas comptée, mais, dans le patrimoine, elle est considérée avoir été versée, s'il y a plus dans ce que l'esclave a donné qu'il y a dans le prix de l'esclave. 1 - Mais, dans le patrimoine, est considéré avoir été versé, que, cela même que l'esclave a reçu, dans le patrimoine du maître, il le verse (comme s'il avait reçu du blé et que celui-ci, dans la maisonnée du maître, au titre de la nourriture, il l'avait consommé ou s'il avait payé l'argent reçu d'un créancier du maître au créancier, mais, s'il s'est trompé en le payant et qu'il a pensé comme un créancier celui qui ne l'était pas, également, dans le patrimoine, Pomponius, dans son livre LXI, dit que cela a été versé, dans la mesure où le maître aura la répétition d'un indu), qu'alors que l'esclave, pour gérer ou administrer les affaires du maître, a fait quelque chose (comme s'il a emprunté de l'argent pour acheter du blé pour nourrir la maisonnée ou pour la vêtir) ou qu'au titre du pécule, l'empruntant, par la suite, dans le patrimoine du maître, il le verse ; de cette règle, en effet, nous usons, de sorte que, même si, d'abord, dans son pécule, il verse l'argent, bientôt, dans le patrimoine de son maître, il pourra y avoir, quant à ce qui, dans le patrimoine du père ou du maître, a été versé, l'action* (de in rem verso). *2 - Et, de façon régulière, nous disons que, quant à ce qui, dans le patrimoine du père ou du maître, a été versé, il y a l'action dans les cas dans lesquels un procurateur aura l'action de mandat ou celui qui a administré des affaires, l'action relative à l'administration d'affaires* (negotiorum gestorum), *chaque fois que l'esclave a consommé quelque chose, afin que son maître ait un meilleur patrimoine ou non plus mauvais. 3 - Par conséquent, si l'esclave a consommé l'argent, pour se nourrir et se vêtir selon l'habitude du maître, c'est-à-dire jusqu'à cette mesure que le maître était accoutumé de lui procurer, Labéon écrit que, dans le patrimoine du maître, il est considéré l'avoir versé. En conséquence, de même, il en sera pour le fils. 4 - Mais, si avec l'argent reçu en prêt, il a décoré la maison du maître avec des revêtements de stuc* (tectoria) *et certaines autres choses qui regardent plus le plaisir que l'utilité, cela n'est pas considéré comme versé, parce que le procurateur n'imputerait pas cela, à moins, peut-être, qu'il n'ait eu un mandat du principal ou sa volonté ; le principal ne doit pas être chargé de ce que lui-même n'aurait pas fait. Qu'en est-il donc ? Le maître doit souffrir que l'emprunteur enlève cela, à savoir sans injure pour la maison, afin que le maître ne doive pas être contraint de vendre la maison et, comme elle est devenue de plus de prix, de payer cela. 5 - De même, Labéon dit que, si l'esclave, ayant emprunté des espèces de moi, à un autre, les a prêtées, quant à ce qui, dans son patrimoine, a été versé, le maître est tenu, parce que la dette lui a été acquise ; Pomponius approuve cette opinion ainsi, s'il n'a pas fait une dette relative au pécule, mais comme si [elle appartenait] au compte du maître. Pour cette raison, le maître sera obligé jusqu'à ce point où, s'il ne pense pas qu'il est pour lui à propos d'avoir la dette du débiteur, il abandonne à l'emprunteur ses actions et en fasse son procurateur. 6 - Labéon dit que n'est pas aussi, dans le patrimoine du maître, versé ce que l'esclave, en empruntant, pour son maître qui le veut, a acheté pour une matière de luxe, des onguents, peut-être, ou si, pour des plaisirs ou pour des choses honteuses, il a payé quelque dépense ; en effet, nous n'examinons pas si, au bien du maître, est échu ce qui a été consommé, mais si, dans l'affaire du maître, [cela a été consommé]. 7 - D'où, à bon droit, il est dit que, si l'esclave a acheté du blé pour nourrir la maisonnée du maître, dans le grenier du maître, l'a déposé, que celui-ci a péri, a été corrompu ou a brûlé, il est considéré avoir été versé. 8 - Mais, s'il a acheté un esclave nécessaire au maître, que celui-ci est mort ou qu'il a étayé un immeuble de rapport et que celui-ci s'est écroulé, je dirai qu'il y a l'action quant à ce qui, dans le patrimoine du père ou du maître, a été versé* (de in rem verso). *9 - Mais, si [un esclave] a reçu ainsi, comme pour, dans le patrimoine du maître ou du père, le verser, qu'il ne l'a pas versé et qu'il trompe le créancier, il n'est pas considéré l'avoir versé et le maître n'en est pas tenu, de sorte que la crédulité du créancier, au maître, n'ait pas porté préjudice ou que l'habileté de l'esclave ne lui nuise pas. Qu'en est-il, cependant, si était esclave celui qui le versait ordinairement en le recevant ? Encore, je ne pense pas que cela nuise au maître, si, avec une autre intention, l'esclave a reçu [l'argent] ou si, lorsqu'avec cette intention, il l'a reçu et que, par la suite, à un autre, il l'a versé ; en conséquence, le créancier doit être curieux [de savoir] où il est versé. 10 - Si un esclave a emprunté de l'argent pour acheter un vêtement et que les espèces ont péri, qui, quant à ce qui, dans le patrimoine du maître ou du père, a été versé* (de in rem verso), *pourra agir en justice, le prêteur ou le vendeur ? Mais je pense que, si, certes, le prix a été payé, le prêteur, avec l'action quant à ce qui, dans le patrimoine du père ou du maître, a été versé* (de in rem verso), *il agira en justice, si le vêtement a péri ; mais, si le prix n'a pas été payé, cependant, l'argent ayant été remis pour que le vêtement soit acheté, que l'argent a péri et que le vêtement, cependant, à la maisonnée, a été partagé, en tout cas, le prêteur, quant à ce qui, dans le patrimoine du maître ou du père, a été versé, a l'action en justice. Et le vendeur l'aura-t-il, du fait que ses biens sont arrivés dans le patrimoine du maître ? La raison fait en sorte qu'il en est tenu ; d'où, le maître commence à être tenu sur le fondement d'une seule cause envers les deux. Par conséquent, si tant l'argent que le vêtement ont péri, il faudra dire qu'envers les deux* (*i. e.* le prêteur et le vendeur), *le maître est tenu, parce que les deux, dans le patrimoine du maître, ont voulu les verser ».*

Chapitre XXXI
De donner pour donner, et particulièrement de l'échange, de faire pour faire, de faire pour donner [1090], de donner pour faire

§ 1. La seconde sorte était *quand quelqu'un avait causé l'origine de l'inégalité, c'est-à-dire qu'un autre ait moins*, ce que nous avons dit arriver à l'amiable ou non à l'amiable [1091].

§ 2. Nous avons dit qu'un telle chose se produisait *à l'amiable, quand quelqu'un a fait qu'un autre ait de son bien sur la volonté de l'acceptant en totalité ou en partie au profit de l'acceptant sans intention d'un don.*

§ 3. Cela peut être remarqué dans tous les contrats qui sont faits au profit de l'acceptant ou de l'acceptant et du donateur ensemble, en particulier dans les contrats qui sont accomplis par la remise d'un bien [1092] ; cependant **[400]** aussi dans les autres contrats, quand la chose a déjà suivi d'un côté ; car, dans tout, l'acceptant est obligé à la même chose en compensation [1093] ; par le biais de cela, il est la cause de ce que l'autre ait moins, puisque quelque chose lui est donné ou que quelque service lui est fait sur sa volonté ; mais, puisque les contrats ont reçu par leur utilisation quotidienne leurs fermes qualités qui sont aussi tenues comme expressément promises, - ainsi, nous avons déjà traité de cela sur la promesse [1094] -, parce que, de deux causes d'obligations, à savoir le fait de causer une inégalité et une promesse raisonnable, la promesse est la plus connue.

§ 4. Pour cette raison, ce qui est dit ci-devant des contrats est ici tenu pour répété (à savoir pour autant qu'un inégalité soit déjà née de ces contrats), nous parlerons ici seulement des obligations qui ne sont pas si utilisées et qui, pour cela, ne comprennent aucune promesse sûre.

§ 5. De ce qui est dit ci-devant, il peut être entendu que la *cause* de ces obligations peut *être de quatre manières* ; car ou bien l'on *fait* quelque chose parce que l'autre *ferait* quelque chose (*facio ut facias*), ou bien l'on *donne* quelque chose parce que l'autre *donnerait* en retour quelque chose (*do ut des*), ou bien l'on *fait* quelque chose parce qu'un autre *donnerait* quelque chose (*facio ut des*) et, de nouveau, l'on donne quelque chose parce que l'autre ferait quelque chose [1095].

[1090] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 5 [*Des actions "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *et "en fonction des circonstances du fait"* (in factum)].

Ce titre renferme 27 extraits.

[1091] (Note de l'éditeur) Voir plus haut, chapitre I, §§ 15 à 18.

[1092] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 5, 1 §§ 1-2.

Extrait du livre VIII des *Questions* de Papinien : *« 1 - Labéon écrit qu'au propriétaire des marchandises, contre le patron du navire, s'il est incertain [de savoir] s'il a pris à bail le navire ou s'il a loué [un emplacement] pour transporter ses marchandises, l'on doit donner une action civile en fonction des circonstances du fait* (in factum). *2 - De même, celui qui, pour en examiner le prix, remet un bien, il n'y aura ni dépôt, ni commodat, mais la bonne foi n'ayant pas été montrée, une action civile en fonction des circonstances du fait* (in factum) *est à disposition ».*

[1093] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 49, 5.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Decimus Caplusius et donnée en 290 : *« Le gouverneur de la province aura soin de contraindre l'acheteur qui a obtenu la possession du fruit à rendre une partie du prix qu'il a dans ses mains, avec les intérêts que le compte des fruits perçus et la faveur de l'âge, bien qu'il n'y ait eu aucun retard, ont générés ».*

[1094] (Note de l'éditeur) Voir ci-dessus le chapitre VI, § 10.

[1095] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 5, 5 §§ 1-4.

Extrait du livre V des *Questions* de Paul : *« 1 - Si, certes, je donne une somme d'argent pour recevoir une chose, il y a un achat et une vente. Mais si je donne une chose pour en recevoir une autre, parce qu'il est reçu que l'échange n'est pas un achat de biens, il ne fait pas de doute que naît une obligation civile, action dans laquelle entre en ligne de compte, non que tu rendes ce que tu as reçu, mais que tu sois condamné au montant estimé de mon intérêt de recevoir ce dont on a convenu ou, si je veux recouvrer ce qui est mien, de réclamer ce qui a été donné, comme si ce qui a été donné pour [obtenir] la chose n'avait pas eu de suite. 2 - Mais, lorsque je donne pour que tu fasses, si telle chose a été faite en sorte que l'on loue ordinairement, par exemple pour que tu peignes un tableau, l'argent donné sera un louage, comme dans le cas précédent, il y avait vente ; si je donne une chose, il n'y aura*

§ 6. *Donner* pour *donner*, quand cela consiste en des choses singulières, est appelé "échanger" [1096] ; et sous cela, est compris l'échange d'argent, quand de l'argent est donné pour de l'argent comme une *marchandise* pour une *marchandise*, laquelle sorte d'échange est appelée "change". Et, puisqu'un échange n'est pas un achat [1097], les qualités d'un achat, sous lesquelles il y a aussi le retrait [1098], n'ont ici pas lieu [1099] ; **[401]** cependant, au cas où ce qui

---

pas louage, mais apparaîtra soit une action civile pour ce qui est de mon intérêt, soit une action en restitution pour le réclamer. Si telle chose a été faite qui ne peut être louée, par exemple pour que tu affranchisses un esclave ou qu'un certain délai a été ajouté durant lequel celui-ci sera affranchi, alors que tu pouvais l'affranchir, l'esclave étant vivant, il est passé, que le délai ait été terminé ou qu'autant de temps se soit consumé, pour qu'il puisse et doive être affranchi, on peut agir en justice pour lui avec une condiction ou avec une [action] "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis) *; cela s'accorde à ce que nous avons dit. Mais, si je t'ai donné un esclave, pour que tu affranchisses ton esclave, que tu l'as affranchi et que celui que je t'ai donné a été évincé, si le sachant, je te l'ai donné, Julianus écrit que contre moi, une action de dol doit être accordée, si je le savais, une action civile en fonction des circonstances du fait* (in factum). *3 - Si je fais pour que tu donnes et qu'après que j'ai fait, tu t'abstiennes de donner, il n'y aura aucune action civile, c'est pourquoi sera accordée [l'action] de dol. 4 - Mais, si je fais pour que tu fasses, cette espèce admet plusieurs traitements. Car, si nous avons contracté pour que, toi, de mon débiteur à Carthage, tu réclames et moi du tien, à Rome, ou que toi pour moi, moi pour toi seul, je construise, et que moi, j'ai construit et que toi, tu as cessé, dans la première espèce, il semble qu'un mandat soit en quelque sorte intervenu, sans lequel l'argent ne peut être réclamé à un autre titre ; en effet, bien que s'ensuivent des dépenses, nous procurons cependant un devoir mutuel et le mandat peut, à partir du pacte, excéder sa nature (je peux, en effet, te confier de me garantir la garde et les dépenses en ne réclamant pas plus de dix) ; et, si nous avons dépensé cette somme, il n'y a aucun doute. Mais au contraire, si l'autre a fait en sorte qu'ici, il semble qu'un mandat soit intervenu, [c'est] comme si nous rendions réciproquement les dépenses ; car je ne te mandate pas quant à ton propre bien. Mais il sera plus sûr que, pour la confection des immeubles de rapport et pour réclamer aux débiteurs, l'on accorde une action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis)*, laquelle action sera semblable à l'action de mandat, de même que pour les espèces précédentes, au louage et à l'achat ».*

(Note du traducteur) On sait que cet extrait a été totalement remanié par les compilateurs mandatés par Justinien et que nous n'avons pas ce qu'a véritablement dit Paul, mais plutôt la tentative d'un professeur de Beyrouth du VI[e] siècle de notre ère visant à unifier le régime des contrats innomés, sans toutefois vraiment y parvenir. Il est néanmoins possible de supposer le véritable propos tenu par Paul à partir d'un autre extrait repris à Ulpien, contemporain de Paul, qui se trouve dans D. 2, 14, 7 § 2, qui est le suivant : Extrait du livre IV sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si la chose ne passe pas en un autre contrat et que, cependant, la cause demeure, Aristo répond à Celsus finement qu'il y a une obligation. Comme par exemple je t'ai donné un bien pour que tu m'en donnes un autre, je t'ai donné pour que tu fasses quelque chose : cela est* συναλλαγμα *- i. e.* réciproque *- et il naît de là une action civile. Et c'est pourquoi je pense que Julianus a été à bon droit repris par Mauricianus sur cela : je t'ai donné Stichus pour que tu affranchisses Pamphile ; tu l'as affranchi ; Stichus a été évincé. Julianus écrit qu'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *doit être accordée par le préteur ; celui-là dit qu'une action civile incertaine, c'est-à-dire avec des mots écrits en tête* (præscriptis verbis) *suffit ; en effet, il y a un contrat, qu'Aristo appelle* συναλλαγμα*, d'où naît cette action ».*

[1096] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 19, 5, 5 § 1.

[1097] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 1.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« De même que vendre est une chose, acheter une autre, que l'un est acheteur et l'autre vendeur, de même, le prix est une chose, la marchandise, une autre. En revanche, dans un échange, on ne peut pas distinguer lequel est l'acheteur ou lequel est le vendeur, les manières d'acquitter diffèrent beaucoup. L'acheteur, en effet, à moins qu'il n'ait fait des pièces [d'argent] celles de celui qui les reçoit, est tenu sur le fondement de la vente* (ex vendito)*, pour le vendeur, il suffit qu'à cause de l'éviction, il s'oblige à livrer la possession et à être justifié d'un dol, c'est pourquoi, si le bien n'a pas été évincé, il ne doit rien ; mais, dans un échange, si les deux choses sont le prix, il faut que la chose des deux soit faite, si [c'est] une marchandise, [ce ne sera] celle d'aucun des deux. Mais, du fait qu'il doit y avoir un bien et un prix, l'échange ne peut être un achat et une vente, parce que l'on ne peut trouver ce que sera leur marchandise et leur prix, et la raison ne souffre pas qu'un seul et même bien soit vendu et que le prix appartienne à une vente. 1 - D'où, si ce bien que j'ai reçu, par la suite, est évincé, il est répondu qu'il faut accorder une action en fonction des circonstances du fait* (in factum). *2 - De même, l'achat et la vente, avec la seule volonté de ceux qui y consentent, se contractent, mais l'échange, à partir de la livraison du bien, fait naître le début [de l'opération d'échange] ; [il en va] autrement, si le bien n'a pas encore été livré, avec le simple consentement, nous dirons que l'obligation est établie, ce qui a été reçu seulement pour ce qui n'a pas son propre nom, comme pour l'achat et la vente, l'offre de bail et la prise de bail, le mandat. 3 - C'est pourquoi Pedius dit que celui qui donne le bien d'autrui ne contracte aucun échange. 4 - En conséquence, par l'une des parties, la tradition ayant été faite, si l'autre ne veut pas livrer le bien, nous n'agirons pas en justice pour que le bien livré nous soit rendu, mais pour ce qu'il est de notre intérêt d'avoir reçu ce bien, il y a lieu à une condiction, comme si l'affaire ne s'était pas ensuivie ».*

[1098] (Note de Groenewegen) Voir *Libri feudorum*, V, tit. xiii, dans le passage *ex causa* ; Reinking, *De retractu*, quæst. 6, nb 78 et suivants ; Chasseneuz sur la Coutume de Bourgogne, rub. 10, § 9, nb 10 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagmata*, liv. XXVI, cap. 12 ; Matteo d'Afflitto, *De jure protimeseos*, § *licet enim* au-dessus du nb 24 ; Tusch*, Practicæ conclusiones*, vol. 7, concl. 578, nb 16, lettre S. Voyez ci-devant le chapitre 17, §§ 19 et 20.

est donné est trouvé être défectueux, ainsi, une restitution ou une compensation a lieu [1100], tel que cela est dit de l'achat.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1099 de Groenewegen van der Made**

De façon générale, quand un statut parle des achats, dans le doute, il ne doit pas être étendu aux échanges et il n'y a pas lieu à un retrait, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 39, nb 56. En effet, par un tel échange, il enseigne de ne renoncer en rien quant à son droit, parce que le bien échangé succède à la place des biens échangés ; ce qui est vrai, bien que le testateur ait grevé les biens successoraux d'un fidéicommis et ait interdit que ceux-ci soient aliénés, parce que, de nouveau, le bien échangé succède à la place du bien qui se voit interdire d'être aliéné. Ce qui est limité en retour, voir Berlich, concl. 39, nb 57 et suivant, et assurément, l'aliénation est à peine plus souvent en accord avec l'affection du testateur, à raison de laquelle il a interdit l'aliénation.

Il est aussi débattu longuement chez le même auteur, nb 63, 64 et suivants, [de savoir] si un droit de préférence aura lieu dans une dation paiement, une transaction, un partage, une location, etc. ce qui est refusé ; en effet, les statuts qui permettent le droit de retrait sont odieux et c'est pourquoi ils ne doivent pas être étendus d'une chose à l'autre, voir de même [Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 39], nb 55 et 56 ; van Zurk, *Codex Batavus*, [au mot *Naesting* - "Retrait", art. 2], p. 539 [éd. 1711]. Mais, pour une dation en paiement, ce droit n'est pas éteint, comme je l'ai relevé ci-dessus liv. III, chap. XVI, § 12, sur la note 643. Cela triomphe autrement pour l'échange et ainsi a-t-il été aussi répondu quant au droit hollandais, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandi-orum*, part. II, cons. 68, p. 116, et part. V, cons. 153, p. 413. Dans le duché de Brabant, cependant, pour une donation et un échange, Anselmo, sur l'Édit perpétuel [de 1611], art. 37, § 21, signale qu'il y alieu au retrait et Parladorio, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, diff. 109, § 4, nb 4, raisonne quant au droit commun, ce que Mornac, sur D. 19, 4 *(De l'échange de biens)*, nie cependant, à moins que la coutume ne statue autre chose.]

§ 7. *Donner* est entendu dans cette affaire d'une façon telle qu'il transfère la propriété [1101].

Le texte cité des *Libri feudorum* est une constitution de Frédéric II, dont l'extrait visé est le suivant : *« À partir de la cause d'une dot, cependant, d'une donation à raison des noces, d'une simple donation, d'une donation à cause de mort ou d'un testament, avec un achat ou une transaction, tous les parents et les étrangers peuvent aliéner, à moins que quelqu'un, en vendant ou en louant à celui qui n'avait pas un droit* προτιμησεως *- de préférence -, de façon simulée n'ait donné ou fait un legs ».*

[1099] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 1 pr- §§ 1-4 et ici, Wesembeck, *Paratitla.*

Le texte cité a été présenté plus haut dans la note 91.

[1100] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 2 ; C. 4, 64, 1 et D. 21, 1, 19 § 5.

Extrait du livre V *Sur Plautius* de Paul : *« Aristo dit que, parce que l'échange est voisin de l'achat, un esclave en bonne santé, aussi libre de vols et de crimes et non fugitif, doit être procuré qui, à partir de cette position, est remis ».*

Constitution de Gordien adressée au soldat Thraseas et donnée en 238 : *Si, alors que ton oncle paternel avait eu une possession à vendre, ton père a donné au titre du prix (quoique non dans la mesure évaluée) une autre possession, qu'il l'a préparée, que l'on n'a pas été évincé par une injustice du juge, ni par la faute de ton père, ce n'est pas sans juste titre que tu désires poursuivre à l'exemple d'une action sur le fondement de l'achat* (ex empto) *ce qui est de ton intérêt. En revanche, si, alors qu'il n'y avait pas de possession vénale, un échange a été fait, et que ce qui a été fourni par l'adversaire n'a pas été dépossédé, tu réclameras avec raison que soit restitué ce qui a été donné, si tu as choisi cela ».*

Extrait du livre I[er] *Sur l'Édit de l'édile curule* d'Ulpien : *« 5 - Ensuite, les édiles disent : "à l'acheteur et à tous ceux auxquels ce bien appartient, nous accorderons l'action". Ils offrent à l'acheteur l'action, et aux héritiers de celui à l'ensemble du droit duquel ils succèdent. Nous devons recevoir comme acheteur celui qui, pour un prix, achète. Mais, si quelqu'un a fait un échange, il faut dire que les deux sont tenus à la place de l'acheteur et du vendeur et que les deux peuvent, sur le fondement de cet Edit, faire valoir leurs droits en justice ».*

[1101] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 1 § 3 ; D. 45, 1, 75 § 10 ; D. 50, 17, 167 pr ; *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 4.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - C'est pourquoi Pedius dit que celui qui donne le bien d'autrui ne contracte aucun échange ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - Cette stipulation : "[promets-tu] que le bien-fonds Tusculan soit donné ?" montre qu'elle appartient à quelque chose de certain et contient que la propriété sera totalement faite celle du stipulant de n'importe quelle manière ».*

§ 8. Tant qu'il n'est pas donné ni fait, ainsi, dans des contrats de cette sorte, il est entendu qu'aussi bien l'un que l'autre peut avoir un regret [1102], par lequel ce contrat, proprement, come aussi certains autres contrats (dont il est parlé ci-devant [1103]) reçoivent leur perfection à travers un échange de bien [1104] ; cependant, dans le cas où la promesse n'était pas clairement faite d'une façon telle que tout regret en fût exclu, ainsi, chez nous, de telles promesses auraient une pleine force [1105].

[**Note de Willem Schorer**

Tant que etc. La chose étant encore entière, si rien d'autre n'est convenu entre les parties, l'auteur a déjà enseigné ci-dessus liv. III, chap. VI, § 11, dans la note 364, qu'il y avait lieu à un regret. Cependant, dans les usages, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 4, nb 6, et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 12, 4 *(De la condiction, la cause ayant été donnée et ne s'étant pas ensuivie)*, 5, réprouve toute condiction à partir du chef d'un regret, parce qu'aujourd'hui, l'action pour un accomplissement naît d'un pacte nu, bien que la tradition ne soit pas intervenue ; cela est aussi vrai dans le droit canonique, pourvu que l'autre se soit préparé à accomplir ce qu'ils ont égréé dans le pacte, voir Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionbus*, lib. I, tit. 8, nb 18, et l'auteur dans le § suivant, dans la note 1110.]

§ 9. Celui qui, de son côté, a déjà accompli quelque chose, ainsi, quand l'autre ne l'a pas encore accompli, a le droit de contraindre l'autre à l'accomplissement de ce qui était dit [1106] ou, toujours, de ce qui qui était fait pour celui qui a accompli [1107]. Cependant, lorsque la

---

Extrait du livre XLIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« N'est pas considéré comme donné ce qui, au moment où on le donnait, n'est pas devenu la propriété de celui qui le reçoit ».*

« § 4. Car, si, à celui auquel, à partir d'une juste cause, quelque bien a été délivré, comme à partir d'une cause d'achat, de donation, de dot ou de legs, il ne devient pas encore le propriétaire de ce bien si, avec un accident de ce bien, il a perdu la possession, il n'a aucune action directe sur le bien (in rem) *pour poursuivre ce bien ; mieux, les actions ont été produites selon le droit civil d'une façon telle que quelqu'un revendique sa propriété. Mais, parce qu'assurément, il est dur dans ce cas que l'action fasse défaut, a été trouvée par le préteur une action dans laquelle celui-ci dit que celui qui a perdu la possession prenait ce bien avec un droit d'usage et qu'il revendique ainsi qu'il est le sien. Cette action est appelée l'action Publicienne, parce qu'en premier lieu, par le préteur Publicius dans son Édit, elle a été exposée ».*

[1102] (Note de Groenewegen) Voir D. 12,4, 5 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 2-3. Voyez Maestert, *De justitia legum Romanarum*, liv. I, cap. 3 ; Rittershuys, *De differentiis juris civilis et canonici*, liv. III, cap. 10 à la fin.

[1103] (Note de l'éditeur) Voir le chapitre VI, § 11.

[1104] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 1 § 2.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - De même, l'achat et la vente, avec la seule volonté de ceux qui y consentent, se contractent, mais l'échange, à partir de la livraison du bien, fait naître le début [de l'opération d'échange] ; [il en va] autrement, si le bien n'a pas encore été livré, avec le simple consentement, nous dirons que l'obligation est établie, ce qui a été reçu seulement pour ce qui n'a pas son propre nom, comme pour l'achat et la vente, l'offre de bail et la prise de bail, le mandat ».*

[1105] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 53 *(Des chirographes et des obligations)*, art. 4 ; D. 19, 4, 3 à la fin ; Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur D. 12, 4 *(De la condiction, la cause ayant été donnée et ne s'étant pas ensuivie)*, 5.

[1106] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 4 ; C. 4, 9, 4.

Extrait du livre XXXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, en recette, a porté [quelque chose] pour son débiteur, alors que l'on n'a pas convenu qu'il donne un garant et que celui-ci ne la pas donné, il peut être dit qu'il peut y avoir une condiction pour celui qui, avec la recette, a été libéré ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Alexander et donnée en 294 : *« Si n'a pas été payé ce que, comme une recette, tu as écrit avoir pris en prêt, en montrant que le délai fixé n'est pas encore passé ou que, dans ce délai, la contestation a été tenue, tu peux réclamer que la garantie soit rendue avec la connaissance du gouverneur ».*

[1107] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 9, 1 ; D. 19, 5, 5 § 1. Voyez en outre ci-devant le chapitre III, note **94**.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Ulpius et donnée en 294 : *« Bien qu'avant le temps, ce qui est dû ne puisse pas être réclamé, cependant, si le gouverneur de la province a découvert que, d'un primipile, tu avais été établi débiteur du fisc et que ton patrimoine avait été épuisé, de sorte qu'il soit considéré que pour la sécurité du paiement, seul le secours de l'argent prêté subsistait, il avertira ton débiteur, si, à tout le moins, celui-ci même est solvable, afin qu'avant le délai déterminé, il te paie comptant ce qui est dû, de sorte qu'au fisc, dont il faut qu'à raison des nécessités publiques, la cause soit plus forte, l'argent dû soit acquitté ».*

première exécution consiste dans le fait de donner, ainsi, celui qui a accompli a le choix [de voir] s'il veut contraindre l'autre comme il est dit, ou s'il veut redemander ce qu'il lui a donné [1108], à savoir dans le cas où l'autre, de son côté, n'a pas encore commencé à *faire* ou à *donner* et pour cela, est dans son entier ou, assurément, peut être tenu facilement sans dommage [1109]. **[402]** La même chose a aussi lieu dans le cas où l'autre, de son côté, a délivré

Extrait du livre VIII des *Questions* de Papinien : *« 1 - Labéon écrit qu'au propriétaire des marchandises, contre le patron du navire, s'il est incertain [de savoir] s'il a pris à bail le navire ou s'il a loué [un emplacement] pour transporter ses marchandises, l'on doit donner une action civile en fonction des circonstances du fait* (in factum) *».*

[1108] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 19, 5, 5 § 1 ; C. 4, 64, 4, 5 et 7.

Pour la première référence ici donnée, voir la note précédente.

Constitution de Dioclétien adressée à Leontius (sans date) : *« Alors qu'avec tes prières, tu as exprimé le souhait d'un échange entre toi et un autre était intervenu et que ce bien-fonds donné par toi était vendu, contre l'acheteur, certes, tu as vu que tu n'avais aucune action, du fait que, de celui-ci, il avait reçu la propriété, [lui] auquel tu n'as pas nié que tu avais livré au titre de l'échange. 1 - Selon la foi de ton souhait, si la stipulation s'est ensuivie, tu ne te verras pas interdire de citer à comparaître le successeurs de celui avec lequel tu as eu le contrat ; mais, si aucune stipulation n'est intervenue, avec l'action "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *pour que la foi du souhait soit observée ou que ce que tu as donné pour la réception du bien-fonds de l'autre, la cause ne s'étant pas ensuivie, soit rendu ».*

Constitution de Dioclétien adressée à Theodolana (sans date) : *« Parce que tu affirmes que ton père, à celui vis-à-vis de la prière duquel pour des biens-fonds, sous cette condition, avait donné un bien-fonds, [à savoir] que, réciproquement, il recevrait une maison, ayant été abordé, le gouverneur de la province, ordonnera que celui-ci obéisse au souhait ou, s'il n'avait pas envisagé de suivre la cause à raison de laquelle le bien-fonds a été donné, qu'à raison d'une condiction, il rende ce qui a été donné, comme tu le demandes ».*

Constitution de Dioclétien adressée à Timotheus et donnée en 294 : *« On a autrefois agréé que l'achat, pour des biens, ne pouvait pas être fait. En conséquence, alors que tu soutiens que tu as donné une certaine mesure de blé à Callimaque et Acatatus, afin qu'il te paient comptant un poids d'huile désigné, si, au souhait sans la solennité d'une stipulation, ils ne montrent pas la foi, combien tu as, donné, la cause ne s'étant pas ensuivie, tu peux, à la faveur de ton désir, le réclamer avec une condiction ».*

[1109] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 5.

Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : *« Si tu as reçu de l'argent pour aller à Capoue, qu'ensuite, t'étant préparé à te mettre en route, la condition du moment ou d'une maladie est venue empêcher que tu te mettes en route, il faut voir si tu pourras agir avec une condiction ; et, du fait que cela n'a pas dépendu de toi, il peut être dit que la réclamation cesse ; mais, du fait qu'il est permis de regretter à celui qui l'a remis, sans aucun doute, sera réclamé ce qui a été remis, à moins, peut-être, qu'il ait été de ton intérêt que tu n'aies pas, à raison de cette cause, reçu l'argent. Car, si la chose se trouve d'une façon telle que, bien que tu ne te sois pas encore mis en route, qu'ainsi, cependant, tu as arrangé l'affaire, de sorte que, nécessairement, tu aies à te mettre en route ou bien que, les dépenses qui étaient nécessaires pour le voyage, tu les aies déjà faites, de sorte qu'il est clair que tu as plus dépensé que tu as reçu, la condiction cessera ; mais, s'il a été dépensé moins, la condiction aura lieu, cependant, d'une façon telle qu'une indemnité te sera payée pour ce que tu as dépensé. 1 - Si quelqu'un a livré un esclave à quelqu'un d'une façon telle que, par lui, dans un certain délai, il soit affranchi, s'il a regretté celui qu'il a livré, que, sur cela, il l'a rassuré et qu'il a été affranchi après le regret [exprimé], cependant, une action, à raison du regret, se présente à celui qui l'a remis. Clairement, s'il ne l'a pas affranchi, la constitution vient à la suite et fait qu'il soit libre, si [le maître] n'a pas encore regretté celui que, pour cela, il a donné. 2 - De même, si quelqu'un, à Titius, a donné dix pour acheter un esclave et l'affranchir, qu'ensuite, il le regrette, si, certes, il n'a pas encore été acheté, le regret fournira une condiction, s'il lui est rendu clair que, si, par la suite, il l'achète, du dommage, il sera affecté ; mais, s'il a déjà été acheté, le regret ne fait pas injure à celui qui le rachète, mais, à la faveur des dix qu'il a reçus, il restituera l'esclave lui-même qu'il a acheté ou, s'il est exposé qu'antérieurement, il était mort, il ne paiera rien, si seulement, par son biais, cela n'a pas été fait. S'il a fui et que cela arrive avec la faute de celui qui l'a racheté, il ne paiera rien ; clairement, il faut que celui-ci donne garantie que, si, sous sa puissance, il est arrivé, il sera rendu. 3 - Mais, s'il a reçu l'argent pour affranchir l'esclave et que ce dernier a fui avant d'être affranchi, il faut voir si l'on pourra, avec une condiction, réclamer ce qu'il a reçu. Et, si, certes, il va vendre cet esclave et qu'à cause de cela, il ne l'a pas vendu, ce qu'il aura reçu pour l'affranchir, il ne faut pas que cela lui soit réclamé avec une condiction ; clairement, il donnera garantie que, si, sous sa puissance, l'esclave est arrivé, il rendra ce qu'il a reçu, avec cela en moins que l'esclave est devenu d'un plus bas prix à raison de sa fuite. Clairement, si, encore, veut l'affranchir celui qui l'a donné, mais que celui-là, à raison de sa fuite, offensé, ne veut pas l'affranchir, il faut qu'il rende tout ce qu'il a reçu. Mais, si celui-ci choisit, [lui] qui a remis les dix, d'obtenir l'esclave lui-même, il est nécessaire que celui-ci soit remis ou que, ce qu'il a donné, soit rendu. S'il n'allait pas le vendre, il faut que ce qu'il a reçu lui soit rendu, à moins, peut-être, que, plus soigneusement, il ne l'ait eu. S'il n'a pas reçu [l'argent] pour l'affranchir, alors, en effet, il n'est pas juste que ce dernier, de l'esclave et de tout son prix, soit privé. 4 - Mais, quand il a reçu [l'argent] pour l'affranchir et qu'ensuite, l'esclave est mort, si, certes, il a commis un retard pour l'affranchissement, il est logique que nous disions que celui-ci reverse ce qu'il a reçu ; s'il n'a pas commis de retard, mais qu'il s'est mis en route [pour aller] chez le gouverneur ou chez celui qu'il peut affranchir et que l'esclave, sur la route, est mort, il est plus vrai que, si, certes, il va être vendu ou que, de lui, lui-même usera, il faut que l'on dise que celui-ci ne doit rien reverser. Le fait est que, si rien de cela ne va être fait, envers lui-même, encore, l'esclave est mort ;*

quelque chose dont la propriété est évincée [1110] ; car, alors, le contrat est tenu de ce côté pour non accompli ; mais, dans le cas où ce qui était d'abord donné n'était pas le propre du donateur, ainsi, le contrat serait tenu pour nul [1111] ; mais il pourrait réclamer ce qui a été donné comme donné sans cause légale selon ce qui est dit un peu pour cela [1112].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel sur les §§ 8 et 9**

DCCXCVIII. Du fait que, dans les contrats innomés, il y a lieu à un regret pour la raiso,n que l'action ne naît pas d'un pacte nu, voir en argument D. 19, 4 *(De l'échange des biens)*, 1 § 2 dans le passage *alioquin etc.* - "autrement etc." joint à D. 2, 14 *(Des pactes)*, 7 pr, §§ 2 et 4, et cette raison cesse chez nous (thèse CDLXXXXIV), notre doit ne semble pas permettre ce regret.]

§ 10. Celui qui a promis de donner en retour quelque chose de certain pour un acte ou un don est libéré par la destruction de la chose promise pour autant que la livraison ou que ce qui était compensé regarde l'autre [1113], mais celui qui n'a pas encore reçu peut réclamer ce qui est donné par lui comme il est dit.

---

en effet, il s'en irait, s'il ne l'avait pas reçu pour l'affranchir, à moins, peut-être, que le voyage [fait] pour l'affranchissement n'ait fourni l'occasion de la mort, de sorte que, par des brigands, il ait été tué, qu'avec un écroulement, dans une écurie, il ait été écrasé, qu'avec un chariot, il ait été broyé ou par quelque autre moyen, avec lequel il ne serait pas mort, si, à raison de l'affranchissement, l'on ne s'était pas mis en route ».

[1110] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 16 ; C. 4, 64, 2

Extrait du livre III des *Digestes* de Celsus : *« Je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus ; ce type de contrat est-il pour partie un achat et une vente ou bien n'y a-t-il ici aucune autre obligation que celle de donner pour [obtenir] un bien* (datio ob rem*), l'affaire ne s'étant pas ensuivie ? Ce à quoi je suis plus enclin ; c'est pourquoi, si Stichus est mort, je peux réclamer ce que je t'ai donné pour que tu me livres Stichus. Imagine que Stichus soit à autrui, mais que, cependant, tu l'aies livré ; je pourrai réclamer de toi l'argent, parce que tu n'as pas fait de l'esclave la propriété de celui qui l'a reçu ; et en retour, si Stichus est tien et que tu ne veux pas promettre en faveur de son éviction, tu ne seras pas libéré, empêchant que, de toi, je puisse réclamer l'argent ».*

Constitution de Dioclétien adressée à Primitiva (sans date) : *« Il n'est pas d'un droit inconnu que l'échange, en tant que la chose étant elle-même de bonne foi, comme tu le rappelles, occupe la place d'un achat ».*

[1111] (Note de Groenewegen) Voir D. 19, 4, 1 § 3.

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - C'est pourquoi Pedius dit que celui qui donne le bien d'autrui ne contracte aucun échange ».*

[1112] (Note de Groenewegen) Voir le chapitre précédent, § 3, note **44**.

[1113] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 4, 5 § 2 ; D. 19, 5, 17 § 1 ; D. 45, 1, 23, 33 et 91, et tout le titre et sur tout cela, les docteurs ; D. 44, 7, 45 ; les docteurs sur C. 4, 2 (*Si [un montant] certain est demandé)*, 11 ; Bronckhorst, *Centuriæ*, cent. 2, assert. 35, à la fin.

Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : *« 2 - De même, si quelqu'un, à Titius, a donné dix pour acheter un esclave et l'affranchir, qu'ensuite, il le regrette, si, certes, il n'a pas encore été acheté, le regret fournira une condiction, s'il lui est rendu clair que, si, par la suite, il l'achète, du dommage, il sera affecté ; mais, s'il a déjà été acheté, le regret ne fait pas injure à celui qui le rachète, mais, à la faveur des dix qu'il a reçus, il restituera l'esclave lui-même qu'il a acheté ou, s'il est exposé qu'antérieurement, il était mort, il ne paiera rien, si seulement, par son biais, cela n'a pas été fait. S'il a fui et que cela arrive avec la faute de celui qui l'a racheté, il ne paiera rien ; clairement, il faut que celui-ci donne garantie que, si, sous sa puissance, il est arrivé, il sera rendu ».*

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si je t'ai remis des perles à évaluer pour que tu m'apportes les mêmes ou leur prix, qu'ensuite, celles-ci ont péri avant la vente, à qui revient le risque ? Labéon dit que, et c'est ce que Pomponius a écrit, si, certes, moi, le vendeur, je te l'ai demandé, le risque est le mien ; si toi, [tu me l'as demandé], [il est] le tien ; si aucun de nous deux [ne l'a demandé], mais seulement, si nous y avons consenti, tu en es tenu jusqu'à seulement, me garantir le dol et la faute. Mais l'action, sur le fondement de cette cause, sera en tout cas "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis) *».*

Le titre 1 du livre 45 est consacré aux contrats qui se forment par un échange de paroles, les contrats *verbis.*

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, sur le fondement d'une cause de legs ou d'une stipulation, tu me dois un certain esclave, tu ne seras pas tenu après sa mort envers moi autrement que s'il avait tenu à toi d'empêcher de me le donner de son vivant ; il en est ainsi, si, toi ayant été requis, tu ne me l'as pas remis ou que tu l'as tué ».*

Extrait du livre XXV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si Stichus, dont on a promis qu'il soit donné à un jour fixé, vient à mourir, le promettant n'est pas tenu ».*

Extrait du livre XVII *Sur Plautius* de Paul : *« Si j'ai stipulé un esclave et qu'aucun retard n'intervenant, cet esclave est décédé, si le promettant l'a certes tué, la chose est claire. Mais, si au contraire, il néglige l'esclave affaibli, comme dans la*

§ 11. Nous rapportons ces contrats à une cause d'inégalité plutôt qu'à un enrichissement, parce qu'il peut arriver que d'un côté, quelque chose soit fait là où, par l'autre, il n'y a pas de profit et, cependant, celui qui a fait en est préjudicié, laquelle chose est suffisante dans cela pour une obligation, bien que, communément, l'autre cause, à savoir un enrichissement, s'y ajoute.

*

Chapitre XXXII
Des obligations [nées] d'un délit en général [1114]

---

revendication d'un esclave, quand il a été négligé par son possesseur, au titre de cette faute, au titre de la faute de celui-ci, le possesseur est-il tenu, de même, [quand il a ainsi promis qu'il soit donné] ou de sa faute, pour ce qui touche la stipulation, devra-t-elle être reçue de faire et non de ne pas faire ? C'est ce qu'il faut plus approuver, parce que celui qui a promis que soit donné est tenu de donner, non de faire. 1 - Mais, si le bien se trouve certes dans les choses humaines, mais qu'il ne peut être donné, comme par exemple un bien-fonds religieux, devenu sacré, un esclave affranchi ou aussi s'il est capturé par des ennemis, la faute est jugée de cette façon, de sorte que, si certes, le bien du promettant lui-même existait au moment de la stipulation ou par la suite, s'il leur arrive quelque chose, il ne soit pas moins tenu et la même chose sera faite si, par le biais d'un autre, après qu'il a été aliéné par ce dernier, cela lui arrive. Mais, s'il était celui d'un autre que quelque chose de tel lui arrive, il n'en est pas tenu, parce qu'il n'a rien fait, à moins qu'après qu'il a retardé le paiement, quelque chose de cette sorte n'arrive ; Julianus suit cette distinction. De même, si l'esclave qui appartenait au promettant, à partir de la raison précédente, lui avait été enlevé, parce qu'il devait être affranchi, il doit être tenu de la même manière que s'il avait promis un autre, parce que, sans le fait de ce dernier même, il a cessé de lui appartenir. 2 - Au sujet de celui-ci, on demande si celui qui ne sait qu'il le doit l'a tué est tenu ; c'est ce que pense Julianus pour celui qui, alors qu'il ne savait pas que l'on réclamait de lui dans un codicille de le rendre, l'affranchit. 3 - Il s'ensuit que l'on voit de ce que les anciens ont établi que, chaque fois qu'intervient une faute du débiteur, son obligation devient perpétuelle, comment cela doit être entendu. Et, si certes, le promettant a fait en sorte d'empêcher que l'on puisse payer, la disposition a une application effective ; mais, s'il est seulement en retard, on hésite [de savoir], quand il n'est pas en retard par la suite, si le retard précédent est éteint. Et Celsus le Jeune écrit que celui qui a commis un retard en acquittant Stichus qu'il avait promis, pouvait corriger ce retard en le présentant par la suite ; c'est là, en effet, une question [à juger] en équité ; en général, sur ce type [de cas], dit-il, on se trompe sous l'autorité d'une connaissance du droit de façon pernicieuse. Et assurément, il y a cette opinion probable que Julianus, certes, suit ; car, alors que l'on s'interroge sur le dommage et que la cause de chacun des deux est égale, pourquoi celui qui détient ne serait-il pas plus fort que celui qui poursuit ? 4 - Maintenant, voyons pour quelles personnes cette disposition a lieu. Cet examen est double, de sorte que nous demandions en premier lieu quelles personnes rendent perpétuelle l'obligation, ensuite, à qui la présenter. Mais en tout cas, le débiteur principal perpétue l'obligation ; il est douteux [de savoir] si les ajouts la perpétuent. Il a plu à Pomponius qu'ils la perpétuent ; pourquoi, en effet, par son fait, le garant supprimerait-il son obligation ? L'opinion de ce dernier est vraie ; c'est pourquoi est perpétuée l'obligation tant d'eux-mêmes que de leurs successeurs. Envers leurs ajouts aussi, c'est-à-dire, envers les garants, ils perpétuent l'obligation, parce qu'ils ont promis sur toute la cause. 5 - Il faut envisager si le fils de famille qui a promis sur l'ordre de son père, en tuant l'esclave, présente l'obligation de son père. Pomponius pense qu'il la présente, à savoir comme si celui qui ordonnait entendait l'ajout. 6 - L'effet de cette disposition est le suivant, afin que l'on puisse encore réclamer l'esclave ; mais on croit que la recette peut lui être apportée et que le garant est reçu au titre de son obligation. Mais il est douteux [de savoir] si cette obligation peut être novée, parce que nous ne pouvons stipuler ni l'esclave qui n'existe pas, ni l'argent qui n'est pas dû. Moi, je pense qu'une novation peut être faite, s'il a été fait entre les parties ce qui, à Julianus, agrée ».

[1114] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, v *(Des obligations qui, comme d'un délit, naissent).*

« Si le juge a fait le procès sien, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas considéré avoir été obligé. Mais, parce qu'à partir d'un contrat, il n'a pas été obligé net, en tout cas, est entendu avoir mal fait quelque chose, bien que par imprudence, pour cette raison, il est considéré, comme à partir d'un délit, être tenu et, sur autant, quant à cette chose, qu'il sera considéré juste à la religion de celui qui juge, il supporteras une peine. § 1. De même, celui à partir de l'appartement duquel, propre de celui-ci même, loué ou dans lequel i habitait à titre gratuit, quelque a été jeté ou déversé d'une façon telle qu'à quelqu'un, cela porte un préjudice, comme à partir d'un délit, est entendu obligé ; c'est pourquoi, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas entendu obligé, parce qu'en général, à raison de la faute d'un autre, il est tenu, d'un esclave ou d'une personne libre. À celui-ci, est semblable celui qui, dans cette partie dans laquelle, communément, on fait ordinairement route, a disposé ou suspendu ce qui peut, si cela est tombé, à quelqu'un, porter un préjudice ; dans ce cas, une peine de dix pièces d'or a été établie. Mais, quant à ce qui a été jeté ou déversé, l'action a été établie au double d'autant que le dommage aura été causé. Mais, à raison de l'homme libre tué, une peine de cinquante pièces d'or est établie ; s'il vit et qu'il est réputé lui avoir été porté préjudice, à autant qu'à raison de cette affaire, il est considéré juste pour le juge, l'action est accordée ; en effet, le juge doit compter la rémunération payée du médecin et les autres dépenses qui, pour le soin, ont été faites, en outre, des services avec lesquels il a guéri ou va guérir à raison de ce qui a été fait comme inutile. § 2. Si un fils de famille, séparément de son père, a habité et que quelque chose, à partir de l'appartement de celui-ci, a été jeté ou déversé, qu'il ait eu quelque chose de disposé ou suspendu dont l'accident est dangereux, à Julianus, il a agréé que,

§ 1. Nous avons parlé d'une inégalité causée *amiablement*, venons-en à l'inégalité causée *non amiablement*.

[403] § 2. Celle-ci est (comme il est dit [1115]) est de deux sortes, ou par un *délit manifeste* [1116] ou par une *interprétation de la loi* [1117].

§ 3. Un DÉLIT est *un acte ou une omission, provenant de soi-même ou non permise par quelque loi.*

§ 4. *Ou une omission* : car aussi, l'omission de ce que l'on est tenu de faire est un délit [1118].

§ 5. *Provenant de soi-même* : comme l'un, de prendre le sien ou qui endommage un autre contre sa volonté ou l'empêche de faire, [le fait] de ne pas tenir sa parole, de ne pas faire ce que la fonction reçue de quelqu'un réclame et, en outre, tout ce qui combat la raison qui est présente et confirmée par le droit naturel [1119].

---

contre le père, il n'y avait aucune action, mais que, contre le fils lui-même, il fallait agir en justice. Cela, pour le fils de famille juge, doit être observé, [lui] qui a fait le procès sien. § 3. De même, l'armateur de navire, l'aubergiste ou le maître décurie, quant au dol ou au vol qui, dans le navire, l'auberge ou l'écurie, aura été fait, comme à partir d'un délit, est considéré être tenu, si seulement, il n'y a aucun délit de celui-ci, mais [celui] de quelqu'un de ceux avec le service duquel il exploite le navire, l'auberge ou l'écurie ; en effet, du fait qu'à partir d'un contrat, n'a pas été établie contre lui cette action et que, jusqu'à un certain point, il est accusé de la faute, parce que, du service de mauvais hommes, il usera, pour cette raison, comme d'un délit, il est considéré être tenu. Dans ces cas, une action en fonction des circonstances du fait (in factum) *se présente qui, à l'héritier, certes, est donnée, mais, contre l'héritier, elle ne se présente pas ».*

[1115] (Note de l'éditeur) Voir chapitre XXXI, § 1, et ce chapitre XXXII, § 23.

[1116] (Note de Groenewegen) Voir ledit titre [v du livre IV des *Institutes de Justinien*].

[1117] (Note de Groenewegen) Voir ledit titre [v du livre IV des *Institutes de Justinien*].

[1118] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 121 et là, Decio et Cagnolo. Voir ici [dans ce chapitre] le § 14.

Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Celui qui ne fait pas ce qu'il doit faire est considéré agir contre cela, parce qu'il ne le fait pas ; et celui qui fait ce qu'il ne doit pas faire n'est pas considéré faire ce qu'il s'est vu ordonner de faire ».*

[1119] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, § X.

« X. 1. Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'un action, suivant qu'elle est conforme ou non à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire et que, conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne.

2. Les actes à propos desquels se manifeste cette règle sont, par eux-mêmes, ou d'obligation, ou illicites, et comme tels ils sont censés nécessairement ordonnés ou défendus par Dieu. Voilà en quoi ce droit diffère non seulement du droit humain, mais aussi du droit divin volontaire, qui ne prescrit pas ou ne prohibe pas des choses obligatoires ou illicites par elles-mêmes et de leur propre nature, mais qui rende ces choses illicites en les interdisant, et d'obligation en les commandant.

3. Il faut remarquer, pour l'intelligence du droit naturel, qu'il y a certaines choses qu'on attribue à ce droit d'une manière impropre, mais - suivant l'expression qu'affectionnent les Scholiastes - par réduction, auxquelles le droit naturel n'est pas formellement contraire. C'est ainsi que nous avons dit tout à l'heure qu'on qualifie de justes les choses exemptes d'injustice. Quelquefois on rapporte par abus au droit naturel des choses que la raison fait regarder comme honnêtes, ou comme meilleures que celles qui leur sont opposées, quoiqu'elles ne soient pas d'obligation.

4. Il faut savoir de plus que le droit naturel ne regarde pas seulement les choses qui sont en dehors de la volonté des hommes, mais qu'il a aussi pour objet beaucoup de choses qui sont une suite de quelque acte de cette volonté. C'est ainsi que la propriété , telle qu'elle est à présent en usage, a été introduite par la volonté humaine ; mais du moment où elle est introduite, c'est le droit naturel lui-même qui m'apprend que c'est un crime pour moi de m'emparer, contre ton gré, de ce qui est l'objet de ta propriété ». Aussi le jurisconsulte Paul a-t-il dit que le vol est interdit par le droit naturel (cf. D. 47, 2, 1 § 3)*, Ulpien, que c'est une action naturellement déshonnête (…).*

5. Le droit naturel est tellement immuable, qu'il ne peut pas même être changé par Dieu. Quelque immense, en effet, que soit la puissance divine, on peut dire cependant qu'il y a des choses sur lesquelles elle ne s'étend pas ; parce que celles auxquelles nous faisons allusion ne peuvent être qu'énoncées, mais n'ont aucun sens qui exprime une réalité, et sont contradictoires entre elles. De même donc que Dieu ne pourrait pas faire que deux et deux ne soient pas quatre, de même il ne peut empêcher que ce qui est essentiellement mauvais ne soit mauvais. C'est là ce qu'Aristote donne à entendre quand il dit qu'il y a certaines choses dont le nom n'est pas sitôt prononcé, que l'on conçoit qu'elles soient vicieuses. Car comme l'essence des choses, dès qu'elles existent, et de la manière qu'elles existent, ne dépend plus d'ailleurs, il en est de même des qualités qui sont la conséquence nécessaire de cette essence ; or, telle est la malignité de certaines actions comparées avec une nature douée d'une saine raison. Aussi Dieu lui-même souffre-t-il que l'on juge de lui d'après cette règle, ainsi qu'on le voit dans la Genèse (18, 25, Ésaïe (5, 3), Ézéchiel (18, 25), Jérémie (2, 9), Michée (6, 2), Romains (3, 6).

6. Il arrive cependant parfois, dans les actes à propos desquels le droit naturel a prescrit quelque chose, une espèce de changement qui trompe les inattentifs, puisqu'en effet ce n'est pas le droit naturel qui change, lui qui est immuable, mais c'est la chose à l'égard de laquelle le droit naturel a statué, qui subit le changement. Prenons un exemple : si mon créancier me tient quitte

§ 6. *Par quelque loi* : que ce soit [celle] des hommes en général, la loi civile, la loi du pays ou le droit local ; car la raison et le droit naturel nous enseignent qu'aucune communauté ne peut subsister sans lois communes [1120] et, pour cela, agissent déraisonnablement celles qui ne s'y conforment pas [1121].

§ 7. D'un délit, peut naître une obligation de deux sortes : l'une à une peine, l'autre à un rétablissement de l'inégalité. L'obligation à une peine naît bien de quelque loi et du droit naturel en général, puisque la raison nous enseigne que, dans cette méchanceté du monde, on ne peut pas empêcher les délits, si ce n'est par crainte [1122], laquelle crainte ne peut pas être mise en route autrement que par quelque souffrance que l'on fait au délinquant attrapé ; mais la limite doit venir de quelque loi positive [1123] ; car de quelle manière telle ou telle chose sera punie ne peut pas être fixée autrement que par une intervention de quelque entendement et volonté. Maintenant, il y a que Dieu n'a donné une loi pénale de cette sorte à aucun peuple **[404]** autrement qu'aux Juifs, laquelle loi aussi a cessé avec la disparition de leur statut civil [1124]. Tous les hommes ne sont là-dessus jamais venus à un accord [1125]. Cela

---

de ce que je lui dois, je ne suis plus tenu de lui rien payer, non pas parce que le droit naturel aurait cessé de me prescrire de payer ce que je dois, mais parce que l'objet de ma dette a cessé d'être dû. C'est ainsi qu'Arrien dit avec raison dans Épictète, qu'il ne suffit pas, pour qu'une somme d'argent soit due, qu'elle ait été donnée en prêt, mais qu'il faut que la dette subsiste encore, qu'elle n'ait pas été éteinte. De même, si Dieu prescrit d'immoler quelqu'un, de le dépouiller de ses biens, non seulement il n'y aura pas là un homicide ou un vol licites – termes qui impliquent l'idée de crime -, mais il n'y aura même ni homicide ni vol, pare que ces actes auront lieu sur le commandement de Dieu, maître suprême de la vie et des biens.

7. Il y a aussi des choses qui sont du droit naturel, non purement et simplement, mais à raison d'une situation déterminée. C'est ainsi que tant que la propriété n'avait pas été introduite, l'usage des choses en commun a été de droit naturel, et qu'on a eu le droit de poursuivre son bien par la force avant que les lois aient été promulguées ». Cf. *Le droit de la guerre* …, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 38-40.

[1120] (Note de Groenewegen) Voir Charondas le Caron, *Pandectes ou Digeste du droict françois*, liv. I, chap. I.

[1121] (Note de Groenewegen) Voir D. 1, 2, 3.

Extrait du livre I[er] des *Institutes* de Marcianus : *« Car l'orateur Démosthène donne la définition suivante :* (texte cité en grec) *"Est une loi celle à laquelle tous les hommes ont convenu d'obéir, d'une part à raison de nombreuses autres choses, d'autre part surtout parce que toute loi est une invention et un don de Dieu, voire la décision d'hommes sages, le châtiment des fautes tant volontaires qu'involontaires et l'accord commun de la cité, suivant lequel tous ceux qui s'y trouvent ont convenu de vivre". Mais Chrysippe, philosophe d'une très grande sagesse stoïcienne, commence ainsi, dans le livre qu'il a fait sur la Loi :* (texte en grec) *"La loi est la reine de toutes les choses divines et humaines ; aussi faut-il qu'elle préside tant aux choses bonnes qu'aux choses mauvaises, elle est le chef et la maîtresse des animaux, [elle] qui a voulu que les affaires politiques soient et de là, elle est la norme du juste et de l'injuste qui commande ce qui doit être fait et interdit ce qui ne doit pas être fait" ».*

[1122] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 19, 16 § 10 ; Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § IX.

Extrait du livre unique *Des peines des civils* de Claudius Saturninus : *« 10 - Parfois, il arrive que les supplices de certains méfaits soient aggravés, chaque fois que, pour le trop grand nombre des personnes qui commettent des brigandages, d'un exemple, il y a besoin ».*

« IX. 1. L'utilité de tout le monde indistinctement, qui était la troisième fin, a les mêmes côtés que celle qui regarde le lésé. Car, d'une part, il s'agit d'empêcher que celui qui a nui à un seul ne nuise à d'autre : ce qui a lieu en le faisant disparaître, ou en l'affaiblissant, ou en le contenant de telle manière qu'il ne puisse nuire, ou en le redressant ; d'autre part, il faut empêcher que d'autres individus, amorcés par l'impunité, ne deviennent nuisibles à d'autres : ce qui s'obtient au moyen de supplices frappant à la vue, que les Grecs appellent παραδειγματα*, les Latins* des exemples*, et qui sont employés afin que la peine d'un seul soit l'objet de la crainte d'un grand nombre ; afin que, par le genre du châtiment, les autres puissent être intimidés - comme parlent les lois - "afin que les autres prévoient et craignent ce qui peut leur arriver, comme dit Démosthène (C. 9, 20, 7 ; C. 9, 27, 1).*

2. La jouissance de ce droit appartient à chacun (…) ». Nous interrompons ici la citation, car Grotius poursuit son exposé par une suite d'exemples tirés des philosophes et de la Bible qui ne sont jamais que des illustrations du principe qu'il a posé dans le premier paragraphe. Cf. *Le droit de la guerre*…, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 462-464 pour l'ensemble de la citation.

[1123] (Note de l'éditeur) Voir liv. I, chapitre III, § 8.

[1124] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. I, §§ 16-17 ; André Rivet, *De casibus conscientiæ decalogi*, quaest. 9 : *Si la loi du décalogue nous concerne* ; Calvin, *Institution de la religion chrétienne*, liv. IV, chapitre 20, §§ 14-16 ; Zepper, *De legibus mosaicis*, liv. I, cap. I-V ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 9 ; van Christijnen, *Decisiones*, vol. 1, decis. 235, nb 2 ; Tiraqueau, *De utroque retractu municipali et conventionali*, præfatio, nb 8-11 ; Bellarmin, *Controversiæ*, tom. 3, controv. 5, liv. I, cap. 27 vers le

début dans le passage *sed est imprimis* ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le § 4, nb 6 et suivants des *Institutes de Justinien*, IV, xviii *(Des jugements publics).*

Nous ne proposerons ici que les passages repris de Grotius et de l'*Institution* de Jean Calvin.

« XVI. 1. De tous les peuples, il n'y en a qu'un seul auquel Dieu ait daigné donner des lois en particulier : c'est le peuple hébreu, auquel Moïse s'adresse en ces termes (Dt 4, 7) *:"Y a-t-il une nation si puissante, qui ait eu des dieux aussi favorables que ne l'est le Seigneur notre Dieu à tous les vœux que nous élevons vers lui ?" "Dieu, dit le Psalmiste* (Ps 147)*, fait connaître sa parole à Jacob, ses institutions et ses lois à Israël. Il n'a agi de la sorte en faveur d'aucune autre nation ; aussi n'ont-elles pas connu ces lois".*

2. Il ne faut pas douter de l'erreur où se trouvent ceux d'entre les Juifs (parmi lesquels Tryphon dans sa dispute avec Justin), qui pensent que même les étrangers, s'ils voulaient être sauvés, devaient subir le joug de la loi hébraïque. Une loi ne peut, en effet, obliger ceux auxquels elle n'a pas été donnée. Or cette loi exprime elle-même à qui elle a été donnée, en disant : "Écoute Israël" ; et partout il y est déclaré que c'est avec les Hébreux que l'alliance a été contractée, que Dieu les a choisis pour être son peuple à lui. La vérité est à ce point reconnue par le fils de Maïmon, qui le prouve d'après un passage du Deutéronome (23, 4).

3. Bien plus, il a toujours vécu parmi les Hébreux certains hommes d'origine étrangère, "pieux et craignant Dieu", tels que la Syrophénicienne (Mt 15, 22) *et ce Corneille* (Act 10, 2) *"qui était au rang des Grecs religieux", ou, selon l'Hébreu, au rang de ceux qu'on appelait "les vertueux des nations", comme on lit au titre* Du Roi (tit. Du sanhédrin, chap. 11) *dans le Thalmud. Ce sont eux qui sont appelés dans la Loi "fils de l'étranger"* (Lév 22, 25)*, "étrangers incirconcis"* (Lév 25, 47)*, et suivant le paraphraste chaldéen, "un habitant incirconcis". Ils étaient tenus, comme le rapportent les documents hébreux eux-mêmes, d'observer les lois donnée à Adam et à Noé ; ils devaient s'abstenir des idoles, du sang, et d'autres choses que nous rappellerons plus loin en leur lieu. Mais leur devoir n'était pas le même, quant aux lois particulières des Israélites. Aussi, tandis qu'il était interdit aux Hébreux de se nourrir de la chair d'une bête morte de mort naturelle, cela était cependant licite aux étrangers qui vivaient au milieu d'eux* (Dt 14, 21). *Il n'y avait d'exceptions que pour les cas où certaines lois avaient spécialement disposé que les habitants étrangers les observeraient non moins que les indigènes.*

4. Il fut permis aux étrangers qui venaient du dehors, et qui n'étaient pas soumis aux institutions hébraïques, d'dorer Dieu et de lui offrir des victimes dans le temple de Jérusalem, en se tenant toutefois dans un lieu particulier et séparé de l'enceinte consacrée aux Israélites (1R 8, 41-43 ; Macc 3, 35 ; Jn 12, 20 ; Act 8, 27). *Élysée n'a jamais fait entendre à Naaman de Syrie, ni Jonas aux Ninivites, ni Daniel à Nabuchodonosor, ni les autres prophètes aux Tyriens, aux Moabites, aux Égyptiens, qu'il fût nécessaire pour se sauver de recevoir la loi de Moïse.*

5. Ce que j'ai dit sur la législation de Moïse en général, je l'entends aussi de la circoncision, qui servait comme d'introduction à la loi. Il n'y a qu'une seule différence : c'est que les Israélites seuls étaient soumis à la loi de Moïse, tandis que l'obligation de la circoncision était imposée à toute la postérité d'Abraham. Voilà pourquoi nous lisons dans les histoires des Hébreux et des Grecs, que les Iduméens avaient été contraints par les Juifs à recevoir la circoncision. Aussi est-il vraisemblable que les peuples qui, en dehors des Israélites, ont été circoncis (et il y en eut plusieurs, que mentionnent Hérodote, Strabon, Philon, Justin, Origène, Clément d'Alexandrie, Épiphane, Jérôme), sont descendus d'Ismaël, d'Esaü ou de la postérité de Céthura.

6. Au reste, quant aux autres, il y avait à leur appliquer ce passage de Saint Paul (Rom 2, 14) *; "Lorsque les nations qui n'ont pas la foi font par leur propre nature - c'est-à-dire par les mœurs qu'elles ont puisées dans cette source originelle, à moins qu'on n'aime mieux rapporter ce mot de* nature *à ce qui précède, afin d'opposer les gentils aux Juifs, à qui dès leur naissance on donnait une notion de la loi -, lorsqu'elles font naturellement les choses que la loi commande, les membres de ces nations n'ayant pas la Loi s'en tiennent lieu à eux-mêmes ; puisqu'ils montrent ainsi que ce qui fait la matière de la Loi est écrit dans leur esprit, leur conscience leur rendant en même temps témoignage, et leurs pensées s'accusant ou se défendant tour à tour". Voici un autre passage du même apôtre* (Rom 2, 26) *: "Si le prépuce - c'est-à-dire l'homme incirconcis - observe ce que commande la loi, son prépuce ne sera-t-il pas regardé comme une circoncision ?" C'est donc avec raison que dans l'histoire de Josèphe* (Ant. Jud., liv. XX, chap. 2)*, que le Juif Ananias enseignait à Izate Asiabénien - appelé Ézate par Tacite -, que même sans circoncision on pouvait dignement servir Dieu et se le rendre propice. (…)*

7. Nous en concluons qu'aucune partie de la loi hébraïque, en tant qu'elle est proprement une loi, ne nous lie, parce que toute obligation, hors celle qu'impose le droit naturel, émane de la volonté de celui qui fait la loi. Or on ne peut surprendre par aucun indice que Dieu ait voulu que d'autres que les Israélites fussent soumis à cette loi. Il n'y a donc nullement à prouver, en ce qui nous concerne, qu'elle ait jamais été abrogée, car elle n'a pu l'être à l'égard d'individus quelle n'a jamais liés. Mais pour ce qui est des Israélites, ils n'y furent plus soumis, quant au rite, il est vrai, aussitôt après la promulgation de la loi de l'Évangile : ce qui fut clairement révélé au prince des apôtres (Act 10, 15). *Elle fut abrogée pour le reste après que le peuple juif, par la ruine et la destruction complète de sa ville, a cessé de former un peuple, sans espérance d'être reconstitué à l'état de nation.*

8. Pour nous, qui sommes étrangers à la nation juive, ce que nous avons gagné à la venue du Christ, ce n'est point d'avoir été affranchis de la loi de Moïse, mais de pouvoir, d'une part, nous appuyer sur une alliance formelle, tandis que nous n'avions auparavant qu'une espérance confuse en la bonté de Dieu, et, d'autre part, de former une même Église avec les Hébreux, fils des patriarches, depuis que leur loi qui nous séparait d'eux comme par un retranchement, a été abolie (Ep 2, 14) *».* Cf. *Le droit de la guerre…*, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 44-47.

« 14. 2° DES LOIS. LEUR UTILITÉ ET NÉCESSITÉ ; LEUR DIVERSITÉ. Après les magistrats s'ensuivent les lois qui sont les vrais nerfs, ou comme Cicéron après Platon les appelle, les âmes de toutes républiques ; lois sans lesquelles ne peuvent aucunement subsister les magistrats, comme derechef elles sont conservées et maintenues par les magistrats. Ainsi, on ne pouvait mieux dire que d'appeler la loi un magistrat muet*, et le magistrat* une loi vivante.

Si j'ai promis de déclarer par quelles lois doit être gouverné une police chrétienne, ce n'est pas que je veuille entrer en longue disputation, à savoir quelles seraient les meilleures lois ; celle-ci serait infinie, et ne convient pas à notre présent propos. Je marquerai seulement en bref, et comme en passant, de quelle loi elle peut saintement user devant Dieu, et être justement conduite envers les hommes. Ce que même j'eusse laissé à dire, n'était que je vois que plusieurs errent dangereusement en cet endroit, ;car certains nient qu'une république soit bien ordonnée si, en délaissant la police de Moïse, elle est gouvernée des communes lois des autres nations : opinion dont je laisse à penser aux autres combien elle est dangereuse et séditieuse ! Il me suffira à présent de montrer qu'elle est pleinement fausse et folle.

Premièrement, il nous faut noter la distinction commune qui divise toute la Loi de Dieu, baillée par Moïse, en trois parties : à savoir en mœurs, cérémonies *et* jugements. *Il faut considérer à part chacune des parties, pour bien entendre ce qui nous en appartient ou non. Or cependant nul ne doit s'arrêter à ce scrupule, que même les jugements et cérémonies sont contenus sous les mœurs. Car les anciens, qui ont trouvé cette distinction, bien qu'ils n'ignorassent point que les cérémonies et jugements se rapportaient aux mœurs, néanmoins parce que l'un et l'autre se pouvait changer et abolir, sans corrompre ni diminuer les bonnes mœurs, pour cette cause n'ont point appelé ces deux parties* morales, *mais ont attribué ce nom à cette partie dont dépend la vraie intégrité des mœurs.*

15. LES LOIS MORALES, CÉRÉMONIELLES, JUDICIAIRES, DANS L'ANCIEN TESTAMENT ET MAINTENANT. Nous commencerons donc par la loi morale. *Elle contient deux articles, dont l'un nous commande de simplement honorer Dieu par pure foi et piété, et l'autre d'être conjoints à notre prochain par vraie dilection ; pour cette cause, elle est la vraie et éternelle règle de justice, ordonnée à tous les hommes en quelque pays qu'ils soient, ou en quelque temps qu'ils vivent, s'ils veulent régler leur vie selon la volonté de Dieu. Car c'est la volonté éternelle et immuable, qu'il soit honoré de nous tous, et que nous nous aimions mutuellement les uns les autres.*

La loi cérémonielle *a été une pédagogie des Juifs, c'est-à-dire doctrine puérile, qu'il a plu à notre Seigneur de donner à ce peuple comme une éducation de son enfance, jusqu'à ce que le temps de la plénitude vînt, dans lequel il manifestât les choses qui étaient alors figurées en ombre* (Gal 3, 24 ; 4, 4).

La loi judiciaire *qui leur était baillée pour police, leur enseignait certaines règles de justice et d'équité, pour vivre paisiblement ensemble, sans faire nuisance les uns aux autres.*

Or comme l'éducation des cérémonies appartenait à la doctrine de piété, qui est le premier point de la loi morale – bien qu'elle nourrît l'Église judaïque en la révérence de Dieu – toutefois elle était distincte de la vraie piété ; aussi pareillement, bien que leur loi judiciaire ne tendît à une autre fin qu'à la conservation de cette même charité qui est commandée en la Loi de Dieu, toutefois elle avait sa propriété distincte, qui n'était pas comprise sous le commandement de charité. Comme les cérémonies ont été abrogées, la vraie religion demeurant en son entier, aussi lesdites lois judiciaires peuvent être cassées et abolies sans violer aucunement le devoir de charité. Or si cela est vrai - ce qui est certain - la liberté est laissée à toutes les nations de se faire telles lois qu'elles aviseront leur être expédientes, lesquelles néanmoins soient compassées à la règle éternelle de charité, de sorte qu'ayant seulement différentes formes, elles viennent à un même but. Car je ne suis point d'avis qu'on doive réputer pour lois je ne sais quelles lois barbares et bestiales (*i. e.* brutales), *comme étaient celles qui rémunéraient les larrons par un certain prix ; qui permettaient indifféremment la compagnie d'hommes et de femmes, et autres encore plus vilaines, outrageuses et exécrables, vu qu'elles sont étrangères non seulement à toute justice, mais aussi à toute humanité.*

*16. L'ÉQUITÉ ET L'ORDONNANCE DES LOIS. Ce que j'ai dit s'entendra clairement , si en toutes lois nous contemplons les deux choses qui s'ensuivent : à savoir l'*ordonnance *de la loi, et l'*équité *sur la raison de laquelle est fondée l'ordonnance.*

*L'*équité, *d'autant quelle est naturelle, est toujours la même pour tous les peuples ; et c'est pourquoi toutes les lois du monde, de quelque affaire que ce soit, doivent revenir à une même équité.*

Quant aux constitutions *ou* ordonnances, *d'autant qu'elles sont conjointes avec les circonstances, dont elles dépendent en partie, il n'y a nul inconvénient à ce qu'elles soient diverses, mis qu'elles tendent toutes pareillement à un même but d'équité.*

Or puisque la Loi de Dieu, que nous appelons morale, *n'est rien d'autre qu'un témoignage de la loi naturelle et de la conscience que notre Seigneur a imprimée au cœur de tous les hommes, il n'y a nul doute que cette équité dont nous parlons maintenant, ne soit en celle-ci parfaitement déclarée ; il convient donc que cette équité seule soit le but, la règle et la fin de toutes lois.*

Derechef, toutes les lois qui seront compassées à cette règle, qui tendront à ce but, et qui seront limitées en ces bornes, ne nous doivent déplaire, de quelque manière qu'elle se diffèrent de la Loi mosaïque, ou bien entre elles-mêmes. La Loi de Dieu défend de dérober. On peut voir en l'Exode quelle peine était constituée sur les larcins en la police des Juifs (ex 2, 22). *Les plus anciennes lois des autres nations punissaient les larrons, leur faisaient rendre au double de ce qu'ils avaient dérobé. Celles qui sont venues après ont discerné entre larcin manifeste et occulte. Les autres ont procédé jusqu'au bannissement, certaines jusqu'au fouet, les autres jusqu'à la mort. La Loi de Dieu défend de porter de faux témoignages. Un faux témoignage était puni chez les Juifs de la même peine qu'eût encourue celui qui avait faussement accusé, s'il eût été convaincu* (Dt 19, 19). *En d'autres pays, il n'y avait que la peine d'ignominie, et en d'autres encore, du gibet. La Loi de Dieu défend de commettre homicide : toutes les lois du monde d'un commun accord punissent mortellement les homicides, toutefois par divers genres de mort. Toutefois, en cette diversité, elles tendent toutes à une même fin : car toutes ensemble prononcent une sentence de condamnation contre les crimes qui sont condamnés par la Loi éternelle de Dieu, à savoir homicides, larcins, adultères, faux témoignages ; seulement elles ne concordent pas dans l'égalité de la peine, ce qui n'est pas nécessaire, ni même expédient. Il y a telle région qui serait incontinent désolée par meurtres et brigandages, si elle n'exerçait d'horribles supplices sur les homicides. Il y a tel temps qui requiert que les punitions soient augmentées. S'il est advenu quelque trouble en un pays, il faudra corriger par de nouveaux édits les maux qui ont accoutumé d'en*

doit être cherché à partir de la loi civile. Cependant, il est vrai que, sur quelques délits, par la plupart des peuples, une peine équivalente est employée, comme la mort pour les meurtres volontaires ; lequel accord des lois est improprement pris pour un droit des gens. Mais le devoir de réparation de l'inégalité vient du droit naturel [1126], bien que le même devoir soit plus actégoriquement expliqué par la loi civile. En outre, le droit de punir appartient à l'autorité suprême [1127] ; mais ceux qui ont subi le préjudice ont un droit à réparation. Cela est bien tel que, jadis, par de nombreux peuples et parmi les autres, aussi chez nos ancêtres ceux qui étaient préjudiciés ou leurs proches, un droit est accordé de de réclamer juridiquement une peine ou, à défaut de tribunal, de la mener avec leur mains ; mais une telle chose naissait de la coutume qui est une loi civile et une telle chose était accordée comme de l'autorité suprême [1128] .

---

sourdre. En temps de guerre on oublierait toute humanité, si on n'y tenait la bride plus étroite en punissant les excès. Pareillement tout serait confus en temps de peste ou de famine, si on n'usait de sévérité plus grande. Il y a telle nation qui a besoin d'être gravement corrigée de quelque vice spécial, auquel autrement elle serait encline à d'autres.

Celui qui s'offenserait d'une telle diversité qui est très propre à maintenir l'observance de la Loi de Dieu, ne devrait-il pas être jugé bien malin (*i. e.* méchant) *et envieux du bien public ? Car ce que certains ont accoutumé d'observer, qu'on fait injure à la Loi de Dieu baillée par Moïse, quand en l'abolissant on lui préfère d'autres nouvelles, est chose trop frivole. Car les lois que chaque supérieur a en son pays, ne sont pas simplement préférées à celle-ci comme meilleures : mais selon la condition et circonstance du temps, du lieu et de la nation.*

Davantage, en ce faisant elle n'est point abrogée ni cassée, vu que jamais elle ne nous a été commandée à nous Gentils. Car notre Seigneur ne l'a pas administrée par la main de Moïse pour la publier sur toutes les nations et observer sur toute la terre : mais ayant reçu le peuple judaïque en sa spéciale sauvegarde, protection, conduite et gouvernement, il lui a voulu être aussi particulièrement Législateur ; et comme il appartenait à un bon et sage Législateur, il a eu en toutes les lois un singulier égard à l'utilité de ce peuple ». Cf. *Institution de la religion chrétienne*, liv. IV, édition nouvelle par la Société calviniste de France, Labor et Fides, Genève 1958, t. IV, p. 463-467.

[1125] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, dans ledit § XVI.

[1126] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 206.

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

[1127] (Note de Groenewegen) Voir Rom 13, 4 ; voyez Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chapitre XX, § III.

« (4) [L'autorité] est un instrument de Dieu pour te conduire au bien. Mais crains, si tu fais le mal ; car ce n'est pas pour rien qu'elle porte le glaive ; elle est un instrument de Dieu pour faire justice et châtier qui fait le mal ».

« III. 1. Venons à l'autre question, relative à l'asile donné contre les peines. Comme nous l'avons dit auparavant, il est naturellement permis de punir, à tout individu à qui rien de semblable ne peut être reproché. Depuis l'établissement des États, on est convenu, il est vrai, que les délits des particuliers concernant proprement le corps dont ils sont membres seraient abandonnés à ces États eux-mêmes et à leurs chefs, pour être, suivant leur volonté, punis ou dissimulés.

2. Mais un droit aussi absolu ne leur a pas été également concédé, en matière des délits qui intéressent en quelque façon la société humaine ; délits que les autres États, ou leurs chefs, ont le droit de poursuivre, de la même manière que dans chaque État il est donné une action populaire à raison de certains délits. Beaucoup moins encore ont-ils ce pouvoir absolu à propos des délits par lesquels un autre État, ou son chef, est lésé en particulier, et à raison desquels, par conséquent, ce chef ou cet Etat a le droit d'exiger un châtiment en vue de sa dignité ou de sa sécurité, suivant ce que nous avons dit auparavant. L'État chez lequel vit le coupable, ou son chef, ne doit donc pas empêcher ce droit ». Cf. *Le droit de la guerre …, op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 512-513.

[1128] (Note de Groenewegen) Voir Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chapitre XX, § XVII.

« XVII. 1. C'est une question qui ne manque pas d'éclat, celle de savoir si les lois humaines qui permettent le meurtre de certains hommes accordent aux meurtriers un vrai droit même auprès de Dieu, ou seulement l'impunité parmi les hommes. La dernière opinion plaît à Covarruvias et à Fortunius (Covarr. 4, dec. 12, cap. VII, nb 8 ; Fortunius, *Tractatus de ultima fine legum illatarum*, XI)*, dont la manière de voir déplaît fortement à Ferdinand Vasquez qu'il appelle* abominable (Vasquez, *Controversiæ illustres*, lib. IV, cap. VIII). *Il n'est pas douteux, comme nous l'avons aussi dit ailleurs, que la loi ne puisse faire l'un et l'autre dans des cas déterminés ? Or, pour savoir ce qu'elle a voulu, il faut en juger en partie par les termes de la loi, en partie par la matière dont il s'agit. Car si la loi accorde quelque chose au ressentiment, elle supprime le châtiment humain, non le crime, comme cela a lieu dans le mari qui tue sa femme adultère ou l'adultère.*

2. Mais si elle a en vue le péril d'un mal futur que produirait l'ajournement de la punition, elle doit être censée accorder un droit et un pouvoir public au particulier, de sorte qu'il n'est plus alors une personne privée.

De ce genre est la loi qui se trouve au Code de Justinien, C. 3, 27, 1, où la permission est donnée à tout individu de soumettre au supplice les soldats pillards. Elle en donne cette raison "qu'il est préférable de prévenir à temps que de punir après coup. Nous

Nous expliquerons cela avec l'exemple du meurtre [1129] ; quelqu'un ayant alors été volontairement tué, ainsi, le cadavre était porté devant le juge, et le plus proche parent faisant la plainte à raison du cadavre, ainsi le vivant était, dans le cas où **[405]** il était appréhendé sur le fait, conduit par le mort et avec cela, les parents étaient réconciliés vis-à-vis des autres. Mais, s'il n'était pas inquiété, le cadavre devait ainsi être néanmoins examiné et connaissance devait être prise [pour savoir] si cet homme était mort de mains humaines. Ensuite, quand une plainte était faite, le cadavre devait être présent devant le tribunal et être nu, sans que quelque droit puisse être fait autrement que sur une plainte et en présence du cadavre, non seulement en Hollande, mais aussi dans les pays voisins et particulièrement dans le diocèse d'Utrecht, où la coutume est en premier abolie en l'année 1349. Cependant, par la suite, la procédure partant plus tard qu'autrefois, d'une telle façon que l'affaire ne pouvait pas être terminée dans les vingt-quatre heures [1130], il est ainsi trouvé bon que la main du cadavre puisse être coupée par le plus proche parent pour conserver la place du cadavre et est encore plus tard introduit par une avidité des officiers l'achat de la main morte pour de l'argent. Le plaignant était le plus proche parent du défunt en présence du plus proche des quatre paires de grands parents et le plaignant devait, avec quatre autres de la parenté à choisir par les parents de l'accusé ou par le juge, jurer quatre fois qu'il n'aurait accusé personne sans droit, après quoi, le plaignant ayant fait son *appel à la vengeance* [1131] publiquement sur la tombe qui était préparée pour le défunt, faisait en outre sa plainte au Dieu du ciel, au comte de Hollande, au bailli de la place et à tous les gens de bien, racontant comment, où, quand et par qui le défunt avait été blessé à mort de propos délibéré et que là, la paix du Dieu du ciel avait été rompue, la paix du comte de Hollande et la paix du bailli, et qu'une telle paix, comme chaque homme non coupable devait avoir d'un autre qui n'avait pas commis de délit, **[406]** en demandant que ce tort soit jugé. Ceci étant donc fait, le délinquant était conduit banni avec un feu et un incendie [de sa maison] et tous les parents que le défunt avait jusqu'au degré des petits-enfants des frères et sœurs (car le sang plus éloigné n'était compté pour aucune parenté) pouvaient alors saisir et battre le criminel ; et, s'ils le frappaient à mort, ils pouvaient faire satisfaction avec quatre pennings et en plaçant l'arme avec laquelle ils l'avaient frappé sur son ventre ; et celui qui était venu à l'aide du délinquant ou tentait de le protéger perdait autant que le délinquant ; celui qui logeait ou hébergeait le délinquant payait la plus haute amende du seigneur et le comte de Hollande ne pouvait pas composer avec le délinquant en dehors de la parenté, ni les

---

vous permettons donc de vous faire raison vous-mêmes ; et comme il serait trop tard de punir en justice, nous les frappons d'avance par cet édit, afin que nul n'épargne un soldat contre lequel il sera besoin de se défendre à main armée, de même que contre un brigand". La loi suivante réserve au déserteur, sur lesquels on doit faire main basse, s'exprime ainsi : "Que tous sachent que chacun a le droit, pour le repos commun, d'exercer la vengeance publique contre des brigands publics et des déserteurs de la milice". À quoi se rapporte aussi ce passage de Tertullien : "Contre les criminels de lèse-majesté et les ennemis publics, tout homme est soldat".

3. Le droit de tuer les exilés, qu'on appelle bannis, diffère en ceci de l'espèce de ces lois qu'à l'égard des bannis une sentence spéciale a été rendue précédemment contre eux, tandis qu'ici un édit général, appuyé sur l'évidence du fait, obtient la force d'une sentence prononcée ». Cf. *Le droit de la guerre* …, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 473-474.

[1129] (Note de Groenewegen) De cette ancienne manière de procédure, voyez les privilèges de la Hollande du Sud, p. 112, 113, 114, 163, 164 et 165, avec le privilège donné par le comte Willem à Amsterdam le 9 décembre 1340, le privilège accordé en 1387 par le duc Aelbrecht à Amsterdam et au Goyland et le privilège du comte Willem de Bavière accordé à Wesep le 10 mai 1355 ; Reinhard, *De differentiis juris civilis et Saxonici*, liv. II, part. 4, differ. 60, et part. 5, differ. 30 ; Anton Matthæus, *De criminibus*, liv. XLVIII, tit. 5, cap. 7, nb 6.

[1130] (Note du traducteur) Ici, Grotius utilise des expressions idiomatiques qui, *verbatim*, peuvent être ainsi traduites, "durant le soleil qui tient ou sur la nuit qui suit".

[1131] (Note de l'éditeur) Voir dans ce paragraphe.

(Note du traducteur) Le mot utilisé ici par Grotius est *wapenroep* qui signifie "appel aux armes". Il semble qu'il s'agisse d'un appel à la vengeance fait en public du même type que la fameuse "clameur de haro" en Normandie. Cf. à cet égard Guillaume Terrien, *Commentaire du droict civil tant public que privé, observé au pays et Duché de Normandie*, Chez Jacques du Puys, Paris 1574, liv. XII, chapitre XVIII, p. 500-504.

parents en dehors du comte. On avait aussi coutume de ne pas enterrer le mort avant que le meurtre n'eût été puni ou expié. L'expiation était faite sur la tombe ouverte par l'intermédiaire de compositeurs choisis et, semblablement, entre les anciens Germains, tout grief et toutes les brouilles étaient communes à l'ensemble de la famille, ainsi, une expiation devait être faite entre les parents des deux côtés, à savoir jusqu'au degré des petits-enfants des frères et sœurs et, pour cette expiation, un montant d'argent certain était apporté par les parents du coupable, qui était appelé "argent de la parenté" ; et ce même argent était reçu pour l'expiation héréditaire par les enfants du défunt ou, autrement, par les parents ou autres de la parenté, chacun selon leur degré de naissance ; en outre, le coupable devait faire une prosternation. Alors, l'expiation était jurée ou les parents se donnaient réciproquement la main et étaient réconciliés, nobles et roturiers, légitimes et illégitimes, nés et non nés, aussi longtemps que le vent soufflait et que le coq chantait [1132] ; et celui qui rompait une telle paix perdait sa main droite, autrement, on était accoutumé de faire une vengeance de l'injure aussi envers la parenté.

Ceci a aussi duré en Hollande jusqu'en 1446, **[407]** quand [1133] ceux qui n'avaient pas été assignés ni en terres quand le meurtre se produisait, une paix est accordée pour six semaines pour pouvoir rechercher entretemps et faire une paix ; ensuite, en 1462 [1134], il est de plus ordonné que les parents non coupables qui n'avaient pas été assignés ni en terres seraient alourdis d'aucun argent de la parenté et si celui-ci même commettait un délit, il serait puni comme s'il avait rompu la paix [faite par la poignée] de main. Cependant, le délinquant devait, outre la paix de la parenté, aussi gagner, comme il est dit, la paix du seigneur et, avec cela, il avait alors une parfaite sécurité. Ce qui est dit du meurtre était aussi ainsi observé quand quelqu'un était blessé ; et, puisqu'une telle chose arrivait souvent par une passion du combat ici dans le pays, différentes lois avaient été faites [1135] avec une très soigneuse distinction. Car la plainte sur une blessure était faite avec un appel à la vengeance [1136] et était corrigé comme [étant de la valeur] du tiers d'un meurtre ; pour de moindres blessures, sans appel à la vengeance, et cela était réparé avec de l'argent selon la grandeur des blessures, la place où cela avait été fait, la taille des armes et l'importance du membre dont on avait privé quelqu'un et qui avaient été mutilés, estropiés ou mis à mal avec une effusion de sang ; et celui qui n'avait pas de bien devait le réparer avec un membre semblable. D'autres délits étaient aussi réparés envers celui qui avait été préjudicié deux fois, trois fois, quatre fois selon la grandeur du délit. Comme, parmi d'autres choses, celui qui avait tendu inutilisable son bien à quelqu'un ou avait causé un dommage sur les fruits de quelqu'un devait réparer le dommage au quadruple ; mais, au-delà du quadruple, il n'y avait pas de réparation.

Bien que, maintenant, dans les époques suivantes, un notable **[408]** changement soit tombé et que la poursuite de la peine soit presque venue [1137] en totalité au comté et aux officiers de celui-ci, à savoir les baillis et les échevins, comme il sera dit par après dans le traitement du droit qui concerne le droit public auquel une telle chose appartient, cependant, les restes de l'ancien droit ci-devant dit n'ont pas disparu, comme cela est

---

[1132] (Note de l'éditeur) Ou aussi longtemps que le vent soufflait et que la pluie tombait, voir *Coutumes d'Anvers*, tit. 22, art. 9.

[1133] (Note de l'éditeur) Par les privilèges du duc Philippe de Bourgogne du 9 août 1446 et des 18 ou 28 novembre 1462.

[1134] (Note de l'éditeur) Le 28 novembre et par le grand et célèbre privilège de Dame Marie de Bourgogne du 14 mars 1476.

[1135] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dits privilèges d'Amsterdam et du Goyland de 1387 ; les privilèges du Waterland [qui est situé en face d'Amsterdam en passant la rivière de l'Ij, et ainsi appelé à raison des terres situées très bas] de 1288.

[1136] (Note de l'éditeur) Voir plus haut dans ce paragraphe.

[1137] (Note de l'éditeur) Voir ci-après le chapitre XXXIII, § 3.

observé pour les expiations qui sont encore quotidiennement faites [1138], comme aussi pour la réparation d'une injure et d'une calomnie à partir de différentes lois qui, outre la réparation du dommage, chargent le délinquant avec quelque amende au profit de la victime ; de ces lois, certaines choses ont ici été ci-dessus dites lorsque nous parlions des contrats, à savoir quand certains délits combattaient avec la nature des contrats. Cependant, bien que souvent la même personne obtienne quelque chose comme compensation et quelque chose comme amende, qui plus est, l'une et l'autre sont souvent comprises sous un seul mot, cependant, l'une doit être distinguée de l'autre pour de nombreuses raisons.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1123 de Groenewegen van der Made**

Sur l'endroit de Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, qu'indique ici Groenewegen, on peut voir ce que Barbeyrac a ici annoté et les *Responsa jurisconsultorum Hollandi-orum*, oart. III, vol. 2, cons. 9, nb 4.]

[*Cela doit être recherché etc.* Nous avons seulement la loi particulière de 200 contre les homicides portée par Baudoin, comte du Hainaut et de Flandre. En effet, il y a été expressément consacré que les parents consanguins désavoueraient l'hoùmicide qui s'enfuit et, un serment étant solennellement intervenu, proùmeytrtraient qu'ils refuseront toute aide au figitif ; celui qui refuserait de prêter un tel serment, serait lui-même puni en tant qu »'hiomicide. En outre, si quelqu'uavai fui avec l'hopmicide, il pourrait revenir dans l'année et prêter serment ; toutefois, ce délai étant écoulé, on ne pouvait pas revenir et on n'était pas admis au serment, voir la *Republiek der Geleerde (La République des savants)* de 1718, p. 272. Voyez autreent les peines des homicides chap. XXXIII, § 2, note 1179, et § 3, note 1180.

Les États de Zélande, le 27 novembre 1654, art.6, ont aussi expréeséement interdit de procuer quelque aide aux homicides et autres criminels sous une amende de 50 florins et sous une peine arbitraire, voir *Groot Placaet-boek*, vol. II, p. 2407.]

[**Sur la note 1129 de Groenewegen van der Made**

Sur cet ancien usage que l'auteur explique ici, on peut voir Matthæus, *De criminbus*, lib. XLVIII, tit. 5, nb 6 et 7, et sur la clameur particulière chez les Germains (*Zettergeschrey*), voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. III, quæst. 136, nb 30.

Cette proclamation pouvait être faite par l'accusateur lui-même ou par une autre personne. Cependant, il s'est affirmé dans l'usage qu'elle soit faite par le biais d'un héraut, mieux parfois, par le biais du bourreau, à savoir si l'accusé avait déjà confessé le crime, comme [le dit] Carpzov, nb 31 et suivant, et plus longuement en dessous, nb 109 et suivants.]

§ 8. Car, en premier lieu, une peine peut avoir lieu aussi quand, par le délit, personne n'est endommagé ; certes aussi, quand le délit n'est pas encore exécuté [1139] ; toutefois, cela

[1138] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction de la Cour de Hollande, art. 223. Voyez le formulaire de la requête, p. 162, 163, 164 ; coutumes d'Anvers, tit. 22 et ici, le chapitre XXXIII, §§ 3 et 4.

[1139] (Note de Groenewegen) Voir C. 9, 8, 5. Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 11 et les jurisconsultes qu'il indique ici ; Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur le § 5 *(Des jugements publics)* du liv. IV des *Institutes de Justinien.*

Constitution d'Arcadius et Honorius au Préfet du prétoire Eutychianos et donnée en 397 : *« Toute personne qui a engagé une intrigue criminelle avec des soldats, des particuliers, des barbares, qui a assumé, ou presté le serment de cette cabale, au sujet du meurtre des hommes illustres qui sont présents dans nos conseils et dans notre consistoire, aussi des sénateurs (car ceux-ci mêmes sont une partie de notre corps) ou, enfin, y a songé pour qui que ce soit qui est à notre service (les lois ont voulu, en effet, que l'intention du criminel soit munie de la même sévérité que la commission), celui-là même, parce qu'accusé du crime de haute trahison, subira la peine du glaive, tous ses biens ayant été adjugés à notre fisc. 1 - Mais ses fils* (*i.e.* les fils de celui qui a été jugé coupable d'un crime de trahison selon la *Lex Julia Majestatis*), *auxquels nous avons laissé la vie par une particulière bienveillance impériale (auraient, en effet, dû mourir du supplice réservé au père ceux pour lesquels les exemples du crime paternel, c'est-à-dire héréditaire, sont redoutés) seront tenus pour étrangers à la succession maternelle, ou d'une aïeule, même à la succession de tous les parents, ils ne prendront rien des testaments des étrangers, ils seront perpétuellement dans le besoin et pauvres ; l'infamie du père les accompagnera toujours, ils ne parviendront absolument à aucun honneur, à aucun serment militaire ; ils seront tels que, étant méprisables dans un perpétuel besoin, la mort sera (pour eux) une consolation et la vie*

est surtout à entendre de la peine qui appartient à l'autorité suprême. Car, le fait que quelqu'un tirerait autrement quelque chose pour une peine, n'ayant pas été préjudicié par le délit, est en dehors de l'usage [1140], étant bien entendu que nous prenons ici le dommage en général, d'une telle façon que le préjudice porté à l'honneur, le mépris et plus, de semblables choses, sont compris sous cela [1141].

§ 9. À une compensation, quelqu'un est tenu à partir **[409]** du droit naturel [1142] aussi sans une interpellation, beaucoup plus, dans un jugement ; mais personne n'est tenu

---

un supplice. 2 - Par suite, nous ordonnons que sont désignés comme sans pardon ceux qui auraient jamais tenté d'intervenir auprès de nous en faveur de telles [personnes]. 3 - Assurément à leurs filles, quelles qu'elles soient en nombre, nous voulons que parviennent seulement des biens de leurs mères, qu'elle soit morte en faisant un testament, ou sans testament, la [quarte] Falcidie, de sorte que les filles aient plus un petit aliment que l'entier avantage et titre d'un héritier. En effet, la sentence doit être plus douce envers celles dont nous croyons qu'elles l'auraient moins osé à la faveur de l'infirmité de leur sexe. 4 - Les émancipations ont été faites par les ci-devant dits, que ce soit pour leurs fils, ou pour leurs filles, ne seront pas valides seulement après la promulgation de la loi. Les dots, les donations, enfin les aliénations de quelques biens que ce soit, dont il appert qu'elles ont été faites à partir de ce moment par une fraude quelle qu'elle soit, ou légalement, par quoi les personnes rappelées auraient pensé d'abord à entrer dans une faction, ou une association, nous décidons qu'elles ne seront d'aucun effet. 5 - Assurément, les épouses des ci-devant dits, après avoir repris la dot, si elles se trouvaient dans cette condition que ce qu'elles avaient reçu de leurs maris au titre de la dot, elles devaient le réserver à leurs fils, qu'elles sachent qu'au moment où l'usufruit est dissipé, sera laissé à notre fisc tout ce qui était dû aux fils ; la Falcidie sur ces biens semblera aussi être accordée seulement aux filles, mais pas aux fils. 6 - Ce à quoi nous avons veillé au sujet des ci-devant dits et de leurs fils nous le jugeons avec une même sévérité à l'égard de leurs complices conscients, de leurs serviteurs et de leurs fils. 7 - Si quelqu'un, au tout début de la faction, attiré par la considération d'une véritable estime, dénonce la faction mise en place, une récompense et un hommage lui seront accordés par nous. Quant à celui qui a eu des relations avec une faction, s'il en a découvert trop tard les secrets des résolutions (jusqu'ici inconnues), il méritera seulement une absolution et un pardon ».

[1140] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, i *(Des obligations qui, d'un délit, naissent)*, § 15 (17) ; D. 47, 2, 52 § 19 ; D. 50, 16, 53 § 1 à la fin.

« § 15 (17). De même, si un foulon, pour nettoyer ou s'en occuper, ou le raccommodeur, pour les réparer, avec un certain loyer, a reçu des vêtements et, avec un vol, les a perdus, il a lui-même l'action de vol, non le propriétaire, parce qu'il n'est en rien de l'intérêt du propriétaire que ce bien ne périsse pas, du fait qu'avec l'action de louage (locati)*, du foulon ou du raccommodeur, il peut poursuivre son bien. Mais, à un acheteur de bonne foi, la chose ayant été enlevée qu'il a achetée, bien qu'il n'en soit pas le propriétaire, de toute façon, se présente l'action de vol, de même qu'au créancier. Mais, au foulon et au raccommodeur, on a agréé que l'action de vol ne se présentait pas autrement que s'ils sont solvables, c'est-à-dire si, au propriétaire du bien, ils peuvent payer l'estimation du bien ; car, s'ils ne sont pas solvables, alors, parce d'eux, le maître ne pourra pas poursuivre son bien, parce que, dans ce cas, il est de l'intérêt de celui-ci que le bien soit sauf ; il en est de même, si, en partie, sont solvables le foulon et le raccommodeur ».*

Extrait du livre XXXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 19 - Ni en parole, ni avec un écrit, quelqu'un ne commet un vol ; en effet, nous usons de cette règle, de sorte que le vol, sans un détournement, ne se fasse pas. C'est pourquoi porte alors préjudice le fait d'apporter une aide ou de donner un conseil, du fait qu'un détournement s'est ensuivi ».*

Extrait du livre LIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - si certaines choses ont été imposées, les autres ne seront pas souhaitées ».*

[1141] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 31. Voyez ci-après les chapitres XXXV et XXXVI.

Extrait du livre XLI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais, si quelqu'un a effacé un portrait ou un livre, ce dernier sera tenu pour dommage [causé avec] une injure, comme s'il les avait détruits. 1 - Si quelqu'un a dérobé ou raturé les tablettes des instruments de la République, Labéon dit qu'il est tenu de l'action de vol ; de même, il l'a écrit quant aux autres affaires publiques et aux sociétés ».*

[1142] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 206 ; D. 12, 6, 13 § 1 ; D. 12, 6, 14 et 15. Voyez ici les §§ 11 à 15.

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - De même, [quant à] ce qu'un pupille, sans l'autorisation de son tuteur, a reçu en prêt et dont il s'est enrichi, si, devenu pubère, il le paie, il ne le réclame pas ».*

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Car, selon la nature, il est juste que personne, au détriment d'autrui, ne s'enrichisse ».*

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« La réclamation d'un indu payé est naturelle et c'est pour cela que ce qui s'ajoute à la chose payée entre dans la condiction, comme par exemple un enfant qui, d'une servante, est né ou ce qui, avec une alluvion, s'est ajouté ; mieux, les fruits que celui à qui l'on a payé, de bonne foi, a perçus, dans la condiction, entrent. 1 - Mais, si les espèces d'autrui ont été remises, la réclamation se présentera, pour que leur possession soit rendue ; de même que, si, estimant faussement que je devais te rendre la possession de quelque bien, je l'avais transmise, j'en ferais la réclamation avec une condiction. Mais, si j'ai fait tienne la possession, d'une façon telle que, par le biais d'une prescription de longue durée, elle ne*

d'accomplir la peine sans un jugement, à moins que la loi ne le charge d'une telle particularité [1143].

§ 10. À une compensation, sont aussi tenus les héritiers du délinquant pour autant que la compensation peut être faite par eux [1144]. Mais la peine ne va pas sur les héritiers, excepté quand, avec le défunt, le procès est commencé [1145]. Aux héritiers, une compensation doit être faite de tout bien qui est héritable [1146] et, outre une telle chose, non de la vie [1147] ou de l'honneur [1148].

---

puisse pas être enlevée, aussi, ainsi, à bon droit, contre toi, par le biais d'une condiction de l'indu, j'agirai en justice. 2 - Mais, s'il y a un usufruit d'autrui sur la chose payée, une fois déduit l'usufruit, de toi, je la réclamerai avec une condiction ».

[1143] (Note de Groenewegen) Voir le liv. I, chapitre II, note 9.

[1144] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iii *((De la Loi Aquilia)*, § 2 à la fin ; D. 9, 2, 7 § 2 ; D. 9, 2, 9.

« § 2. Avec une injure, est entendu tuer celui qui, sans aucun droit, tue. C'est pourquoi celui qui tue un brigand n'est pas tenu, en tout cas, si, autrement, il ne peut pas fuir le danger ».

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais si quelqu'un, ayant chargé plus qu'il ne faut, a renversé son chargement et a tué un esclave, à l'action de la Loi Aquilia, il y a lieu ; il ressortait, en effet, à son jugement de ne pas charger ainsi. Car, si quelque chute a écrasé l'esclave d'autrui avec un chargement, Pegasus dit que, de la Loi Aquilia, il est ainsi tenu seulement s'il a chargé plus qu'il ne faut ou que, de façon plus négligente, à travers un endroit glissant, il est passé ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, si une accoucheuse a donné un médicament et que, de là, la femme est morte, Labéon fait une distinction, de sorte que, si, certes, de ses mains, elle l'a administré, elle est considéré l'avoir tuée ; mais, si au contraire, elle l'a donné pour que la femme se l'administre, une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *devra être accordée ; cette opinion est vraie ; en effet, elle a plus fourni la cause de la mort qu'elle a tué. 1 - Si quelqu'un, par le biais d'une violence ou d'une persuasion, a fait pénétrer pour quelqu'un un médicament par la bouche ou avec un clystère, ou s'il l'a oint d'un mauvais poison, de la Loi Aquilia, il est tenu, de même que l'accoucheuse qui l'administre en est tenue. 2 - Si quelqu'un a fait mourir de faim un esclave, Neratius dit que, d'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, il est tenu. 3 - Si tu as fait en sorte que mon esclave qui était à cheval, en excitant le cheval, dans une rivière, soit précipité et que, pour cela, l'esclave est mort, Ofilius écrit qu'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *devra être accordée ; de même, si mon esclave, par l'un, conduit dans un piège, par un autre, a été tué. 4 - Mais, si, par jeu, par ceux qui lancent un javelot, l'esclave a été tué, à l'action de la Loi Aquilia, il y a lieu ; mais, si, alors que d'autres, dans un champ, lancent des javelots, l'esclave, à travers celui-ci, est passé, l'action de la Loi Aquilia cesse [de jouer], parce qu'il ne devait pas, à travers le champ de lancement des javelots, faire route mal à propos. Celui qui, cependant, en s'y appliquant, sur lui, s'est lancé, en tout cas, de la Loi Aquilia, sera tenu ».*

[1145] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, xii, § 1 ; D. 50, 17, 111 § 1 et 164. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur C. 4, 17 *(À partir des délits des défunts, sur combien les héritiers sont cités à comparaître)*, 1.

« § 1. Mais toutes les actions, qui se rencontrent de plein droit, ou qui sont accordées par le préteur, ne se rencontrent pas également, ou ne sont ordinairement pas accordées, contre un héritier. En effet, la règle du droit est très certaine que les actions pénales nées de délits, ne se rencontrent pas contre l'héritier de l'accusé, comme celle de vol, d'enlèvement de biens par la force, d'injures, ou de dommage causé par une injure. Mais les actions de cette sorte se présentent aux héritiers et ne leur sont pas refusées, à l'exception de l'action d'injures, si par quelque moyen on en trouve une autre semblable. Parfois cependant, l'action née du contrat aussi ne se rencontre pas contre l'héritier, alors que le testateur a été frauduleusement tourmenté, et rien ne parvient à l'héritier sur le fondement d'un dol. Aussi les actions pénales, que nous avons ci-dessus dites, si elles ont fait l'objet d'une litis contestatio*, sont accordées aux héritiers et passent contre les héritiers ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Un pupille qui est proche de la puberté est capable de voler et de commettre une injure. 1 - À l'héritier ne passent ordinairement pas les actions qui sont pénales à partir d'un délit, comme le vol, le dommage causé par une injure, le vol de biens avec violence et les injures ».*

Extrait du livre LI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Les actions pénales une fois reçues ne peuvent être transmises aux héritiers ».*

[1146] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 15 § 1 et 16 ; D. 9, 2, 36 § 1.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si un esclave, blessé de façon mortelle, par la suite, dans une ruine [de bâtiment], un naufrage ou avec un autre coup, plus tard, a péri, Julianus dit que, quant à celui qui a été tué, on ne peut pas agir en justice, mais comme quant à quelqu'un qui a été blessé ; mais si, ayant été affranchi ou vendu, d'une blessure, il meurt, comme quant à celui qui a été tué, on peut agir en justice. Cela, ainsi, de façon si différente, parce qu'il est vrai que celui-ci, par toi, a été tué, alors que tu le blessais, ce qui, lui étant mort, seulement, apparaît ; en revanche, dans le premier cas, il n'est pas apparent que, la ruine étant soufferte, il en soit mort. Mais, si tu as ordonné qu'un blessé à mort soit libre et soit ton héritier, qu'ensuite, il est mort, son héritier ne peut pas, avec l'action de la Loi Aquilia, agir en justice, … »*

Extrait du livre IV des *Règles* de Marcianus : *« … parce que, dans ce cas, l'affaire en est arrivée à ce depuis quoi elle ne peut commencer ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1145 de Groenewegen van der Made**

Bien que, quant au droit, il soit très vrai que les délits tiennent les auteurs à autant qu'aucun autre, et pas même l'héritier lui-même, ne souffre une peine corporelle afflictive ni pécuniaire ; du fait, cependant, que l'héritier représente le défunt et qu'il succède à tous ses biens, il a semblé plus juste qu'une action soit accordée au lésé pour le tout, bien que rien ne soit arrivé à l'héritier à partir de ce dol et que, par conséquent, il ne s'en soit pas enrichi ; il n'importe pas [de savoir] si le dol aura procédé du contrat ou sans [contrat], pourvu qu'il ait accepté la succession sans bénéfice d'inventaire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 27, tit. 7, nb 6 vers la fin. En effet, dans ce cas, l'héritier qui accepte la succession est tenu envers les créanciers du défunt auss au-delà des forces de la succession, voir Voet, lib. 9, tit. 2, nb 12. Toutefois, cela ne doit pas être étendu aux amendes applicables au fisc, voir de même Voet, à la fin dudit nb 12.]

§ 11. Cela étant ainsi, voyons comme ce devoir à une compensation naît par le droit naturel, pour ensuite, entendre mieux en quoi le droit civil en diffère.

§ 12. À une compensation sont alors tenus tous ceux qui ont porter préjudice à quelqu'un pare le biais d'un délit, aussi, ceux qui n'ont pas l'acte, mais qui ont en quelque sorte causé l'acte ou sa conséquence, pour autant que quelqu'un en est préjudicié par un *faire* ou un *omettre [de faire]* [1149].

§ 13. Par un *faire*, comme par un commandement [1150], un consentement [1151], un fait de cacher [1152], une association [1153], un conseil [1154], une incitation [1155].

Extrait du livre XXI des *Digestes* de Marcellus : *« 1 - Si le maître a commandé que l'esclave que Titius a blessé à mort, soit libre et soit son héritier et que, pour lui, par la suite, Mævius a été un héritier, Mævius n'aura pas, contre Titius, l'action de la Loi Aquilia, à savoir, suivant l'opinion de Sabinus qui pensait qu'à l'héritier, n'est pas transmise l'action qui, au défunt, n'a pas pu se présenter ; car, assurément, il serait absurde que l'héritier obtienne le prix comme de ce tué, dont il est l'héritier. Si, pour une part, le maître a commandé qu'il soit héritier avec sa liberté, le cohéritier de ce dernier, lui étant mort, agira en justice avec l'action de la Loi Aquilia ».*

[1147] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après les paragraphes jusqu'à la fin et le chapitre XXXIII, § 2.

[1148] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le chapitre XXXV, § 5.

[1149] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 13 § 3 et 27 § 9.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Si un esclave, objet d'un legs, après l'acceptation de la succession, est tué, se présente l'action de la Loi Aquilia au légataire, si, après la mort de l'esclave, il n'a pas reconnu le legs ; s'il l'a refusé, Julianus dit qu'il est logique qu'à l'héritier, elle se présente ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si l'esclave chargé du four d'un colon s'est profondément endormi au four et que la maison en a été brûlée, Neratius écrit que, sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, celui qui a été cité en justice doit le garantir, s'il a été négligent dans le choix de ses serviteurs ; du reste, si l'un met le feu dans le four et qu'un autre, de façon négligente, l'a gardé, celui qui a mis le feu en sera-t-il tenu ? Car celui qui a la garde n'a rien fait et celui qui, à bon droit, a mis le feu n'est pas en faute ; qu'en est-il donc ? Je pense que se présente une action utile tant contre celui qui s'est endormi devant le four que contre celui qui l'a négligemment gardé, et que personne n'aurait dit, contre celui qui s'est endormi profondément, qu'il avait souffert une chose humaine et naturelle, du fait qu'il aurait dû éteindre le feu ou le protéger d'une façon telle qu'il ne s'étende pas ».*

[1150] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 37 ; D. 50, 17, 169 pr.

Extrait du livre XIV *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Si un homme libre, sur l'ordre d'un autre, avec une violence, a causé une injure, il y a l'action de la Loi Aquilia contre celui qui a donné l'ordre, si seulement, il a eu un pouvoir de commandement ; s'il ne l'a pas eu, il faudra agir en justice contre celui qui l'a fait. 1 - Si le quadrupède, au titre duquel il y aura l'action contre le propriétaire, parce qu'il a causé un dommage, par un autre, a été tué et que, contre lui, avec l'action de la Loi Aquilia, on agit en justice, l'évaluation doit être rapportée non au corps du quadrupède, mais à la cause de celui-ci (pour lequel, quant au dommage, il y a l'action) et doit être condamné celui qui l'a tué avec l'action de la Loi Aquilia au montant dont il est de l'intérêt du demandeur qu'avec un abandon noxal, il s'acquitte plutôt qu'avec l'évaluation du procès ».*

Extrait du livre II *Sur Plautius* de Paul : *« Celui-ci cause un dommage qui ordonne de le causer ; mais il n'y a aucune faute de la part de celui auquel il est nécessaire d'obéir ».*

[1151] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 16, 1 § 14 et là, la glose ; Clarus, quæst. 87, § final, nb 5.

Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 14 - L'opinion de Sabinus est vraie. Mais, si, le fait qu'un autre a chassé, je l'ai confirmé, il y en a qui pensent que, selon Sabinus et Cassius qui comparent la confirmation au mandat, je suis considéré avoir chassé et que, de cet interdit, je suis tenu, et cela est vrai ; à meilleur droit, en effet, il est dit que, pour un délit, la confirmation est comparée au mandat ».*

[1152] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 47, 16 *(Des receleurs)* et de C. 9, 39 *(De ceux qui ont caché des brigands ou sur d'autres crimes, qui ont cachés des accusés)* et là-dessus, Groenewegen, *De legibus abrogatis.*

Ces deux titres contiennent chacun respectivement deux extraits et deux constitutions.

Extrait du livre II *Des jugements publics* de Marcianus : *« La pire espèce est celle des receleurs, sans lesquels personne ne peut pas rester longtemps caché et il est commandé qu'ils soient punis de la même manière que les brigands. Dans une égale situation, doivent être tenus ceux qui, alors qu'ils peuvent appréhender des brigands, en recevant de l'argent ou une partie de ce qui a été soustrait, les ont relâchés ».*

Extrait du livre unique *Des peines des civils* de Paul : *« Ceux, chez qui a été abrité un parent par alliance ou par le sang avec un brigand, ne doivent pas être absous, ni ne doivent être pleinement punis de façon sévère ; en effet, leur crime n'est pas égal à celui de ceux-ci et de ceux qui recèlent des brigands qui ne les regardent en rien ».*

Constitution de Valentinien, Valens et Gratien adressée au vicaire Simplicius et donnée en 374 : *« Une peine attendra également celui, ou celle, eux qui se sont associés avec eux en cachant les accusés d'un crime préjudiciable, eux-mêmes et les accusés et quiconque aura reçu, le sachant, des bandits et se sera abstenu de les présenter aux juges, sera châtié d'une peine corporelle, ou de la perte de sa fortune à la faveur de la qualité de la personne et de l'estimation du juge ».*

Constitution de Marcien adressée à Palladius, Préfet du prétoire, et donnée en 451 : *« Si ceux-ci logent ou cachent des brigands ou des coupables d'autres crimes sur une possession, le propriétaire de la possession, s'il est présent, ou ses procurateurs, si le propriétaire est absent, ou les personnes principales de la possession les offrent volontairement ou, si le sachant, ils ne l'ont pas fait volontairement, seront cité à comparaître par un officier civil pour qu'ils livrent au jugement provincial ceux qui sont recherchés, selon qu'il appartient au droit, pour les dénoncer sous l'examen du juge et ils subiront les peines conformes d'après les exemples. Mais, si les propriétaires, les procurateurs ou les personnes principales de la possession ont différé de les produire, alors, à les arrêter, par le gouverneur, toutes les aides civiles de la province seront dirigées. 1 - Et, si, peut-être, à raison du grand nombre de ceux qui, sur le bien-fonds, se trouvent, il est reconnu que le secours civil ne peut pas suffire et que les audacieux rappelés, aux exécuteurs, ont opposé la main ou autrement, ont différé d'obéir, alors, le juge de la province, mémoire de leur péril, d'un homme dévoué au tribunal ou des premiers des soldats qui, sur les lieux, se trouvent, réclamera une aide, afin que, par la force militaire, les accusés saisis, sans dommage et lésion de qui que ce soit, aux lois, soient présentés et qu'ayant été convaincus, ils subissent les peines appropriées ; le juge n'ignorant pas que, si, contre des innocents ou pour une autre cause, à raison de la recherche des brigands ou d'autres qui nuisent, il a demandé une aide militaire ou a accordé que, des dépenses, les provinciaux soient affectés, avec un très sévère mouvement, selon que ta grandeur l'aura jugé, il sera frappé. 1a - Les tribuns aussi ou les personnes principales des nombres qui, sur les lieux se trouvent, ayant été avertis par les lettres du juge, s'ils n'ont pas voulu fournir une aide militaire ou si, par les soldats eux-mêmes, des dommages, aux provinciaux, ont été infligés, ils répareront les dommages et les lésions et, avec une très rude condamnation, à la faveur des illustres magistrats des soldats, seront frappés. 2 - Les propriétaires aussi des biens-fonds, les procurateurs ou les personnes principales des possessions ne resteront pas impunies si, étant présentes et le sachant, elles n'ont pas présenté volontairement ceux qui nuisent ou, ayant été averties, ont différé de les produire ; car le propriétaire de la possession, certes, de la possession, sera privé, mais le procurateur ou les personnes principales, à un exil perpétuel, seront soumises. Au procurateur lui-même aussi, au propriétaire ou aux personnes principales de la possession, si, pour étouffer le grand nombre des paysans, ils ont affirmé ne pas pouvoir suffire et que, dans le jugement provincial, ils l'ont rendu clair, le gouverneur de la province fera que, par le tribun ou les personnes principales, soit donnée une aide militaire en nombre, s'il a constaté que les [aides] civiles ne pouvaient pas suffire. 3 - Mais, si après la production de ceux qui sont accusés, il était clair que ceux-ci étaient innocents et n'avaient rien commis d'un crime, les accusateurs seront contraints de subir la peine qui, pour les faux accusateurs, doit être pratiquée. En exemple, il est grave de rechercher ainsi un brigand pour qu'à des innocents, un péril soit fait ».*

[1153] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 55 (54) §§ 3-4.

Extrait du livre XIII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 3 - Du fait que l'action de vol regarde la poursuite d'une peine, mais la condiction et la revendication, le recouvrement d'un bien, il n'apparaît pas moins que, le bien une fois reçu, l'action de vol est sauve, mais que sont ôtées la condiction et la revendication, de même, à l'opposé, après paiement de la peine au double ou au quadruple, la revendication et la réclamation sont sauves. 4 - Celui qui, le sachant, a prêté à usage des outils en fer pour briser une porte ou une armoire ou, le sachant, a prêté à usage une échelle pour monter, bien que nul dessein ne lui soit principalement venu de commettre un vol, cependant, de l'action de vol, il est tenu ».*

[1154] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 47 pr et là, Decio.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« D'un conseil non frauduleux, il n'y a aucune obligation ; du reste, si un dol et une fraude sont intervenus, il y a une action quant au dol* (de dolo) *».*

[1155] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 10, 11 § 6 et là, Bartole ; D. 11, 3, 1 §§ 3-4.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Mais Aticilinus dit que, si j'ai conseillé autrement à une personne qui ne le voulait pas que, pour commettre une injure, elle m'obéisse, on considère que l'on peut, avec l'action d'injures contre moi, agir en justice ».*

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais "persuader" est plus que ["conseiller" ; car celui qui persuade est comme] celui qui contraint et oblige à lui obéir. Mais persuader [est dit]* των μεσων *- i. e.* à partir de termes moyens *-, car quelqu'un, en donnant un bon conseil, peut conseiller aussi [en donnant] un mauvais conseil ; c'est pourquoi le préteur a ajouté "avec un dol avec lequel il le rendra plus mauvais" ; en effet, on ne commet pas de faute, si ce n'est celui qui a persuadé quelque chose de tel à l'esclave, à partir de quoi il le rendra plus mauvais. En conséquence, celui qui sollicite un esclave*

[410] § 14. Par *omettre [de faire]*, ainsi, quand quelqu'un, étant tenu d'une telle chose qui touche le droit, n'empêche pas le délit ou ne le déclare pas là où il peut le faire [1156].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1156 de Groenewegen van der Made**

La loi de C. 9, 8 *(Sur la Loi Julia sur la haute trahison)*, 5, qu'indique ici Groenewegen dans sa note, est connue, dans laquelle il a été disposé que les ministres d'une conjuration et ceux qui la connaissaient étaient punis de la même peine que les accusés principaux.

À partir de l'ordonnance des États Généraux du 10 février 1663, e de quelque condition qu'il soit, celui qui savait qu'il y aurait un duel et ne l'a pas dénoncé au juge est tenu pour complice du crime et puni de façon arbitraire ; à partir de l'ordonnance de Willem d'Orange du 31 mars 1684, celui qui sait et ne dénonce pas doit être puni de la mort ; il se trouve dans le *Groot Placaet-boek*, vol. IV, p. 162. Aussi, dans les camps, si quelqu'un a su qu'il y avait un traitre et ne l'a pas dénoncé, il subit la peine de mort du droit militaire, voir Johan Voet, *Tractaet van't Krygs-recht (Traité du droit de la guerre)*, chap. 4, nb 12.

Le roi de France Louis XI a aussi promulgué une loi semblable et c'est là la raison aussi pour laquelle on a condamné de Thou, fils du grand Jacques-Auguste de Thou, une sentence de critique Grotius, parce que seule connaissance d'un crime ne suffit pas, mais qu'en outre, une claire preuve est requise. De là aussi, l'auteur signale que le père de Chastel qui avait conjuré contre la tête d'Henri IV a été seulement puni d'une relégation, voir la *Vervolg van het leven van Huig De Groot (Suite de la vie de Huig De Groot)*, p. 315.

La raison en est de façon certaine immédiate, du fait que le dénonciateur s'est jeté dans un péril très présent de torture, comme [le dit] Brunemann sur cette loi, nb 32, et van Stromberg, *De criminibus*, cap. 24 à la fin ; et ainsi aussi Grotius l'écrit-il à son ami, voir *Vervolg van het leven van Huig De Groot*, p. 313.

Quoiqu'il en soit, de Thou lui-même, cependant, à raison de sa seule connaissance de la loi, a reconnu la justice de la sentence, voir Noest, *Algemee Staatsrecht*, et plus longuement, Aizema, *Zaken van Staat en Oorlog (Affaires d'État et de guerre)*, part. V, p. 440 et suivantes.

Ainsi aussi, Groeneveldt, le fils de Barneveldt, a souffert ce qui est extrême dans une juridiction, parce qu'il avait caché le dessein de son frère qui avait ourdi le meurtre de Maurits d'Orange.

Ain, nous lisons que le prêtre Ahimelek a été tué par Saül avec les siens, surtout parce qu'il n'avait pas dénoncé la fuite de David au roi, voir 1S 22, 17.

Ce crime de haute trahison est commis non seulement contre le pouvoir suprême, mais aussi contre ses conseillers, sénateurs et généraux des soldats, voir Brunemann sur cette loi, nb 3. Mieux, contre les mulets eux-mêmes et les cuisiniers, voir Farinacius. Il est à bon droit observé que, quand ce crime est arbitraire, la porte est ouverte au despotisme, voir [Montesquieu], *L'esprit des loix*, liv. I, chap. 7. Sous le commandement d'un mauvais prince, Pufendorf, *le droit de*

à faire ou à penser quelque chose de malhonnête est considéré, dans cet Édit, être désigné. 4 - Mais sera-t-il ainsi seulement tenu, s'il a poussé un esclave de bon fruit à commettre un délit ou s'il l'a exhorté ou, à un mauvais [esclave], lui a conseillé comment il le commettrait ? Et il est plus vrai [de dire] qu'aussi, si, à un mauvais [esclave], il a conseillé de quelle façon il commettrait la faute, celui-ci est tenu. Mieux, si l'esclave allait de toute façon fuir ou commettre un vol, mais que celui-ci se présente comme l'apologiste de ce dessein, il en est tenu ; en effet, il ne faut pas qu'en la louant, la malice soit augmentée. En conséquence, s'il a fait d'un bon esclave un mauvais ou s'il a fait d'un mauvais [esclave] un pire, il sera considéré l'avoir corrompu ».

[1156] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 9, 6 et 7 ; C. 9, 8, 5 § 6. En argument, la règle 43 dans le Sexte et là, Dino, sur les règles du droit dans le Sexte, ici chapitre XXXII, § 4.

Extrait du livre VIII *De l'office du proconsul* d'Ulpien : *« On peut demander si ceux qui ont tué leurs parents, et aussi les complices, de la peine du parricide, seront affectés. Mœcianus dit que les complices doivent aussi être châtiés de la même peine et non seulement les parricides. Par conséquent, les complices, aussi les tiers, de la même peine, doivent être affectés ».*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, le créancier le sachant, pour la commission d'un crime, de l'argent a été remis, par exemple, si, pour l'achat d'un mauvais poison ou aussi à des brigands et des agresseurs, il était remis pour qu'ils tuent un père, de la peine du parricide seront tenus celui qui a demandé de l'argent et celui de ceux qui l'ont ainsi prêté ou qui l'avaient ainsi garanti ».*

Constitution d'Arcadius et Honorius au Préfet du prétoire Eutychianos et donnée en 397 : *« 6 - Ce à quoi nous avons veillé au sujet des ci-devant dits et de leurs fils nous le jugeons avec une même sévérité à l'égard de leurs complices conscients, de leurs serviteurs et de leurs fils ».*

Règle 43 du Sexte : *« Qui se tait est considéré consentir ».*

la nature et des gens, liv. VIII, chap. 5, § 5, nb 6, signale qu'il a toujours été répondu en faveur du fisc. Voyez aussi ci-dessus le liv. I, chap. II, § 2, sur la note 9. Voyez aussi ci-dessus le liv. I, chap. II, § 1, note 4. Les biens du convaincu et condamné pour ce crime sont adjugés au fisc, bien qu'il ait habité dans cet endroit où la confiscation des biens est tombée en désuétude, voir *Précis du droit Belgique*, p. 239. Ce qu'aussi le roi du Danemark, a entrepris d'étendre aux immeubles suédois, voir Aizema, *Zaken van Staat en Oorlog*, part. XI, p. 497 à la fin. Cependant, Louis XIV a remis cette peine à la veuve et aux enfants de Buat, puni du glaive à La Haye, voir de même Aizema, part. XIII, p. 304. De Réal défend que la confiscation et l'exclusion des biens n'est pas injuste, afin que les parents soient terrifiés par ce supplice de leurs enfants ; il réprouve cependant la peine de mort reçue chez plusieurs peuples, [*La science du gouvernement*], t. IV, p. 415. Comme aussi nous apprenons du livre saint qu'Amasia qui, au début de son règne, était un homme pieux, avait certes puni les accusés du meutre de son père, mais, à partir du commandement divin, voir Dt 24, 16, il avait épargné les enfants nés de parents innocents, voir 2R 14, 6, et 2Ch 25, 4.

Mieux, chez nous et les autres peuples, ils ne sont pas exclus des charges publiques, voir Feltman, *Aanmerkingen over den artikelbr.*, nb 8, p. 77. Noest, *Algemeen Staatsrecht*, liv. II, chap. 21, § 16, ne défend pas clairement cette injuste exclusion des biens. Toutefois, Lauterbach sur D. 3, 2 *(De ceux qui sont notés d'infamie)*, nb 20, tient le contraire, auquel ajoutez ce que j'ai relevé ci-dessus liv. I, chap. II, sur le § 2.

Mais les États de Hollande, le 1er mai 1732 ont abrogé entièrement très justement la confiscation des biens en n'exceptant pas même le crime de duel et de haute trahison, voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. VI, p. 577 ; ce qu'on suivi les États de Zélande le 16 décembre 1735 et, en faveur de l'abrogation de la confiscation, aux États Généraux, cela a été répondu par la Cour de Flandre le 26 avril 1745. En Gueldre, personne ne subit en même temps une peine corporelle et sur les biens, à l'exception du crime de duel, de parricide et de rapt violent, voir Schrassert, *Codex Gelro-Zutphanicus*, au mot *Confiscatie*, § 1. Il y a dans l'Écriture sainte un exemple de confiscation des biens dans Esd 7, 26.

Du reste, sur ce crime, on peut voir Heemskerk, p. 378 et il enseigne, p. 374, ce qu'il en était du droit de son temps quant à la confiscation des biens dans toute la Belgique et les régions voisines.

Enfin, il faut faire attention à ce que, dans ce crime, la seule volonté est punie, bien qu'elle n'ait pas encore eu un effet, comme cela a aussi été statué dans le droit militaire pour le déserteur ; et, si cela n'est pas clairement établi quant à la volonté, pourvu qu'il y ait même de très petits indices, il est soumis aux tortures, voir Johan Voet, *Van't Krygsrecht*, chap. 4, nb 20, p. 312 et suivantes.

Il y a aussi la loi assez dure selon laquelle tous les esclaves qui se trouvaient sous le même toit avec leur maître tué, sont affectés du dernier supplice, selon D. 29, 5 *(Du sénatus-consulte Silanien et Claudien ; ceux dont les testaments seront ouverts)*, 26. Barbeyrac, dans son *Discours sur la permission des loix*, p. 444, condamne à juste titre cette injustice, qui est cependant différemment limitée par Lauterbach sur ce titre, nb 3. De Réal, [*La science du gouvernement*], t. IV, p. 394, enseigne que quatre cents esclaves avaient été affectés du dernier supplice à raison du meurtre d'un seul maître et il loue cette injustice à raison de l'utilité publique.]

§ 15. Et tous ceux-ci sont tenus par le droit naturel à une compensation, chacun en totalité avec le fait que, l'un payant, les autres sont libérés [1157].

[1157] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 3 ; D. 2, 10, 1 § 4 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 5 et les jurisconsultes ici cités. Voir ici les §§ 9, 11 et 15.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … et certes, pour le tout ; mais, si, contre une seule, on a agi en justice, les autres seront libérées … ».*

Extrait du livre VII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Si plusieurs ont commis un dol, tous en sont tenus ; mais, si un seul a payé la peine, les autres sont libérés, du fait que cela n'importe en rien ».*

§ 16. À la compensation, quelqu'un est tenu aussi rapidement que celle-ci peut être faite et pour autant qu'elle peut être faite. Pour cela, puisque qu'un meurtrier ne peut pas compenser la vie, ainsi, il doit compenser ce qu'il peut envers ceux qui sont préjudiciés par la mort [du défunt] [1158] ; on n'est pas seulement tenu de dédommager l'enlèvement ou le mépris de ce que quelqu'un avait, mais aussi de ce qu'il avait disposé d'obtenir [1159] ; cependant, un égard étant pris là-dessus que le bien incertain et futur n'est pas d'une aussi grande valeur que le bien certain et actuel [1160].

§ 17. Une calomnie est compensée en parlant honorablement de celui qui est calomnié illégalement en dehors de la vérité [1161]. Une injure, comme naissant d'un mépris, est compensée par une humilité et un respect [1162].

§ 18. On est tenu de faire une compensation d'une propriété, complète ou incomplète ; aussi, d'une possession [1163], excepté lorsqu'il est totalement connu que le possesseur auquel

---

[1158] (Note de Groenewegen) Voyez le chapitre suivant, § 2.

Les mots *des overledens* ou "du défunt" ont été rajoutés dans le manuscrit de Lund, cf. p. 302.

[1159] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, iii, § 10 ; D. 9, 3, 7.

« § 10. Il a agréé que, non à partir des termes de la loi, mais à partir de l'interprétation, l'évaluation du corps détruit devait être tenue ce que nous avons dit, mais avec cela en plus, tout ce qui, en outre, ce corps ayant été détruit, d'un dommage, vous a été porté, comme si on avait tué ton esclave institué héritier par quelqu'un avant que celui-ci, sur ton ordre, accepte [la succession] ; car il est clair que la raison aussi de la succession perdue doit être tenue. De même, si, à partir d'une paire de mules, il a tué l'une, ou à partir d'un quadrige de chevaux, il a tué l'un ou que, des comédiens, un esclave a été tué, non seulement est faite l'évaluation du tué, mais avec cela en plus, est compté aussi de combien ont été dépréciés ceux qui survivent ».

Extrait du livre VI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Lorsque le corps d'un homme libre, à partir de ce qui aura été jeté ou répandu, a été blessé, le juge compte les honoraires payés aux médecins et les autres dépenses qui, en soin, ont été faites, en outre, [l'évaluation] des services dont il fut privé ou aura été privé à raison du fait qu'il a été rendu inutile ; mais, des cicatrices ou des difformités, il n'est fait aucune évaluation, parce qu'un corps libre ne reçoit aucune évaluation ».*

[1160] (Note de Groenewegen) Voir en argument les *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 33a.

« 33a. Il est demandé plus de quatre façons : avec le bien, avec le temps, avec le lieu et avec la cause. Avec le bien : comme si quelqu'un, pour dix pièces d'or qui lui étaient dues avait demandé vingt [pièces d'or] ou si celui auquel le bien, pour partie, appartient, avait soutenu que celui-ci en entier ou pour sa plus grande partie, était le sien ».

[1161] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le chapitre XXXVI, § 3.

[1162] (Note de Groenewegen) Voyez ci-après le chapitre XXXV, § 2.

[1163] (Note de Groenewegen) Voir D. 43, 16 *(De la violence et de la violence armée)*, 1 et tout le titre [qui contient 20 extraits.

Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "D'où toi, tu l'as, avec une violence, chassé, ou ta domesticité, de ce que celui-ci avait alors ici, seulement dans l'année et, après l'année, pour ce qui est arrivé à celui qui, avec une violence, a chassé, j'accorderai une action". 1 - Cet interdit est proposé à celui qui, avec une violence, a été chassé ; le fait est qu'il était très juste, à celui qui avait été chassé avec une violence, de donner un secours ; c'est pour recouvrer une possession que cet interdit est proposé. 2 - Mais, pour que rien, par le biais d'une violence, ne soit reçu, aussi, il y est pourvu par les lois Julia sur la violence des personnes publiques et des personnes privées, et aussi par les constitutions des empereurs. 3 - Cet interdit ne regarde pas toute violence, mais ceux qui sont été chassés d'une possession. Mais cet interdit regarde la seule violence cruelle et seulement ceux qui sont chassés d'une terre, comme par exemple d'un bien-fonds ou d'une construction ; mais il ne regarde pas autre chose. 4 - Et, si quelqu'un, d'une terre, a été chassé, sans aucun doute, à cet interdit, il y a lieu ; et, de façon générale, cet interdit regarde tous ceux qui, d'un bien attaché au sol, sont chassés ; en effet, quel qu'ait été l'endroit d'où quelqu'un, avec une violence, a été chassé, à l'interdit, il y a lieu. 5 - Par conséquent, si était en usufruit l'immeuble de rapport dont quelqu'un a été chassé, il appert qu'à l'interdit, il y aura lieu. 6 - En tout cas, il ne vient pas en doute que cet interdit ne concerne pas les biens mobiliers ; car, pour la cause de vol et des biens volés avec violence, une action se présente ; et l'on peut, pour la production, agir en justice. Clairement, si ces biens se trouvent sur un bien-fonds ou dans des bâtiments d'où quelqu'un a été chassé, aussi, au titre de ceux-ci, il ne doit pas être douteux que l'interdit se présente. 7 - Si quelqu'un, d'un navire, a été chassé avec une violence, à cet interdit, il n'y a pas lieu, avec l'argument de celui qui, d'un moyen de transport, a été chassé, dont nul n'a dit que, de cet interdit, il pouvait user. 8 - Clairement, si quelqu'un, de maisons de bois, a été totalement chassé, nul ne doute qu'à cet interdit, il y aura lieu, parce que quoi qui existe qui, au sol sera attaché, de là, celui qui, avec une violence, a été chassé a l'interdit. 9 - Est chassé celui qui possède, que civilement ou naturellement, il possède ; car aussi, la possession naturelle regarde cet interdit. 10 - Enfin, si un mari, à son épouse, a donné et que celle-ci a été chassée, elle pourra, de l'interdit, user ; non, cependant, s'il [est] un colon. 11 - Le préteur dit : "tu as chassé ou [ta] domesticité a chassé". À juste titre, la mention de la domesticité a été tenue ; car, du fait que le verbe "tu as chassé" est rapporté à la personne de celui qui a chassé et ne regarde pas celui dont la domesticité a chassé (en effet, moi, je ne suis pas considéré avoir chassé, si ma domesticité a chassé), il est logique d'ajouter "ta domesticité a chassé". 12 - Est considéré aussi avoir chassé celui qui a donné mandat ou ordonné que quelqu'un soit chassé ; en effet, il a été considéré qu'il*

importait peu [de savoir] si, de ses propres mains, quelqu'un avait chassé ou par l'intermédiaire d'un autre ; c'est pourquoi, si ma domesticité, à partir de ma volonté, a chassé, moi, je suis considéré avoir chassé. 13 - Chaque fois qu'un véritable procurateur a délogé, contre n'importe lequel des deux de ceux-ci (*i. e.* le procurateur et le principal), *Sabinus dit que l'on peut agir en justice et qu'au nom de l'un, à l'autre, on enlève, ainsi cependant, si, par l'un d'eux, l'évaluation du procès a été payée (en effet, n'est pas excusé celui qui, sur l'ordre de quelqu'un, a délogé, pas plus que si, sur l'ordre de quelqu'un, il tue) ; mais, quand le procurateur est faux, contre le procurateur lui-même seulement, l'interdit doit être fait. 14 - L'opinion de Sabinus est vraie. Mais, si, le fait qu'un autre a chassé, je l'ai confirmé, il y en a qui pensent que, selon Sabinus et Cassius qui comparent la confirmation au mandat, je suis considéré avoir chassé et que, de cet interdit, je suis tenu, et cela est vrai ; à meilleur droit, en effet, il est dit que, pour un délit, la confirmation est comparée au mandat. 15 - En conséquence, ce qui est ajouté "ou ta domesticité a chassé" a été écrit pour ce cas dans lequel ma domesticité, avec une violence, a chassé. Du reste, s'il l'a ordonné, lui-même, [avec une violence, l'a chassé et ne doit pas être accablé le maître qui ne l'a pas ordonné, s'il a acquitté l'acte de ses esclaves, quoique, sans son ordre, ils l'aient chassé]* [1163] *; car il ne sera pas accablé à ce titre, mieux, lorsque quelque chose lui est parvenu et qu'il l'a rendu ou que cela ne lui est pas parvenu, en livrant en abandon noxal les esclaves eux-mêmes à raison du délit, il sera sans dommage ; en effet, parce qu'il est contraint, en abandon noxal, de les livrer, en perte, il ne doit pas les compter, du fait que l'esclave, avec cela, peut rendre plus mauvaise la condition de son maître. 16 - Aussi l'appellation de domesticité comprend-elle les esclaves. 17 - Mais il est demandé quel nombre d'esclaves elle comprend, s'il est de plusieurs, ou de deux ou trois. Mais il est plus vrai que, dans cet interdit, même si un seul esclave, avec une violence, a délogé, la domesticité est considérée avoir délogé. 18 - Sous l'appellation de domesticité, il doit être dit qu'il faut que soient compris ceux qu'à la place d'esclaves, nous avons. 19 - Si quelqu'un, cependant, refuse de défendre son esclave ou sa domesticité, [cependant]* [1163]*, il doit être contraint de souffrir cet interdit, à savoir pour qu'il rende ce qui lui est parvenu. 20 - Si un fils de famille, avec une violence, a chassé, un interdit utile se présente. 21 - Si, contre celui qui, en liberté, à partir d'une servitude ou le contraire, est réclamé, après le début du jugement relatif à la liberté, j'userai de l'interdit et, s'il a été jugé libre et qu'il est apparu que, celui-ci l'ignorant, par ses esclaves, avec une violence, j'ai été chassé, en possession, je serai remis. 22 - Ce qu'un esclave, un procurateur ou un colon détient, le principal est considéré le posséder et c'est pourquoi, ceux-ci ayant été chassés, lui-même est considéré être, de la possession, chassé, même s'il ignore qu'ont été chassés ceux par l'intermédiaire desquels il possédait. 23 - Mais cet interdit, à aucun, ne se présente, si ce n'est à celui qui, alors, lorsqu'il est chassé, possédait et qu'un autre n'a pas été considéré être chassé que celui qui possède. 24 – Mais, que celui qui possède matériellement ou avec une intention ait été chassé, il est évident que ce dernier est considéré avoir été, avec une violence, chassé. Et, pour cette raison, si quelqu'un, de sa terre ou de sa maison, est parti en ne laissant personne des siens, celui qui revient bientôt s'est vu empêcher d'entrer dans le bien-fonds lui-même ou, si quelqu'un, au milieu d'un chemin, l'a retenu et que lui-même a possédé, avec une violence, il est considéré avoir été chassé ; en effet, tu lui as ôté la possession qu'en intention, il retenait, quoique non matériellement. 25 - Il est communément dit que, parce que nous retenons les possessions des pâturages d'été et d'hiver en intention, Proculus dit que cela, en exemple, est donné ; car, pour tous les biens-fonds desquels nous ne nous retirons pas avec cette intention de vouloir avoir renoncé à leur possession, il en est de même. 26 - Il est plus vrai que celui qui, ni en intention, ni matériellement, ne possédait, mais s'est vu empêcher d'y entrer et de commencer à posséder n'est pas considéré avoir été chassé ; est chassé, en effet, celui qui perd la possession, non celui qui n'y est pas reçu. 27 - Cassius écrit qu'il est permis de repousser une violence avec une violence et que ce droit, par la nature, est réglé ; mais il apparaît, dit-il, qu'à partir de ce [qui, dans l'interdit quant à la violence armée, a été reçu ou [que les choses semblables font défaut]* [1163]*, il est permis de repousser les armes avec les armes. 28 - Doit être défini comme, avec une violence, posséder celui qui, une fois chassé l'ancien possesseur, obtient la possession acquise avec une violence ou qui, pour cela même, s'étant équipé et préparé, et contre les bonnes mœurs, avec une aide, fait en sorte que ne puisse en être empêché celui qui entre dans la possession. Mais celui qui, avec une violence, a retenu sa possession, Labéon dit que, non avec une violence, il possède. 29 - De même, Labéon dit que celui qui, effrayé par la crainte d'un trouble, s'est enfui, avec une violence, est considéré avoir été chassé. Mais Pomponius dit qu'une violence, sans une violence matérielle, n'a pas lieu, en conséquence, aussi celui qui s'est enfui, certains venant en appui, si ceux-ci, avec une violence, ont occupé la possession, est considéré, avec une violence, avoir été chassé. 30 - Celui qui, de moi, avec une violence, possédait, si, par un autre, il est chassé, a l'interdit. 31 - Celui qui, avec une violence, a été chassé, quelque dommage qu'il ait ressenti à raison du fait qu'il a été chassé, doit recouvrer [sa possession] ; en effet, dans sa cause originelle, il doit être remis, [cause] qu'il aurait tenue, s'il n'avait pas été chassé. 32 - Si le bien-fonds, duquel, avec une violence, j'ai été chassé, m'a été rendu, mais que les autres biens qui, avec violence, ont été volés, ne sont pas rendus, ici, il doit être dit que l'interdit ne tient pas moins, parce qu'il est vrai qu'avec une violence, il a été chassé. Clairement, si quelqu'un a voulu, quant à la possession de la propriété du sol, par le biais de cet interdit, faire valoir en justice son droit, mais quant aux biens meubles, avec une action pour la production, il peut avoir celui-ci selon son jugement, et Julianus l'écrit ainsi ; il l'écrit de même, si quelqu'un, avec l'action des biens volés avec violence, quant aux biens de ce type, a voulu faire valoir son droit en justice. 33 - Mais ce que le préteur dit : "ce qu'il avait ici", nous le recevons d'une façon telle que tous les biens y sont compris, non seulement ceux qui étaient sa propriété, mais aussi si ceux-ci, chez lui, avaient été déposés, lui avaient été prêtés à usage ou mis en gage, ceux dont il avait l'usage, l'usufruit ou la garde, ou s'ils lui avaient été loués ; en effet, du fait que le préteur dit "avait", tous ceux-ci, dans le terme "avoir", sont compris. 34 - Mais, de façon très juste, le préteur a ajouté "qu'alors, ici, il avait". "Alors", nous le recevons ainsi "alors qu'il est chassé" ; et c'est pourquoi, si quelque chose, par la suite, a cessé de se trouver ici, il faudra dire que, dans l'interdit, cela entre. Il se fait ainsi que, même si des esclaves ou des troupeaux sont morts après l'éviction, à l'interdit, il y aura lieu. 35 - Enfin, Julianus écrit que celui qui, avec une violence, a chassé [quelqu'un] de ce bien-fonds sur lequel les esclaves se trouvaient, il est plus approprié [de dire] qu'aussi, sans la faute de ce dernier, les esclaves étant morts, il devra rendre leur évaluation par le biais de l'interdit, de même que*

quelque chose est pris n'est pas propriétaire [1164], mais un autre, dans lequel cas le délinquant est tenu par des moyens légaux d'aider le juste propriétaire [à venir] à son bien [1165].

[411] § 19. Tous ceux qui ont utilisé leur raison [1166] et, sur une telle chose, aussi les mineurs, étant arrivés en dehors de leurs années enfantines [1167], sont obligés par un délit à une compensation.

---

le voleur d'un esclave, celui-ci étant aussi mort, est tenu. Il dit que, pour cela, il est logique qu'il soit aussi contraint de restituer le prix d'une villa et des bâtiments, par un incendie, consumés ; en effet, quand quelqu'un a chassé, dit-il, il est considéré avoir dépendu de lui d'empêcher qu'il le restitue. 36 - Pour cela, il dit qu'il est établi que celui qui, avec une violence, a chassé [quelqu'un] et qui, avec une violence, sans dol, a cessé de posséder, de l'interdit, est tenu. 37 - Mais le préteur dit "ici", afin que, ce qu'il n'avait pas à cet endroit, personne ne l'inclue. 38 - Assurément, ce que dit le préteur "ici", comment le recevons-nous ? Est-ce dans cet endroit d'où quelqu'un, avec une violence, a été chassé ou pour toute possession ? Et, de meilleure façon, on dira que cela ne doit pas être rapporté à quelque chose d'étroit ou à l'endroit dans lequel il se trouvait, mais aussi à toute partie d'une possession, dont quelqu'un est privé, quand il est chassé. 39 - Il y a pour cet interdit une année utile. 40 - À partir du jour où quelqu'un a été délogé, des fruits, le compte est tenu, bien que, dans les autres interdits, à partir de celui où ils ont été publiés, non rétrospectivement, ils sont comptés. Il en est de même pour les biens meubles qui, ici, se trouvaient ; car leurs fruits doivent être comptés à partir de celui où quelqu'un, avec une violence, a été chassé. 41 - Mais non seulement, des fruits, le compte, dans cet interdit, est tenu, mais aussi, des autres profits, le compte doit être tenu ; car Vivianus rapporte que, dans cet interdit, tout ce qu'aura ou qu'aura obtenu celui qui a été chassé, si, avec une violence, il n'a pas été chassé, doit être rétabli ou qu'[au titre] [1163] *de cela, le procès, par le juge, doit être évalué et que celui-ci obtiendra seulement pour autant qu'il serait de son intérêt qu'avec une violence, il n'ait pas été chassé. 42 - À partir de l'interdit "d'où, avec une violence"* (unde vi), *aussi celui qui ne possède pas est contraint de restituer. 43 - Cet interdit, parce qu'il a l'atrocité d'un crime en lui, il a été demandé si, à un affranchi contre son patron, ou aux enfants contre leurs parents, il se présente. Et il est plus vrai que, ni à l'affranchi contre son patron, ni aux enfants contre leurs parents, il ne doit être accordé et il sera mieux qu'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *se présente. [Il en va] autrement, si, d'une violence armée, a usé, contre son affranchi, un patron, ou contre ses enfants, le parent ; car, ici, l'interdit se présente. 44 - Cet interdit, à l'héritier et aux autres successeurs, se présente. 45 - Le fait qu'à un autre qu'à celui qui possède, l'interdit "d'où, avec une violence"* (unde vi) *ne se présente pas fournit la preuve qui, chez Vivianus, a été rapportée, [à savoir que] si quelqu'un, avec une violence, m'a chassé, [mais] n'a pas chassé les miens, je ne peux, avec cet interdit, faire valoir en justice mon droit, parce que, par le biais de ces derniers, je retiens la possession, [eux] qui n'ont pas été chassés. 46 - De même, Vivianus rapporte : [quelqu'un] a chassé certains esclaves avec une violence, il en a retenu d'autres, les a garrottés ou aussi, leur a donné des ordres ; avec une violence, tu es entendu avoir été chassé ; en effet, on a cessé de posséder, lorsque les esclaves, par un autre, sont possédés. Et ce qui, pour le parti des esclaves, a été dit, de même, il dit que, pour tout, cela est dit, si personne, peut-être, n'a été chassé, mais qu'ils avaient commencé à être possédés par celui qui est entré sur la possession. 47 - Il traite de ce que nous aurions dit, si, un autre étant le possesseur, moi aussi, je suis entré sur la possession et que je n'ai pas chassé le possesseur, mais que je le contrains, étant garrotté, de faire l'ouvrage ; à quel degré, dit-il, serait la chose ? Moi, je pense plus vrai qu'est aussi considéré comme ayant été chassé celui qui, à cet endroit, a été garrotté. 48 - À partir de la cause de cet interdit, contre l'héritier, possesseur des biens, et les autres successeurs, une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *se présente pour ce qui leur est parvenu ».*

[1164] (Note de Groenewegen) Voir Gail, *Observationum practicarum … Libri duo*, liv. I, obs. 22, nb 8 ; Menochio, *De recuperandæ possessionis remediis*, I, nb 223.

[1165] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 16, 3, 31 § 1.

Extrait du livre IX des *Discussions* de Tryphoninus : *« 1 - Il y a ici un autre examen. Devons-nous juger la bonne foi seulement entre ceux qui ont contracté, sans y ajouter aucun étranger ou en considérant aussi les autres personnes auxquelles revient ce qui est fait ? À titre d'exemple, un voleur a déposé chez Seius, qui ne savait rien de la malice du déposant, les biens qu'il m'a soustraits : Seius devra-t-il en faire restitution au voleur ou à moi ? Si nous le considérons attentivement à travers celui qui remet et celui qui reçoit par lui-même, c'est là la bonne foi, de sorte que celui qui a remis reçoit la chose confiée ; si [nous considérons] l'équité de toute l'affaire qui est réalisée à partir de toutes les personnes qui sont impliquées dans cette affaire, ils doivent m'être rendus par celui par qui ils ont été enlevés par un acte très fourbe. Et je reconnais que cette justice est celle qui attribue à chacun le sien, d'une façon telle que cela ne le lui soit pas retiré avec la plus juste réclamation de quelque personne. Si moi, je ne viens pas pour les réclamer, ils ne doivent pas moins être restitués à celui qui les a déposés, bien qu'il ait déposé des biens mal réclamés. C'est ce qu'écrit Marcellus pour le pillard et le voleur. Si cependant, le brigand, qui l'ignore, a soustrait le bien au fils de quelqu'un ou à l'esclave de quelqu'un, et l'a déposé chez son père ou chez son maître, qui l'ignorent, sur le fondement du droit des gens, il n'y a pas de dépôt, dont le pouvoir est qu'il soit donné à un autre pour le conserver et non que sa propre chose [soit remise] au propriétaire comme si elle était à un autre. Si le voleur a déposé chez moi qui ignorais jusque-là son délit un bien qu'il m'a volé, moi l'ignorant, à bon droit, on dira que le dépôt n'est pas contracté, parce que, sur le fondement de la bonne foi, un propriétaire n'est pas contraint de restituer à un brigand son propre bien. Mais, s'il a été livré par le propriétaire qui l'ignorait encore, comme si c'était sur le fondement d'un dépôt, une réclamation de l'indu [lui] reviendra cependant ».*

[1166] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 52 ; D. 47, 8, 1 § 19 ; D. 47, 10, 3 § 1 ; D. 6, 1, 60.

Extrait du livre II des *Digestes* d'Alfenus : *« Si, à partir de coups mortels, un esclave est mort et que cela, ni avec la méconnaissance du médecin, ni avec la négligence de son maître, est arrivé, à bon droit, quant à une injure, pour celui qui a été*

§ 20. Le droit civil suit ici plus étroitement que sur d'autres choses le droit naturel, cependant, d'une façon telle que l'évaluation de la compensation, étant en elle-même

---

tué, on agit en justice. 1 - Un boutiquier, au milieu de la nuit, au-dessus d'une pierre, a placé une lanterne ; un certain passant l'a soustraite ; le boutiquier, l'ayant poursuivi, a replacé la lanterne et a retenu celui qui s'enfuyait ; celui-ci, avec un fouet, que, dans sa main, il avait, sur lequel il y avait un plomb (?) [1166]*, a commencé à fouetter le boutiquier pour qu'il le relâche ; à partir de cela, la rixe devenant plus importante, le boutiquier, à celui qui avait soustrait la lanterne, a crevé l'œil ; il a consulté [pour savoir] s'il n'était pas considéré avoir causé un dommage avec une injure, parce que le premier, avec un fouet, l'a frappé. J'ai répondu qu'à moins qu'intentionnellement, il n'ait crevé son œil, il n'était pas considéré avoir commis un dommage avec une injure ; en effet, la faute se trouve dans les mains de celui qui, le premier, avec le fouet, l'a frappé ; mais, si, de lui, le premier, il n'avait pas reçu de coups, mais lorsqu'il a voulu lui arracher la lanterne, il avait été battu, avec la faute du boutiquier, cela était considéré avoir été fait. 2 - Sur la montée du Capitole, des mules mènent deux chariots chargés ; les muletiers du premier chariot ont allégé le chariot de derrière pour que les mules le mènent aisément ; le chariot avant commença à reculer et, tandis que les muletiers qui se trouvaient entre les deux chariots, du milieu, se retiraient, le second chariot, frappé par le premier recula et écrasa l'enfant esclave de quelqu'un ; le maître de l'enfant consulta [pour savoir] contre qui il fallait qu'il agisse en justice. J'ai répondu que, dans la cause, le droit avait été disposé ; car, si les muletiers qui avaient retenu le chariot avant, volontairement, s'étaient retirés, que, pour cette raison, il a été fait en sorte que les mules ne puissent pas retenir le chariot et que, par le chargement lui-même, elles ont été attirées vers l'arrière, contre le propriétaire des mules, il n'y avait pas d'action et que, contre les hommes qui ont retenu le chariot arrière, avec l'action de la Loi Aquilia, on pouvait agir en justice ; car ne cause pas moins le dommage celui qui, ce qu'il retenait, l'a laissé aller de sa propre volonté, de sorte qu'il a frappé quelqu'un ; comme si quelqu'un n'avait pas retenu son âne alors qu'il s'agitait, également si quelqu'un envoie de sa propre main un jet ou quelque chose d'autre et cause un dommage avec une injure. Mais, si les mules, parce qu'elles avaient eu peur de quelque chose, [qu'elles avaient reculé] et que les muletiers, animés par la crainte, pour ne pas les écraser, avaient quitté le chariot, contre ces hommes, il n'y a aucune action, contre le propriétaire des mules, il y en a [une]. Si ni les mules, ni les hommes ne sont en cause, mais que les mules n'avaient pu retenir le chargement ou bien, alors qu'elles avaient ensemble fait des efforts, en une chute, elles s'étaient écroulées et que, pour cette raison, le chariot était revenu en arrière et que ceux-ci n'avaient pu retenir le chargement qui se trouvait à l'arrière, ni contre le propriétaire des mules, ni contre les hommes, il n'y a d'action. Et ceci, certes, de quelque façon que l'affaire se comporte : contre le propriétaire des mules placées à l'arrière, on ne peut agir en justice, parce que, non avec sa propre volonté, mais [les mules] ayant été bousculées, elles ont reculé. 3 - Une certaine [personne] a vendu des bœufs sous cette loi qu'il les donnerait à l'essai ; par la suite, il les a remis à l'essai ; l'esclave de l'acheteur, lors de l'essai, a été frappé par un autre bœuf avec sa corne ; il était demandé si le vendeur, à l'acheteur, devrait payer le dommage. J'ai répondu que, si le vendeur avait eu les bœufs achetés, il ne devait pas le payer ; mais, s'il n'avait pas eu les [bœufs] achetés, alors, si, avec la faute de l'esclave, il avait été fait en sorte que, par un bœuf, il fût frappé, [le dommage] ne devait pas être payé, si [c'était] un défaut du bœuf, il le devait. 4 - Alors qu'avec une balle, plusieurs [personnes] ont joué, l'une d'elles a heurté un petit esclave, tandis qu'il entreprenait de ramasser la balle, l'esclave est tombé et s'est brisé la jambe ; il était demandé si le maître du petit esclave, avec l'action de la Loi Aquilia, contre celui avec le choc duquel il était tombé, pouvait agir en justice. J'ai répondu qu'il ne le pouvait pas, du fait que, par accident plus qu'avec une faute, cela était considéré avoir été fait ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Celui qui a volé un bien, d'un vol non manifeste, est tenu au double et de biens pillés avec violence, au quadruple. Mais, si, antérieurement, on a agi en justice avec l'action des biens volés avec une violence, doit être refusée l'action de vol ; si, auparavant, avec l'action de vol, on a agi en justice, cette action ne doit pas être refusée, afin que, cependant, l'on poursuive ce qu'il y a de plus large en elle ».*

Extrait du livre XLII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Assurément, il y en a certains qui ne peuvent la commettre, comme par exemple le fou et l'impubère qui n'est pas capable d'un dol ; car ceux qui souffrent ordinairement une injure n'en commettent ordinairement pas. En effet, du fait que l'injure résulte du sentiment de celui qui la fait, il sera logique de dire que ceux-ci, qu'ils frappent ou disent une invective, ne sont pas considérés avoir commis une injure ».*

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qu'un possesseur, comme enfant qui ne parle pas ou comme fou, a perdu ou corrompu est impuni ».*

[1167] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 23 ; D. 50, 17, 111 pr ; mais quand quelqu'un, et à quelle époque, est entendu être arrivé en dehors de ses années d'enfance se trouve dans la décision du juge. Voir les docteurs sur ledit texte de D. 50, 17, 111 et sur les *Institutes de Justinien*, III, xix *(Des stipulations sans effet)*, § 9 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, cas. 57, nb 44 avec les suivants ; Covarruvias sur Clémentines V, iv *(De l'homicide volontaire ou accidentel)*, cap. unic., part. 3, au début, nb 5 ; Coras, *Miscellaneæ*, liv. v, cap. 23.

Extrait du livre XLI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Julianus, dans le livre XXII de ses Digestes, a écrit qu'un impubère pouvait commettre un vol, s'il était déjà capable d'un dol ; de même, on peut, contre l'impubère, avec l'action de dommage causé avec une injure, agir en justice ? Mais il dit que l'on doit employer une mesure ; car, sur des enfants qui ne parlent pas, cela ne tombe pas. Nous, nous pensons que, contre un impubère capable d'une faute, on peut, avec l'action de la Loi Aquilia, agir en justice. De même, est vrai ce que Labéon dit, [à savoir] que, le vol ayant été fait avec l'aide de l'impubère, il en est tenu ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Un pupille qui est proche de la puberté est capable de voler et de commettre une injure ».*

incertaine [1168], par le droit civil, est parfois rendue certaine, aussi occasionnellement augmentée avec l'ajout de quelque chose qui sert à une pénalité [1169].

§ 21. Pour ce qui regarde le fait de cacher, c'est chez nous un ancien usage que celui qui entretient un criminel, le cache ou le renforce, après qu'il en a reçu de la victime la connaissance légale [1170], est tenu envers la victime elle-même d'indemniser le dommage [1171].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1170 de Groenewgehn van der Made**

Nous venons d'inquer l'ordonnance des États de Zélande conte les homicides, § 7, aux mots *Zuks moet dit* - Cela doit être recherché".]

§ 22. Cependant, avant tout, il y a à savoir que le droit naturel regarde seulement la vérité de la chose ; mais le droit civil regardant que certains délits, aussi lorsque ceux-ci sont arrivés, ne sont pas bien à prouver, a introduit dans certaines affaires une obligation comme si cela était fait par un délit [1172].

[1168] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 24, joint à D. 22, 6, 2 et D. 46, 5, 11.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Dans la mesure où c'est de l'intérêt de quelqu'un, il se présente en fait, non en droit ».*

Extrait du livre V des *Parchemins* de Neratius : *« Dans toute partie, l'erreur sur le droit ne devra pas être tenue à la même place que l'ignorance de fait, du fait que le droit peut être et doit être déterminé et qu'en général, l'interprétation du fait trompe aussi les plus prudents ».*

Extrait du livre VIII des *Actions* de Venuleius : *« Dans les stipulations de ce type qui comportent une promesse "pour autant que vaut le bien", il est plus avantageux d'inclure une somme certaine, parce qu'en général, la preuve est difficile [de savoir] de combien sera l'intérêt de cela et qu'à une petite somme, cela est conduit ».*

[1169] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, §§ 9, 14 et 15.

« § 9. Avec ces termes de la loi "à combien cela, cette année, a été plus cher", cette sentence est exprimée pour que, si quelqu'un a tué ton esclave qui aujourd'hui sera boiteux, borgne ou manchot, qui, cette année, aurait été entier ou de plus de prix, ne soit pas tenu à autant que celui-ci sera aujourd'hui, mais à autant que, cette année, il aurait été plus cher. Avec cette raison, on a cru que l'action de cette loi était pénale, parce que, non seulement chacun est obligé à autant qu'il a causé de dommage, mais parfois, à plus ; c'est pourquoi il est clair que, contre l'héritier, cette action ne passe pas, qui aurait été transmise si, au-delà du dommage, le procès n'était pas évalué. (…) § 14. Il est clair que, de même qu'à partir du premier chapitre, chacun est ainsi tenu seulement si, avec le dol ou la faute de celui-ci, un homme ou un quadrupède avait été tué, de même, à partir de ce chapitre, à partir d'un dol ou d'une faute, quant à un autre dommage, chacun est tenu. Cependant, dans ce chapitre, non à combien cette année, mais à combien dans les trente derniers jours, la chose était, est obligé celui qui a causé le dommage. § 15. Et, pour ne pas ajouter, certes, le mot de "plus cher", à Sabinus, il a à bon droit agréé que l'évaluation devait être tenue de la même manière que si aussi, sur cette partie, le mot de "plus cher" avait été ajouté ; car le peuple Romain qui, à la demande du tribun Aquilius, a porté cette loi, s'était contenté du mot dont, dans la première partie, elle avait usé ».

[1170] (Note de Groenewegen) Car celui qui, ne connaissant pas une telle chose, le fait n'y est en rien tenu. Voir en argument C. 9, 39, 1 aux mots *"le sachant"* ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, cas. 348, nb 15 ; Carerus, *Praxis criminalis*, *de homicidio*, § 4, nb 32, et *de hæreticis*, nb 170.

Constitution de Valentinien, Valens et Gratien adressée au vicaire Simplicius et donnée en 374 : *« Une peine attendra également celui, ou celle, eux qui se sont associés avec eux en cachant les accusés d'un crime préjudiciable, eux-mêmes et les accusés et quiconque aura reçu, le sachant, des bandits et se sera abstenu de les présenter aux juges, sera châtié d'une peine corporelle ou de la perte de sa fortune à la faveur de la qualité de la personne et de l'estimation du juge ».*

[1171] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 47, 16, 1.

Extrait du livre II des *Jugements publics* de Marcianus : *« La pire espèce est celle des receleurs, sans lesquels personne ne peut pas rester longtemps caché et il est commandé qu'ils soient punis de la même manière que les brigands. Dans une égale situation, doivent être tenus ceux qui, alors qu'ils peuvent appréhender des brigands, en recevant de l'argent ou une partie de ce qui a été soustrait, les ont relâchés ».*

[1172] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre des *Institutes de Justinien*, IV, v *(Des obligations qui, comme d'un délit, naissent).*

Titre v : *Des obligations qui, comme d'un délit, naissent*

« Si le juge a fait le procès sien, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas considéré avoir été obligé. Mais, parce qu'à partir d'un contrat, il n'a pas été obligé net, en tout cas, est entendu avoir mal fait quelque chose, bien que par imprudence, pour cette raison, il est considéré, comme à partir d'un délit, être tenu et, sur autant, quant à cette chose, qu'il sera considéré juste à la religion de celui qui juge, il supporteras une peine. § 1. De même, celui à partir de l'appartement duquel, propre de celui-ci même, loué ou dans lequel i habitait à titre gratuit, quelque a été jeté ou déversé d'une façon telle qu'à quelqu'un, cela porte un préjudice, comme à partir d'un délit, est entendu obligé ; c'est pourquoi, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas entendu obligé, parce

§ 23. D'une façon telle qu'une obligation, non amiablement, nait d'un DÉLIT ACTUEL ou d'un DÉLIT PAR INTERPRÉTATION DE LA LOI.

*

[412] Chapitre XXXIII
Du délit contre la vie [1173]

§ 1. Un DÉLIT ACTUEL sera convenablement distingué selon la distinction des choses qui appartient à des personnes particulières, que nous avons dites ci-devant [1174] être la VIE, le CORPS, la LIBERTÉ, l'HONNEUR et les BIENS.

§ 2. Pour alors commencer [à parler] du DÉLIT CONTRE LA VIE, lequel est appelé un MEURTRE, sous quoi est compris tout ce par quoi un homme cause injustement la mort d'un autre homme [1175], duquel le meurtrier n'est pas tenu envers les héritiers pour les raisons ci-devant dites [1176] ; excepté aux frais d'ensevelissement et aussi d'autres, si certains frais en plus en sont causés par le délit [1177] ; mais bien à la veuve, aux enfants [1178], aussi aux

---

qu'en général, à raison de la faute d'un autre, il est tenu, d'un esclave ou d'une personne libre. À celui-ci, est semblable celui qui, dans cette partie dans laquelle, communément, on fait ordinairement route, a disposé ou suspendu ce qui peut, si cela est tombé, à quelqu'un, porter un préjudice ; dans ce cas, une peine de dix pièces d'or a été établie. Mais, quant à ce qui a été jeté ou déversé, l'action a été établie au double d'autant que le dommage aura été causé. Mais, à raison de l'homme libre tué, une peine de cinquante pièces d'or est établie ; s'il vit et qu'il est réputé lui avoir été porté préjudice, à autant qu'à raison de cette affaire, il est considéré juste pour le juge, l'action est accordée ; en effet, le juge doit compter la rémunération payée du médecin et les autres dépenses qui, pour le soin, ont été faites, en outre, des services avec lesquels il a guéri ou va guérir à raison de ce qui a été fait comme inutile. § 2. Si un fils de famille, séparément de son père, a habité et que quelque chose, à partir de l'appartement de celui-ci, a été jeté ou déversé, qu'il ait eu quelque chose de disposé ou suspendu dont l'accident est dangereux, à Julianus, il a agréé que, contre le père, il n'y avait aucune action, mais que, contre le fils lui-même, il fallait agir en justice. Cela, pour le fils de famille juge, doit être observé, [lui] qui a fait le procès sien. § 3. De même, l'armateur de navire, l'aubergiste ou le maître décurie, quant au dol ou au vol qui, dans le navire, l'auberge ou l'écurie, aura été fait, comme à partir d'un délit, est considéré être tenu, si seulement, il n'y a aucun délit de celui-ci, mais [celui] de quelqu'un de ceux avec le service duquel il exploite le navire, l'auberge ou l'écurie ; en effet, du fait qu'à partir d'un contrat, n'a pas été établie contre lui cette action et que, jusqu'à un certain point, il est accusé de la faute, parce que, du service de mauvais hommes, il usera, pour cette raison, comme d'un délit, il est considéré être tenu. Dans ces cas, une action en fonction des circonstances du fait (in factum) *se présente qui, à l'héritier, certes, est donnée, mais, contre l'héritier, elle ne se présente pas ».*

[1173] (Note de Groenewegen) Voir les titres sur la Loi Aquilia dans D. 9, 2, C. 3, 35 et *Institutes de Justinien*, IV, iii.

Dans le Digeste, ce titre renferme 57 extraits, dans le Code, 6 constitutions, et dans les *Institutes*, un prologue suivi de 16 paragraphes.

[1174] (Note de l'éditeur) Voir le liv. II, chapitre I, § 42 et suivants.

[1175] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 7 § 6.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Mais Celsus dit qu'il importe beaucoup [de savoir] s'il a tué ou s'il a fourni la cause de la mort, de sorte que celui qui a fourni la cause de la mort, non de la Loi Aquilia, mais d'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, est tenu. D'où, il rapporte [le cas de] celui qui a donné du poison à la faveur d'un médicament et il dit qu'il a fourni la cause de la mort, de même que celui qui, à un fou, a tendu une épée ; car celui-ci, de la Loi Aquilia, n'est pas tenu, mais d'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *».*

[1176] (Note de Groenewegen) Voir le chapitre XXXII, § 10, notes 1144, 1145 et 1146.

[1177] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 33.

Extrait du livre II *Sur Plautius* de Paul : *« Si tu as tué mon esclave, je pense que les sentiments ne doivent pas être évalués, comme si quelqu'un avait tué ton fils naturel que toi, à un grand prix, tu voudrais acheter, mais, au prix que, pour tous, il vaudrait. Sextus et aussi Pedius disent que les prix des biens, non à partir du sentiment ou de l'avantage de chacun, mais de façon commune, sont acquittés ; c'est pourquoi celui qui possède un fils naturel n'est pas plus riche en ce qu'il aurait racheté celui-ci à un plus grand prix, si un autre l'avait possédé, et que celui qui possède le fils d'autrui a le montant auquel, à son père, il pourrait le vendre. Dans la Loi Aquilia, en effet, nous obtenons le dommage ; et nous sommes réputés avoir perdu ce que nous avons pu obtenir ou ce que nous sommes contraints de payer. Pour les dommages qui, de la Loi Aquilia, ne sont pas tenus, une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *est accordée ».*

[1178] (Note de Groenewegen) Cela a aussi lieu, quoique les enfants eux-mêmes ne soient pas héritiers de l'homme abattu. En argument, voir D. 29, 2, 20 § 5 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 5 à la fin ;

autres, s'il y en a certains qui sont accoutumés d'être entretenus par le travail de l'homme abattu, le meurtrier est tenu de faire une indemnisation du dommage et de la perte de gain comptée à la manière d'une rente viagère [1179].

[**Note de Willem Schorer sur les note 1177 et 1178 de Groenewegen van der Made**
L'auteur signale ici que l'homicide est tenu indistinctement aux [dommages-]intérêts, aussi aux dépenses des funérailles. Cependant, cela a été autrement jugé dans le comté de Flandre, voir *Précis du droit Belgique*, p. 252. Et aussi, dans le loi mosaïque, celui qui avait blessé quelqu'un était tenu aux dépenses de soin et au dommage que le blessé avait souffert en ne travaillant pas, voir Ex 21, 19.]

§ 3. Bien que, maintenant, la poursuite de la peine sur l'homicide, comme aussi sur les autres délits, appartienne proprement et principalement aux officiers du comte [1180], là **[413]** où [il n'y a] déjà aucune plainte des parents, il est ainsi en usage chez nous qu'aussi la veuve, le veuf, les enfants et, à défaut de ceux-ci, d'autres proches parents peuvent faire la plainte ; et, dans le cas où là-dessus, suit une peine de mort ou bien où le délinquant est conduit au bannissement du pays, ainsi, les ci-devant dits époux, enfants ou parents n'ont aucun droit de plus qu'à une indemnisation, comme il a été dit. Mais, dans le cas où l'autorité suprême pardonne le délit, ainsi, les ci-devant dits époux, enfants ou parents du défunt sont cités [1181] pour contredire les lettres de pardon, de leur vérité ou de leur silence s'il leur plaît et sinon, pour transiger avec le délinquant selon des propos raisonnables [1182], transaction par laquelle ils ne peuvent pas stipuler que le délinquant s'en ira d'un lieu ou d'un autre [1183], mais bien

---

Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 47, 12 *(De la violation de sépulture)*, 10 ; *Consultatien van Hollandsche Rechtsgeleerden*, partie II, chap. 3, cons. 168.

Extrait du livre LXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Si, avec l'action de violation de sépulture* (sepulchri violati)*, un fils agit en justice, bien qu'elle soit héréditaire, parce qu'il ne prend rien des biens de son père, il n'est pas considéré, aux biens, être mêlé ; en effet, cette action contient plus une pénalité et une punition que la poursuite d'un bien ».*

[1179] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 7 ; *Institutes de Justinien*, IV, v (*Des obligations qui, comme à partir d'un délit, naissent)*, § 1 ; Groenewegen*, De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, v *(Des obligations qui, comme à partir d'un délit, naissent)*, § 1.

Extrait du livre VI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Lorsque le corps d'un homme libre, à partir de ce qui aura été jeté ou répandu, a été blessé, le juge compte les honoraires payés aux médecins et les autres dépenses qui, en soin, ont été faites, en outre, [l'évaluation] des services dont il fut privé ou aura été privé à raison du fait qu'il a été rendu inutile ; mais, des cicatrices ou des difformités, il n'est fait aucune évaluation, parce qu'un corps libre ne reçoit aucune évaluation ».*

« § 1. De même, celui à partir de l'appartement duquel, propre de celui-ci même, loué ou dans lequel i habitait à titre gratuit, quelque a été jeté ou déversé d'une façon telle qu'à quelqu'un, cela porte un préjudice, comme à partir d'un délit, est entendu obligé ; c'est pourquoi, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas entendu obligé, parce qu'en général, à raison de la faute d'un autre, il est tenu, d'un esclave ou d'une personne libre. À celui-ci, est semblable celui qui, dans cette partie dans laquelle, communément, on fait ordinairement route, a disposé ou suspendu ce qui peut, si cela est tombé, à quelqu'un, porter un préjudice ; dans ce cas, une peine de dix pièces d'or a été établie. Mais, quant à ce qui a été jeté ou déversé, l'action a été établie au double d'autant que le dommage aura été causé. Mais, à raison de l'homme libre tué, une peine de cinquante pièces d'or est établie ; s'il vit et qu'il est réputé lui avoir été porté préjudice, à autant qu'à raison de cette affaire, il est considéré juste pour le juge, l'action est accordée ; en effet, le juge doit compter la rémunération payée du médecin et les autres dépenses qui, pour le soin, ont été faites, en outre, des services avec lesquels il a guéri ou va guérir à raison de ce qui a été fait comme inutile ».

[1180] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 13, art. 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 9, 1 *(De ceux qui ne peuvent pas accuser)*. Voyez ci-devant le chapitre IV, § 5 ; ici dans le chapitre XXXII, § 7. Les lois romaines autorisent cela à chacun en particulier, voir C. 9, 1, 8 et tout ce titre.

Constitution de Gordien adressée au soldat Cajus et donnée en 239 : *« Les soldats ne sont pas empêchés de lancer une accusation qui triomphera à l'instar d'un jugement public, s'ils poursuivent un tort qui est leur ou de leurs proches. C'est pourquoi nous te permettons de poursuivre le meurtre de ton cousin germain ».*

Ce même titre du Code contient en tout 21 constitutions.

[1181] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction de la Cour de Hollande, art. 223.

[1182] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus, *Notita juris Belgici*, *De abolitionibus et remissionibus*, au passage *ante gratiam.*

[1183] (Note de Groenewegen) Comme trouvant bon cela même après une usurpation de juridiction, tel que cela est ordonné par la Cour de Hollande le 21 décembre 1622, voyez le *Formulaire de la requête*, p. 163-164.

au-dessus de la ci-devant dite indemnisation, une humble confession, de plus, qu'il devra céder sur la route et dans leurs maisons à leurs personnes [1184], comme aussi pour donner quelque chose à leurs personnes ou aux pauvres pour un argent de transaction [1185].

[**Note de Willem Schorer sur les §§ 2 et 3, sur les notes 1179 et 1180**

Si plusieurs parents concourent, comme l'épouse, les enfants, l'un n'est pas préféré à l'autre, mais, à chacun, est accordée une action ce qui est de son intérêt ; en effet, chacun n'agit pas quant à la peine, mais quant à la réparation du dommage ; en outre, cette action n'est leur pas donnée, tant aux héritiers du mort qu'aux lésés à partir de l'acte du meurtrier, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 9, tit. 2, nb 11. La Cour militaire de Zutphen a fait aussi mention dans sa sentence du 4 juin 1755 de la conciliation faite avec les proches, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 70.

Si l'un de plusieurs homicides a fait une conciliation avec la veuve ou les plus proches du mort, elle est utile pour les autres, bien qu'aucune mention de ceux-ci n'(ait été faite ; selon le proverbe commun : *LA RÉCONCILIATION DE L'UN EST UNE RÉCONCILIATION POUR TOUS LES AUTRES*, voir Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 29, nb 45. Toutefois, une rémission du crime ayant été obtenue du prince par l'un, elle n'est pas utile aux complices, voir Matthæus, *De criminibus*, lib. 48, tit. 20, nb 12.

Si plusieurs sont unis par le sang, dont les uns consentent à la transaction, les autres sont en désaccord, dans ce cas, il suffira que la majorité ait consenti à la conciliation, voir Matthæus, *De criminibus*, lib. 48, tit. 5, cap. 7, nb 9. Cependant, Gomez, *Resolutiones*, t. III, cap. 3, nb 63, est en désaccord. Ici, ne sont pas seulement tenus comme PROCHES ceux qui sont du même degré, mais ceux qui sont appelés avec un droit de représentation à la succession ab intestat ; supposez que les frères et les fils des frères subsistent ; avec ceux-ci aussi, il faut transiger. S'ils sont frères germains, consanguins ou utérins, les germains sont ici préférés. Cependant, cela tombe quand les frères consanguins ou utérins sont appelés avec les frères germains parmi ceux qui sont du même degré.

Ce qui est payé par un accusé [l'est] de la même façon que la succession est partagée, voir Matthæus, *De criminibus*, lib. 48, tit. 5, nb 8. Cependant celui qui est plus éloigné en degré est admis à dénoncer comme n'importe quel étranger ; et s'il vainc, les frais du procès lui sont procurés ; et cela a ainsi été décidé en France le 5 janvier 1536, signale Jean Imbert, *Institutiones forenses*, lib. III, p. 569.

En outrer, il fait signaler que la transaction faite avec la partie lésée ne porte pas préjudice au magistrat en empêchant qu'il puisse moins demander une peine pour le délinquant, voir Speidel, *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. II, lettre T, p. 1189.

Du reste, une rémission obtenue de dessous et à la dérobée est sans effet, du fait qu'un tel rescrit aura toujours cette condition sous-entendue : *si les prières s'appuient sur la vérité.* Mais, quand est-elle présumée avoir été obtenue par une obreption ? On peut voir ce que tient Voet, lib. 48, tit. 3, nb 7.

En outre, chaque fois que quelqu'un aura donné de l'argent ou quelque bien pour obtenir la rémission ou qu'il l'aura obtenue de celui qui n'avait pas la possibilité de remettre, l'obtention est sans effet, comme aussi, si la rémission a été obtenue dans l'année à partir de laquelle le meurtre a été fait, voir Voet, lib. 48, tit. 3, nb 8. Cependant, non rarement, avec la sentence du juge, il se voit ordonné de quitter la ville pour un certain temps et est condamné aux frais du procès, et il lui est enjoint que veiller autant que faire se peut à ne pas se présenter aux proches du mort, et ainsi la Cour l'a-t-elle prononcé le 24 juillet 1613, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, p. 329, et les 4 novembre 1560 et 20 janvier 1605, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, nb 236.

Sur la mesure et la forme de la confirmation de la rémission (communément l'*entérinement*), voyez longuement Wassenaar, *Praxis judicialis*, cap. 29, art. 31 ; Bort, *Tractaet van criminele zaken (Traité des affaires criminelles)*, tit. 12, p. 1 et suivante ; l'ordonnance sur la justice criminelle de 1570, art. 15, et ici, van Leeuwen dans sa note.

[1184] (Note de Groenewegen) Voyez la ci-devant dite sentence et le ci-devant dit *Formulaire*, p. 163, 164 et 165.

[1185] (Note de Groenewegen) Voyez ici le ci-devant dit *Formulaire*, p. 155 à 166.

[Pour savoir] comment on procède en Frise, voyez le statut de Frise, liv. II, tit. 14, et là Hamerster. En outre, il faut relever que, par la transaction, l'action du magistrat qui veut agir à partir de son office ne cesse en aucune manière, voir Carpzov, *Processus juridicus*, tit. 20, art. 2, nb 54.

Mais, à cette occasion, ne doit pas être passé sous silence qu'un droit de gracier se présente au pouvoir suprême, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VIIII, chap. 3, § 15. À bon droit cependant, Lauterbach, sur D. 48, 9 *(De la Loi Pompeia sur les parricides)*, nb 31, signale ce droit avec circonspection et [dit] aussi qu'il doit être exercé à partir d'une cause légale pour que quelqu'un ne se précipite pas sur des délits ; et ainsi aussi [le disent] l'auteur dans *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § XXIV.2, Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. II, chap. 13, § 15, de Réal, *La science du gouvernement*, t. VI, p. 187, et t. IV, p. 449. Mais l'auteur signale dans ledit endroit que les causes son arbitraires ; cependant, Pufendorf, § 14, en indique certaines, à savoir si les fins des peines ne semblent pas nécessaires dans un certain cas ou si le pardon peut produire une plus grande utilité que la peine. Supposons que quelqu'un soit un remarquable artisan, le meilleur chirurgien, par conséquent très utile au genre humain et qu'il ait un certain secret inconnu aux autres, voir l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § XXVI, et ce qui est semblable.

Mais il ne convient pas [de savoir] si l'homicide dolosif sera inconnu à quelqu'un. Car, de façon ferme, il n'y a aucune raison de douter du coupable. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. 3, § 26. Mais, dans une dissertation particulière, *De sacrosancto talionis jure (Du droit sacré du talion)*, Cocceji a entrepris de défendre le contraire, ; lui qui accorde au prince la possibilité de choisir le genre de la peine, pourvu que l'homicide soit puni de mort. Thomasius, dans sa dissertation particulière *De jure aggrantiandi principis Evangelici in causis homicidii (Du droit de gracier du prince évangélique dans les causes d'homicides)*, cap. 3, § 9, [publiée] à Halle en 1707, qu'indique Barbeyrac sur Pufendorf dans sa note 2, entreprend de nouveau de défendre la sentence de Pufendorf ; cependant, celle-ci n'est pas sous ma main, bien que je l'ai consciencieusement cherchée auprès des bibliothèques.

Cette sentence semble plus vraie, car, quoiqu'elle convienne tout à fait à l'équité et qu'il soit à propos pour la République qu'elle supprime les homicides, par ce moyen, chacun souffrira autant de peine qu'il a fait de mal, voir l'auteur, *le droit de la guerre et de la paix*, liv. I, chap. II, § V.3. Cependant, à partir de là, il ne s'ensuit pas que le pouvoir suprême ignore envers quelqu'un un homicide aussi dolosif et fait avec préméditation. Car Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. 3, § 26, observe que toute la détermination de la peine est du ressort du droit positif et doit être ajustée à la République, comme aussi l'auteur dans le chapitre précédent, § 7, dans la note 1101 . Ainsi, dans l'Angleterre voisine, l'homicide n'était pas autrefois puni de mort ; mais, suivant la loi d'Henry VII, la lettre M était marquée avec le feu au front de celui-ci, voir Johan Boomhouer, *Miles desertor of verhandeling over de dersertie (Le soldat déserteur ou traité sur la désertion)*, p. 137. Dans les temps très anciens, celui qui commettait des crimes plus atroces aussi, le crime de haute trahison étant excepté, était seulement condamné à la prison perpétuelle, pourvu qu'il puisse lire, voir Barbeyrac sur Pufendorf, liv. VIII, chap. 3, § 17, note 3. Chez nos ancêtres les Germains aussi, Heinecke, *Elementa juris Germanici*, lib. II, tit. 18, § 14, et tit. 30, § 369, qui traite des crimes et de leurs peines, expose *ex professo* que les supplices capitaux étaient autrefois plus rares. Mais personne ne doute que ce droit a été il y a quelque temps abrogé ; car, maintenant, le simple spectateur d'un homicide, si du moins, il n'a pas apporté d'aide à l'homicide, ou une très petite, est puni en tant qu'accusé d'homicide, voir Pappus van Tratsberg, *Corpus juris militaris*, p. 18. À partir de là, il s'ensuit aussi que la peine du talion a été établie par Dieu contre l'homicide, bien qu'elle soit très juste, cependant, à partir du seul droit divin, elle découle dans le droit volontaire ; car autrement, Dieu lui-même (que l'on pardonne le propos) est l'auteur éternel des lois naturelles et, étant aussi astreint à celles-ci, il n'aurait jamais pu ignorer le fratricide de Caïn ; ce que, cependant, dans ces premiers temps, à raison de la rareté des hommes, le très savant auteur a fait et cela, sous la menace d'une peine pour celui qui tue Caïn, voir Gn 4, 15. Cet exemple ne semble pas d'une petite importance ; mieux, le crime avait été exécuté dans des circonstances plus atroces ; car Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VIII, cap. 3, § 20, observe que la personne contre laquelle il est commis rend le crime moins excusable ; déjà, la main avait été polluée avec le sang fraternel. En outre, il signale, dans le § 19 qui précède, qu'il faut examiner surtout la cause impulsive pour pécher. Mais, de nouveau, non à

raison de l'injure portée, mais incité à raison de la seule jalousie, le crime est de façon certaine grave (voir Pr 27, 4), indigne d'un homme ; et Caïn l'a commis tout à fait non vu de Dieu. En outre, ce fut le premier homicide, non séduit par les exemples des autres et Pufendorf, *es devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. II, chap. 13, § 16, observe que cela surtout aggrave le crime, auquel je pense ajouter que pèche plus contre le Créateur et le prochain celui qui n'a en aucune manière tué un homme juste et pieux (lequel est décrit comme Abel, voir He 11, 4), et par conséquent, cher à Dieu. Cependant, l'auteur signale dans ses annotations sur Lc 6, 22, que Dieu n'a pas du tout ignoré le crime de Caïn, mais qu'il lui a infligé une certaine fuite étendue, ainsi, de sorte qu'il le rende détestable en même temps à tous, afin qu'il ne lèse pas les autres avec la contagion de son exemple ; de la même façon, comme dans la loi mosaïque, ceux qui sont en peine d'une gale honteuse étaient écartés de tout commerce avec les hommes, afin que leur maladie ne passe pas sur un autre. Mais je doute [de savoir] si cette allégorie procèdera, car, avec ce moyen, elle était sans effet pour la propagation aux hommes, du fait que, cependant, cette cause pour laquelle Dieu lui a remis la peine de mort me semble finale.

Nous avons presque un exemple semblable, bien que pas si atroce, dans l'histoire romaine ; car, lorsque qu'Horace a tué en duel un ennemi de la patrie, mais le fiancé de sa sœur germaine et que celle-ci a pleuré non seulement la mort de son fiancé, mais aussi, a souillé avec une grande déploration le triomphe de son frère, celui-ci, incité par la douleur de son âme, tua sa sœur. Néanmoins, à raison du bénéfice public qu'il avait apporté au peuple romain, il a été absous de la peine ordinaire des homicides, voir Daniel von Clasen, *De jure aggratiandi*, [publié] à Magdebourg en 1660, cap. 5, p. 52, qui a labouré *ex professo* cette matière, auquel est ajouté Noest, *Algemeen Staatsrecht*, liv. II, chap. 10, § 26. Speidel, *Sylloge quæstionum juridicarum et politicarum*, vol. I, lettre G, p. 1317, indique un grand nombre d'auteurs qui sont en désaccord.]

§ 4. Et sont tenus à une telle chose non seulement ceux qui ont été les coupables [1186], mais aussi ceux qui ont été en logement avec ceux-ci, ou en terres [1187] ou autrement, ont causé clairement le meurtre [1188].

[1186] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 11 §§ 1-2 ; Damhouder, *Praxis criminalis*, cap. 76, nb 24. Voyez en outre Menochio, *De arbitrariis judiciis*, cas. 362.

[1187] (Note de Groenewegen) Voir Covarruvias sur Clémentines, V, iv, cap. unic. Part. II, § 2, nb 5 ; Clarus, § *Homicidium*, nb 38 ; Gail, *Practicarum observationum …Libri duo*, liv. II, obs. 109, nb 1 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 5.

[1188] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 51.

Extrait du livre LXXXVI des *Digestes* de Julianus : *« Un esclave a été blessé de telle façon qu'il est certain que, de ce coup, il mourra ; puis, dans le temps intermédiaire, il a été institué héritier et, par la suite, ayant été par un autre frappé, il est mort ; je demande si, contre les deux, quant à l'esclave tué, avec l'action de la Loi Aquilia, on pourra agir en justice. [Julianus] a répondu : est réputé avoir tué communément, certes, celui qui, avec un quelconque moyen, a fourni la cause de la mort ; mais, de la Loi Aquilia, a été considéré être tenu seulement celui qui, en employant une violence et comme avec une voie de fait, avait fourni la cause de la mort, à savoir en étendant l'interprétation du mot "frapper" et de "meurtre". Derechef, de la Loi Aquilia, ont été jugés être tenus non seulement ceux qui avaient blessé d'une façon telle qu'immédiatement, ils privaient de la vie, mais aussi ceux dont, d'une blessure, il est certain qu'ils perdraient la vie. En conséquence, si quelqu'un, à un esclave, a infligé une blessure mortelle et qu'un autre, à partir de cet intervalle, l'a frappé d'une façon telle qu'il en est mort plus promptement que, de la première blessure, il serait mort, il faut établir que les deux, de la Loi Aquilia, sont tenus. 1 - Cela est en accord avec l'autorité des anciens qui, quand, par plusieurs, de même, un esclave avait été blessé, d'une façon telle que n'apparaissait pas avec le coup duquel coup il avait péri, tous, de la Loi Aquilia, étaient tenus. 2 - Mais la même évaluation de celui qui est mort, sur la personne des deux, ne sera pas faite ; car celui qui a blessé le premier paiera seulement autant que, l'année prochaine, l'esclave valait plus cher, en comptant, à partir du jour de la blessure, trois cent soixante-cinq jours, le second sera tenu à autant que l'esclave pourra être vendu plus cher dans l'année proche, durant laquelle il a perdu la vie et durant laquelle il y aura aussi le prix de la succession. En conséquence, au titre du même esclave tué, l'un paiera une évaluation plus importante, l'autre une moindre évaluation, ce qui n'est pas étonnant, du fait que l'un et l'autre d'entre eux, à partir d'une cause différente et à des moments différents, sont entendus l'avoir tué. Si quelqu'un a pensé que, par nous, de façon absurde, cela était établi, qu'il songe qu'il est de loin plus absurde qu'il soit établi qu'aucun des deux, de la Loi Aquilia, ne sera tenu ou que plutôt, l'un [le sera], du fait qu'il ne faut pas que les délits restent impunis et que, facilement, il ne peut établi lequel plutôt, de la Loi, sera tenu. Mais on peut montrer que de nombreuses choses, selon le droit civil, contre la raison, à la faveur de l'utilité commune de la discussion, ont été reçues dans d'innombrables affaires ; je me contenterai, pour l'instant, d'en avoir posé une seule. Quand plusieurs ont soustrait la poutre d'autrui pour la voler, [poutre] que chacun ne peut pas porter, tous de l'action de vol, sont jugés être tenus, bien qu'avec*

§ 5. Et, quoiqu'il y ait ainsi que, pour la peine, aussi, pour la transaction, une grande différence est à faire si un meurtre est fait de façon mortelle, c'est-à-dire à la dérobée et en guettant, ou qu'autrement, **[414]** le délinquant de la chose l'aperçoit et la victime de la chose ne l'apercevant pas, ou si celui-ci est fait dans un combat, avec des armes permises ou interdites, semblables ou dissemblables, et celui qui a donné cause au combat, ou si finalement le meurtre n'est pas fait par une nécessité, mais par une négligence [1189] ; cependant, pour ce qui concerne l'indemnisation, une telle chose n'est pas considérée, puisque, à cela, il est suffisant que la mort soit arrivée par la faute de quelqu'un [1190], ce sous

---

une raison subtile, il puisse être dit que personne d'entre eux n'en est tenu, parce qu'il est vrai que personne [individuellement] ne l'a soustraite ».

[1189] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 8, 7. Sur ces circonstances et celles qui sont semblables, voyez en outre Gail, *Practicarum observationum … Libri duo*, liv. II, obs. 110 ; Clarus, § *Homicidium*, nb 1 avec les suivants ; Matteo-Antonio Bassani, *Theorico-Praxis criminalis*, tit. *De homicidio*, nb 68 avec les suivants.

Extrait du livre unique *Des jugements publics* de Paul : *« Dans la Loi Cornelia, le dol est reçu pour l'acte. Dans cette loi, la faute lourde, pour un dol, n'est pas reçue. C'est pourquoi, si quelqu'un s'est précipité d'une hauteur, qu'il est arrivé sur un autre et l'a tué, ou qu'un élagueur, de l'arbre avec une branche, est tombé, ne l'a pas crié à l'avance et a tué celui qui passait à côté, au châtiment de cette loi, ils ne ressortissent pas ».*

[1190] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 11, 44 et 45.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, Mela l'écrit, si , alors que certains jouaient à la paume, quelqu'un, de façon plus passionnée, en frappant la paume, l'a abattue sur la main d'un barbier et que la gorge d'un esclave, que le barbier rasait, a été tranchée par un coup de rasoir ; pour n'importe lequel d'eux, y aura-t-il une faute, celui-ci, de la Loi Aquilia, est-il tenu ? Proculus [dit] que, pour le barbier, il y a une faute ; et assurément, s'il rasait là où l'on jouait de façon coutumière ou bien où le passage était fréquent, il y a que cela lui sera imputé ; bien qu'il ne soit pas mal dit que, si quelqu'un, à un barbier qui a son siège dans un endroit dangereux, s'est confié, lui-même doive se plaindre de lui. 1 - Si l'un l'a tenu et que l'autre l'a tué, celui qui l'a tenu, comme s'il avait fourni la cause de sa mort, d'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, est tenu. 2 - Mais, si plusieurs ont frappé l'esclave, voyons si tous, comme s'ils l'avaient tué, seront tenus. Et, si, certes, apparaît avec le coup duquel il a péri, celui-ci, comme s'il l'avait tué, sera tenu ; si cela n'apparaît pas, Julianus dit que tous, comme s'ils l'avaient tué, seront tenus et que, si contre l'un, l'on agit en justice, les autres ne seront pas libérés ; car, à partir de la Loi Aquilia, ce que l'un a procuré ne décharge pas l'autre, du fait qu'il y aura une peine. 3 - Celsus écrit que, si l'un, avec une blessure mortelle, l'a frappé et qu'un autre, par la suite, lui a ôté la vie, le premier, certes, ne sera pas tenu comme s'il l'avait tué, mais comme s'il l'avait blessé, parce que, d'une autre blessure, il est mort, le second sera tenu [du meurtre], parce qu'il l'a tué. C'est ce qu'il a semblé à Marcellus et ce qui est plus plausible. 4 - Si plusieurs ont jeté une poutre et qu'ils ont écrasé un esclave, également, aux anciens, il agrée que tous, de la Loi Aquilia, soient tenus. 5 - De même, contre celui qui a mis en colère un chien et qui a fait en sorte qu'il morde quelqu'un, bien qu'il ne l'ait pas tenu, Proculus a répondu qu'il y avait l'action de la Loi Aquilia ; mais Julianus dit que, de la Loi Aquilia, est seulement tenu celui qui le tenait et a fait en sorte qu'il morde quelqu'un ; du reste, s'il ne le tenait pas, avec une action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, il faut agir en justice. 6 - Mais l'action de la Loi Aquilia, au propriétaire* (erus)*, se présente, c'est-à-dire au maître. 7 - Si, contre cet esclave que, pour toi, je vais reprendre, un dommage avec une injure a été commis, Julianus dit que l'action de la Loi Aquilia, à moi, se présente et que moi, lorsque j'aurai commencé à le reprendre, je te le rendrai. 8 - Mais, si l'esclave, de bonne foi, envers quelqu'un, a fait le service, à lui, l'action de la Loi Aquilia se présente-t-elle ? Et une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *devra plus être accordée. 9 - Julianus dit que celui auquel des vêtements ont été prêtés à usage, ne peut pas, s'ils ont été coupés, avec la Loi Aquilia, agir en justice, mais qu'au propriétaire, celle-ci se présente. 10 - Julianus débat [de savoir] si l'usufruitier ou l'usager aura l'action de la Loi Aquilia ; et moi, je pense meilleur qu'une action utile, à partir de cette cause, doive être accordée ».*

Extrait du livre XLII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Dans la Loi Aquilia, la plus légère faute entre. 1 - Chaque fois que, son maître le sachant, un esclave a blessé ou tué, de l'action de la Loi Aquilia, il n'est pas douteux que le maître soit tenu ».*

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« Nous recevons ici la connaissance* (scientia) *pour la faculté à supporter* (patientia)*, de sorte que celui qui pouvait empêcher soit tenu, s'il ne l'a pas fait. 1 - Avec l'action de la Loi Aquilia, on peut agir en justice, l'esclave blessé étant aussi en bonne santé. 2 - Si tu as tué mon esclave, alors que tu le pensais libre, de la Loi Aquilia, tu seras tenu. 3 - Alors que, par-dessus des chaumes brûlants, deux [esclaves] ont sauté, que les deux se sont heurtés, sont tombés et que l'un, par la flamme, a été consumé, on n'agit en rien en justice à ce titre, si l'on n'entend pas lequel des deux, par l'autre, a été renversé. 4 - Ceux qui, alors qu'autrement, ils ne peuvent se défendre, ont causé un dommage sont sans reproche ; en effet, toutes les lois et tous les droits permettent de défendre une violence avec une violence. Mais, si, pour me défendre, j'ai envoyé une pierre contre un adversaire, que je ne l'ai pas frappé, mais frappé un passant, je serai tenu de l'action de la Loi Aquilia ; en effet, il est accordé que seul, celui qui porte la violence frappe et cela, si, pour se défendre seulement et non pour se venger, cela a été fait. 5 - Celui qui enlève un mur propre, de l'action de dommage avec une injure, envers son propriétaire, est tenu ».*

quoi est comprise la négligence ou l'ignorance d'un médecin [1191], de la sage-femme [1192], la négligence ou l'incompréhension d'un voiturier [1193] ou d'un patron de navire [1194] ou la faiblesse de celui-ci dans le gouvernement du navire ou des chevaux. Les juges qui ont condamné illégalement à mort quelqu'un sont aussi coupables d'un meurtre [1195].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1194 de Groenewegen van der Made**

Quant au conducteur de voiture qui en détourne le cours, on peut voir les *Responsa juriconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 325. Et quant au dommage causé aussi sans le faute de celui-ci même, il a été répondu, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons 214, nb 2 et 3, que le conducteur de voiture était tenu à l'instar du patron de navire. Cependant, Lauterbach, sur D. 4, 9 *(Des marins, des aubergistes et des maîtres d'écurie, pour qu'ils restituent ce qui a été reçu)*, nb 16, est en désaccord, parce qu'ici, cesse ma raison à raison de laquelle le préteur avait ainsi statué qui

---

[1191] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 8 pr ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, §§6-7. Voyez en outre Groenewegen, *De legibus abrogatis* ici même.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« La règle est la même, si quelqu'un, d'une drogue, faussement, a usé. Mais aussi celui qui, de bonne façon, a donné son secours et a abandonné le soin ne sera pas en sécurité, mais, comme coupable d'une faute, est entendu ».*

« § 6. En outre, si le médecin qui a amputé ton esclave, a abandonné le soin et qu'à raison de cela, l'esclave est mort, il est accusé d'une faute. § 7. L'incompétence est aussi comptée pour une faute, comme si un médecin avait tué ton esclave pour la raison qu'il l'avait amputé de mauvaise façon ou lui avait donné faussement un médicament ».

[1192] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 9 pr.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, si une accoucheuse a donné un médicament et que, de là, la femme est morte, Labéon fait une distinction, de sorte que, si, certes, de ses mains, elle l'a administré, elle est considéré l'avoir tuée ; mais, si au contraire, elle l'a donné pour que la femme se l'administre, une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *devra être accordée ; cette opinion est vraie ; en effet, elle a plus fourni la cause de la mort qu'elle a tué ».*

[1193] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 8 § 1 ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 8.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - Il est communément dit que le muletier aussi, si, par incompétence, il n'a pas pu retenir un mouvement brusque de ses mules, si elles ont écrasé l'esclave d'autrui, au titre de sa faute, est tenu. De même, on le dit, si, à cause d'une faiblesse, il n'a pas pu retenir l'impulsion brusque des mules ; ce n'est pas considéré comme injuste, si la faiblesse, pour une faute, est comptée, du fait que chacun ne doit pas viser à ce en quoi il a entendu ou doit entendre que sa faiblesse, pour autrui, serait dangereuse. La règle est la même pour la personne de celui qui ne pourra pas retenir le mouvement brusque d'un cheval, avec lequel il est fait un transport, à cause de son incompétence ou de sa faiblesse ».*

« § 8. Avec le mouvement subit de mules que le muletier, à raison de son incompétence, n'a pas pu retenir, si ton esclave a été écrasé, le muletier est accusé d'une faute. Mais, si, à raison d'une faiblesse, il n'a pas pu les retenir, alors qu'un autre, plus ferme, aurait pu les retenir, également, il est tenu d'une faute. Les mêmes choses ont agréé quant à celui aussi qui , alors qu'il est transporté avec un cheval, avec son mouvement subit, à raison d'une faiblesse ou à raison de son incompétence, n'a pas pu le retenir ».

[1194] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 29 § 2.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Si ton navire, en heurtant ma barque, m'a causé un dommage, il a été demandé quelle action, à moi, se présenterait. Et Proculus a dit que, s'il était au pouvoir des marins que cela ne se produisît point, qu'avec leur faute, cela était arrivé, avec l'action de la Loi Aquilia, contre les marins, il fallait agir en justice, parce qu'il importait peu qu'en laissant aller librement le navire ou qu'en maniant le gouvernail pour conduire le navire, tu eusses causé le dommage de ta main, parce qu'avec tous ces moyens, par ton biais, j'étais affecté d'un dommage ; mais, si, une fois rompu un câble ou alors que, par personne, il n'était gouverné, le navire s'était jeté [contre la barque], contre le propriétaire, on ne devait pas agir en justice ».*

[1195] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 9, 2, 29 § 7 ; C. 7, 49, 2. Voyez de plus ci-après le chapitre XXXVII, § 9.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Les magistrats municipaux, s'ils ont causé un dommage avec une injure, peuvent, de l'action de la Loi Aquilia, être tenus. Car, lorsque quelqu'un a pris des animaux de bétail en gage et, de faim, les a fait mourir, tandis qu'il ne souffre pas que tu leur apportes de la nourriture, une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *doit être accordée. De même, si, tandis qu'il pense, sur le fondement de la loi, prendre le gage, que, sur le fondement de la loi, il ne l'a pas pris et qu'il rend des biens épuisés et anéantis, il est dit que la Loi Aquilia a lieu ; cela doit être dit, si, sur le fondement de la loi, il a pris le gage. Si, cependant, le magistrat, contre celui qui résiste, a commis quelque chose plus violemment, il ne sera pas tenu de l'action de la Loi Aquilia ; car, lorsqu'en gage, il a pris un esclave et que celui-ci s'est pendu, aucune action n'est accordée ».*

Constitution de Constantin adressée à Felix, gouverneur de la Corse, donnée en 319 : *« Au sujet de celui qui, corrompu avec une somme d'argent ou une faveur, a faussement jugé une grâce, à celui que la demande a blessé, non seulement pour les dépenses de l'évaluation, mais aussi pour la décision du procès, se présentera ».*

semblait [être] unique, [à savoir] que ce genre d'hommes, une nation adroite, est assez souvent d'une foi très légère et c'est pourquoi ils conspirent ordinairement avec des voleurs. À partir de là aussi, lorsqu'un conducteur de voiture a pris à bail pour transporter de la monnaie enfermée dans un coffre et que, l'argent ayant été perdu, il a allégué qu'il avait été enlevé dans un vol, il a été répondu que le conducteur de voiture n'était pas autrement tenu, à moins que le propriétaire des espèces monétaires n'ait prouvé la faute du conducteur de voiture, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 26, defin. 19, nb 5. Et à bon droit, si celui-ci a eu la possibilité de substituer une autre personne à partir du consentement du propriétaire, autrement, la faute a ici précédé le cas ; dans ce cas aussi, nous avons relevé ci-dessus, liv. III, chap.VIII, § 4, sur les notes 382 et 383, la force majeure devait être garantie.]

§ 6. Celui qui avait une bête sauvage ou une autre bête qui était habituée à mal agir et ne l'a pas bien assurée, s'il vient par cela à tuer quelqu'un, est tenu du meurtre pour autant que cela concerne la compensation [1196].

§ 7. Mais, s'il y a que quelqu'un, en dehors de toute négligence [1197], a fait qu'il lui soit permis, dans une place autorisée [1198] et d'une manière autorisée [1199] et que, par cela, un autre

---

[1196] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 40 et 41 ; *Institutes de Justinien*, IV, ix *(Si un quadrupède est réputé avoir commis un dommage)*, § 1.

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« … en effet, ceux-ci ne devront pas être séparés. Ensuite, les édiles disent : "afin que personne [n'ait] de chien, de porc, de sanglier, de loup, d'ours, de panthère, de lion …" »*

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* de Paul : *« … et, de façon générale, un autre animal qui est nuisible, qu'ils aient été détachés ou attachés, de sorte que, contenus dans des liens empêchant qu'ils n'apportent un dommage, ils ne le puissent pas ».*

« § 1. Du reste, il faut savoir que, dans l'Édit des édiles, nous nous voyons interdire d'avoir un chien, un verrat, un sanglier, un ours et un lion là où, communément, l'on fait route ; et, si, contre cela, il a été fait et qu'il est réputé avoir nui à un homme libre, ce qui est considéré bon et juste au juge, à autant, le propriétaire sera condamné. Pour les autres biens, au double de combien le dommage a été causé. En dehors de ces actions édiliciennes, l'action de dommage causé par un animal (de pauperie) *aura lieu ; jamais, en effet, les actions étant surtout en concours quant à la même affaire, l'une ne consume l'autre ».*

[1197] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 5 § 1, 27 § 9, 29 § 3 et 30 § 3.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais il faut que nous recevions ici comme une injure, non de même que pour l'action d'injures, un certain outrage, mais ce qui, légalement, n'a pas été fait, c'est-à-dire à l'encontre du droit, c'est-à-dire, si, avec sa faute, quelqu'un a tué ; et c'est pourquoi, parfois, les deux actions concourent, celle de la Loi Aquilia et l'action d'injures, mais il y aura deux évaluations, l'une, du dommage et l'autre, de l'outrage. En conséquence, nous recevons ici l'injure comme le dommage causé avec la faute même par celui qui n'a pas voulu porter un préjudice ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si l'esclave chargé du four d'un colon s'est profondément endormi au four et que la maison en a été brûlée, Neratius écrit que, sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, celui qui a été cité en justice doit le garantir, s'il a été négligent dans le choix de ses serviteurs ; du reste, si l'un met le feu dans le four et qu'un autre, de façon négligente, l'a gardé, celui qui a mis le feu en sera-t-il tenu ? Car celui qui a la garde n'a rien fait et celui qui, à bon droit, a mis le feu n'est pas en faute ; qu'en est-il donc ? Je pense que se présente une action utile tant contre celui qui s'est endormi devant le four que contre celui qui l'a négligemment gardé, et que personne n'aurait dit, contre celui qui s'est endormi profondément, qu'il avait souffert une chose humaine et naturelle, du fait qu'il aurait dû éteindre le feu ou le protéger d'une façon telle qu'il ne s'étende pas ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - De même, Labéon écrit que, si, alors qu'un navire, par la force des vents, a été poussé sur les câbles des ancres d'autrui et que tous les matelots ont coupé ces câbles, si, avec aucun autre moyen, si ce n'est en coupant les câbles, il n'a pas pu se tirer d'affaire, aucune action ne doit être accordée. De même, Labéon et Proculus l'ont jugé pour les filets de pêcheurs, dans lesquels un navire de pêche est tombé. Clairement, si, avec la faute des pêcheurs, cela s'est produit, avec l'action de la Loi Aquilia, il faut agir en justice. Mais, quand, avec l'action de dommage avec une injustice, on agit en justice à cause des filets, des poissons qui n'y ont pas été pour cette raison capturés, n'est pas faite l'évaluation, du fait qu'il était incertain [de savoir] s'ils seraient capturés. De même, pour les chasseurs et les oiseleurs, cela doit être approuvé ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Dans cette règle aussi qui, de ce chapitre, naît, le dol et la faute sont punis ; c'est pourquoi, si quelqu'un, à de la paille ou à des épines pour les brûler, a mis le feu, que, plus tard, le feu, en s'échappant et en progressant, a causé du tort au champ de céréales ou à la vigne d'autrui, recherchons si, avec son incompétence ou sa négligence, cela est arrivé. Car, si, lors d'un jour de vent, il l'a fait, il est accusé d'une faute (car celui qui en fournit l'occasion est considéré avoir causé le dommage) ; et, dans ce même crime, se trouve celui qui n'a pas veillé à ce que le feu, plus loin, n'avance pas. En revanche, s'il a veillé à tout ce qu'il fallait ou si une violence subite du vent a poussé le feu plus loin, il est exempt de faute. 4 - Si un esclave n'a pas été blessé à mort, mais, avec une négligence, a péri, quant à un blessé, il y aura l'action, non quant à un [esclave] tué ».*

en vînt à souffrir un dommage ou que quelqu'un fût en nécessité de protéger sa vie [1200], sa femme, ses enfants [1201] ou son bien [1202] **[415]** contre une violence et, puisqu'il a tué

[1198] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 11 pr ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 4.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, Mela l'écrit, si , alors que certains jouaient à la paume, quelqu'un, de façon plus passionnée, en frappant la paume, l'a abattue sur la main d'un barbier et que la gorge d'un esclave, que le barbier rasait, a été tranchée par un coup de rasoir ; pour n'importe lequel d'eux, y aura-t-il une faute, celui-ci, de la Loi Aquilia, est-il tenu ? Proculus [dit] que, pour le barbier, il y a une faute ; et assurément, s'il rasait là où l'on jouait de façon coutumière ou bien où le passage était fréquent, il y a que cela lui sera imputé ; bien qu'il ne soit pas mal dit que, si quelqu'un, à un barbier qui a son siège dans un endroit dangereux, s'est confié, lui-même doive se plaindre de lui ».*

« § 4. C'est pourquoi, si quelqu'un, tandis qu'avec des javelots, il joue ou s'exerce, a transpercé ton esclave qui passait, il est fait une distinction. Car, si cela a été commis par un soldat, certes, dans ce champ où l'on s'exerce ordinairement, aucune faute de celui-ci n'est entendue ; si un autre a commis un telle chose, il est accusé d'une faute ; la règle est la même quant au soldat, si celui-ci, dans un autre endroit que celui qui, aux soldats qui s'exercent, a été destiné, commet cela ».

[1199] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 5 ; D. 9, 2, 31.

« § 5. De même, si un élagueur, d'un arbre, une branche ayant été jetée, a tué ton esclave qui passait, si, proprement, sur une voie publique ou vicinale, cela a été fait et qu'il n'a pas crié à l(avance pour que le dommage puisse être évité, il est accusé d'une faute ; s'il a crié à l'avance et que celui-ci ne s'est pas soucié de prendre garde, en dehors d'une faute, se trouve l'élagueur. Également, en dehors d'une faute, il est entendu se trouver, si, séparément de la route ou sur un bien-fonds intermédiaire, elle tombait, bien qu'il n'ait pas crié à l'avance, parce que, dans un endroit extérieur, à personne, il n'y avait le droit de se trouver. § 6. En outre, si le médecin qui a amputé ton esclave, a abandonné le soin et qu'à raison de cela, l'esclave est mort, il est accusé d'une faute ».

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« Si un élagueur, alors que, d'un arbre, il jette à bas une branche ou qu'un constructeur d'échafaudage tue un homme qui passait devant, il en est tenu ainsi, si celle-ci, sur le public, tombe et que celui-ci ne l'a pas annoncé en criant, afin que son accident puisse être évité. Mais Mucius a dit qu'aussi, si, sur un terrain privé, la même chose était arrivée, l'on pouvait agir en justice quant à la faute ; mais il y a une faute, parce que, quand, par un homme diligent, cela peut être prévu, que cela n'a pas été prévu ou annoncé, surtout quand le risque pouvait être évité. Suivant ce raisonnement, il n'importe pas beaucoup qu'à travers un emplacement public ou un emplacement privé, un droit de passage soit fait, du fait qu'en général, à travers des emplacements privés, communément, le droit de passage est fait. Si aucun droit de passage n'est fait, il doit seulement garantir le dol, afin de ne pas l'envoyer sur celui qu'il a vu en train de passer ; car une faute, de lui, ne doit pas être réclamée, lorsqu'il n'a pu deviner si, à travers cet endroit, quelqu'un passerait ».*

[1200] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 45 § 4 ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 2 ; D. 1, 1, 3 et là, les docteurs ; C. 3, 27, 1 ; Coutumes d'Anvers, tit. 16 *(Punitions des délits et de ce qui en dépend)*, art. 5 ; Bronckhorst, *Miscellaneæ*, cent. 2, assert. 51. Voyez ci-après le chapitre XXXIV, § 4, note 1219.

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« 4 - Ceux qui, alors qu'autrement, ils ne peuvent se défendre, ont causé un dommage sont sans reproche ; en effet, toutes les lois et tous les droits permettent de défendre une violence avec une violence. Mais, si, pour me défendre, j'ai envoyé une pierre contre un adversaire, que je ne l'ai pas frappé, mais frappé un passant, je serai tenu de l'action de la Loi Aquilia ; en effet, il est accordé que seul, celui qui porte la violence frappe et cela, si, pour se défendre seulement et non pour se venger, cela a été fait ».*

« § 2. Avec une injure, est entendu tuer celui qui, sans aucun droit, tue. C'est pourquoi celui qui tue un brigand n'est pas tenu, en tout cas, si, autrement, il ne peut pas fuir le danger ».

[1201] (Note de Groenewegen) Voir en argument *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 2 ; Clarus, § *Homicidium*, nb 27-28 ; Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 9, dubit. 13 ; Gn 14, 14.

« § 2. On souffre une injure non seulement par soi-même, mais aussi par ses enfants que, sous puissance, on a, de même, par son épouse, en effet, cela a prévalu. C'est pourquoi, si, à la fille de quelqu'un qui, à Titius, a été mariée, tu as commis une injure, non seulement, au nom de la fille, contre toi, avec une action d'injures, on peut agir en justice, mais aussi au nom du père et du mari. Au contraire, si, au mari, l'injure a été faite, avec l'action d'injures, l'épouse ne peut pas agir en justice ; en effet, il est juste que les épouses soient défendues par les maris, non les maris par les épouses. Mais le beau-père, au nom de sa bru dont le mari, sous sa puissance, se trouve, avec l'action d'injures, peut agir en justice ».

« (14) Quand Abram apprit que son parent était emmené captif, il leva ses partisans, ses familiers, au nombre de trois cent dix-huit, et mena la poursuite jusqu'à Dan ».

[1202] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 8, 4, 1 ; Coutumes d'Anvers, tit. 16 *(Punitions des délits et de ce qui en dépend)*, art. 6 ; Fachinæus, liv. I, cap. 31 ; Clarus, § *Homicidium*, nb 25 ; Benedikt Carpzov, *Practica criminalis*, part. I, quæst. 32, nb 14 avec les suivants. Voyez de plus Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. I, §§ XI, XII et XIII ; André Rivet, *Explicatio Decalogi*,, præcept. 6, quæst. *An vim vi repellere liceat* (*i. e. S'il sera permis de repousser une violence avec une violence)*, (pour moi) p. 232 avec les suivantes ; Perkins, *Van de gevalle der conscientie* (*i. e. Des cas de conscience)*, liv. III, chap. 3, gevall 3 et 4 ; Covarruvias sur Clémentines, V, iv, cap. unic., part. III, § 1, nb 6 ; Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 9, dubit. 11, nb 66.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Theodorus et donnée en 290 : *« À bon droit, à celui qui possède, il est permis, pour défendre la possession qu'il détenait sans irrégularité, de repousser la violence faite avec la modération d'une protection non fautive ».*

« XI. Arrivons aux injures qui nous sont faites dans nos biens. Si nous avons égard à la justice explétive, je ne nierai pas qu'en vue de la conservation de nos biens, le ravisseur, au besoin, ne puisse être tué ; car l'inégalité qui se trouve entre un bien et la vie est, comme nous l'avons dit plus haut, compensée par la condition favorable de l'innocent et le rôle odieux de celui qui le dépouille. Il suit de là que, si nous ne considérons que ce droit seul, le voleur qui fuit emportant notre bien, peut être terrassé par notre javelot, s'il est impossible de recouvrer autrement les objets ravis. Démosthène s'écrie, dans son discours contre Aristocrate :"N'est-ce pas, par les dieux ! une chose dure et injuste, non seulement contraire aux lois écrites, mais encore à la loi commune de tous les hommes, qu'il ne me soit pas permis d'user de violence contre celui qui me ravit mes biens, en ennemi ?" La charité elle-même, considérée purement comme précepte, toutes lois divines et humaines mises à part, ne s'y oppose pas non plus ; à moins qu'il ne s'agisse d'une chose d'une minime valeur, et, par conséquent, qui mérite d'être dédaignée. Cette distinction est, avec raison, ajoutée par quelques-uns.

XII. 1. Voyons quel est le sens de la loi hébraïque, avec laquelle s'accorde la loi ancienne de Solon, dont Démosthène fait mention dans son discours contre Timocrate, et qui a été la source de la loi des Douze Tables ; comme aussi une maxime de Platon, au livre IX de son Traité des lois. *Toutes ces lois s'accordent sur ce point, qu'elles distinguent le voleur de nuit d'avec le voleur de jour. Mais il y a doute sur la raison de la loi. Quelques-uns pensent qu'on na eu en vue qu'une chose : c'est que, de nuit, il est impossible de discerner si celui qui vient est un voleur ou un assassin, d'où la permission de le tuer comme si c'était un meurtrier (Soto, art. 8, quæst. 5 sur D. 1, 1, 3 ; Mathesilanus, Notabilia 135 ; Jason et Gomez, sur Instit., IV, vi, pr ; Covarruvias sur Clémentines, V, iv, cap. unic.,§ 1, nb 10 ; Lessius, [De justitia et jure], dubit. 11, nb 68) . Quant à moi, les auteurs de ces lois ne me semblent pas avoir eu en vue ni l'un ni l'autre de ces motifs. Mais ils ont voulu plutôt qu'on ne puisse tuer personne précisément à cause de ces biens : ce qui aurait eu lieu, par exemple, si j'avais frappé de mon arme le voleur en fuite, afin de recouvrer, après l'avoir tué, la chose qui m'appartient. Mais si je suis moi-même exposé au péril de perdre la vie, ces législateurs ont voulu que, dans ce cas, il me soit permis de détourner de moi ce danger quand bien même je compromettrais la vie d'autrui ; et que je ne trouve aucune obstacle dans la circonstance que je me serais exposé moi-même à ce péril, en cherchant soit à conserver mon bien, soit à le reprendre, soit à me saisir du voleur ; car, dans tous ces cas, on ne peut rien m'imputer, ayant agi d'une manière licite, et je ne me rends coupable d'aucune injustice puisque je fais usage de mon droit.*

2. La différence donc qui existe entre le voleur de nuit et le voleur de jour, consiste en ce que, de nuit, il st difficile de se procurer des témoins ; et que, par conséquent, si le voleur est trouvé mortellement frappé, on en croit plus aisément celui qui affirme l'avoir tué pour défendre sa vie, surtout si le voleur est trouvé nanti de quelque instrument pouvant lui servir à nuire. C'est, en effet, ce qu'entend la loi hébraïque qui parle d'un voleur pris sur le fait "comme il perçait la muraille" - suivant la traduction de quelques-uns -, ou surpris "avec un instrument propre à percer" - d'après une autre version peut-être plus exacte. Tel est le sens que les plus savants d'entre les Hébreux donnent au mot employé dans le chapitre 2, verset 34 de Jérémie. *Nous sommes conduits à cette interprétation par la loi des Douze Tables, qui interdit de tuer le voleur de jour, sous la réserve qu'il ne se défendra pas avec une arme (D. 47, 2, 55 (54) § 2). Contre le voleur de nuit, il y adonc la présomption qu'il s'est défendu avec une arme. Or on comprend sous la désignation d'arme, un fer, un bâton, une pierre, ainsi que l'a fait remarquer Gaius à propos de cette même loi. Ulpien soutient, au contraire, que ce qu'on dit qu'en tuant le voleur nocturne on agit avec impunité, cela doit s'entendre exclusivement pour le cas où l'on n'aurait pu l'épargner sans s'exposer soi-même au danger, c'est-à-dire en voulant sauver son bien (D. 48, 8, 9).*

3. Il existe donc, comme je l'ai dit, une présomption en faveur de celui qui a tué un voleur pendant la nuit. Mais si, par hasard, des témoins ont été présents, et s'il résulte de leur témoignage que celui qui a tué le voleur n'avait pas été exposé au danger de perdre la vie, cette présomption cessera d'avoir lieu et, par conséquent, celui qui a donné la mort sera accusé d'homicide. Il faut ajouter que, tant par rapport aux voleurs de jour que par rapport aux voleurs de nuit, la loi des Douze Tables, comme nous l'apprenons de Gaius (D. 9, 2, 4), exige de celui qui les a surpris, qu'il le fasse connaître par des clameurs ; afin que, s'il est possible, les magistrats ou les voisins accourent pour porter secours ou pour servir de témoins. Or, comme un tel concours s'obtient plus facilement de jour que de nuit, ainsi que le remarque Ulpien sur le passage de Démosthène que nous venons de citer, il en résulte qu'on ajoute plus de foi à celui qui affirme avoir couru danger de sa vie pendant la nuit.

4. Il y a quelque chose d'analogue dans cette disposition de la loi hébraïque, qui veut qu'on ajoute foi à la parole d'une jeune fille si elle se plaint d'avoir été forcée à la campagne ; et non si elle dit que le viol a eu lieu dans la ville, attendu qu'elle a pu et dû rassembler du monde par ses cris. Ajoutez à ce qui vient d'être dit la considération suivante, que, toutes choses égales d'ailleurs, les événements qui se passent pendant la nuit peuvent être moins facilement constatés, moins bien appréciés dans leur nature et leur étendue, et qu'ils n'en sont que plus terribles. Ce que la charité conseille, les lois hébraïque et romaine l'ordonnent donc aux citoyens qu'elles régissent : savoir, qu'il ne faut pas tuer un voleur pour cela seul qu'il vous soustrait votre bien ; mais qu'il n'est permis de le faire qu'autant que celui qui veut conserver son bien s'est trouvé lui-même en danger de périr. Moïse, le fils de Maïmon, a fait la remarque que le meurtre d'autrui n'est permis à un particulier qu'autant qu'il s'agit de conserver ce dont la perte est irréparable : la vie, par exemple, et la pudeur.

XIII. 1. Que dirons-nous maintenant de la loi évangélique ? Qu'elle permet ce qu'a permis la loi de Moïse, ou, qu'étant plus parfaite que la loi de Moïse sous d'autres rapports, elle exige sur ce point davantage de nous que ne le faisait cette loi ? Pour moi, je ne doute pas qu'elle exige davantage. Si le Christ, en effet, nous ordonne d'abandonner notre tunique et notre manteau ; si Paul veut qu'on subisse quelque dommage injuste, plutôt que d'entrer en procès - ce qui est un débat où le sang ne coule pas -,

quelqu'un, cela est appelé une défense nécessaire ; dans de tels cas, il peut (celui qui a causé en dehors de sa faute la mort) obtenir de l'autorité suprême un pardon, aussi sans une transaction et une indemnisation [1203].

§ 8. Pour non coupables sont tenus ceux qui font un exercice des armes là où une telle chose est ordinairement à faire [1204], aussi ceux qui n'élaguent pas des arbres sur la route ou ceux qui, ce faisant, avertissent les gens qui passent sur la route par un cri [1205].

---

combien plus veut-il qu'on renonce à des choses même de plus grande valeur, plutôt que de donner la mort à un homme qui est l'image de Dieu, qui est né du même sang que nous. Ainsi donc, si on peut sauver son bien sans s'exposer au danger de commettre un meurtre, il est certes permis de le faire, sinon il faut renoncer à ce qui vous appartient ; à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'une chose d'où dépendent notre existence et celle de notre famille, qu'il soit impossible de la recouvrer en s'adressant à la justice, parce que, par exemple, le voleur serait inconnu, et qu'il y ait quelque espérance que la chose se passera sans meurtre.

2. Et bien que, de nos jours, presque tous les auteurs, tant les jurisconsultes que les théologiens, enseignent qu'il est permis de donner, pour la défense de ses biens, la mort à un homme, même en dehors des cas dans lesquels la loi de Moïse et la loi romaine y autorisent : lorsque, par exemple, le voleur a pris la fuite après s'être emparé de la chose (Soto, dans ledit endroit, art. 8 ; Lessius, dubit. 11, nb 74 ; Summa Sylvestriana, au mot Bellum*, II, nb 3) ; cependant nous ne doutons pas que l'opinion que nous avons émise n'ait été celle des anciens chrétiens. Augustin n'en a pas douté non plus ; voici ses paroles : "Comment peuvent-ils être exempts de péchés devant la divine Providence, ceux qui, pour des choses qu'on doit mépriser, se souillent de sang humain ?"* (*De libero arbitrio*, lib. I) *Il n'est pas étonnant qu'en cette matière, comme dans beaucoup d'autres, la discipline se soit relâchée avec le temps, et que, peu à peu, l'interprétation de la loi évangélique ait commencé à se façonner sur les mœurs du siècle. Autrefois, en ce qui concernait les clercs, on avait coutume d'observer la rigueur de l'ancienne règle (Panormitain, cap. II, De homicidiis ; Lessius dans ledit endroit) ; mais enfin, on leur a fait aussi remise de la censure à cet égard ».* Cf. *Le droit de la guerre* …, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 172-175.

(Note du traducteur) On voit encore une fois combien, à travers ce passage, Grotius traite de choses fort éloignées de son propos originel sur la guerre et la paix. Il est en effet très dépendant de la doctrine des théologiens de la seconde scolastique et, d'une certaine façon, à travers eux dont il fait grand usage, il peut être considéré comme le dernier auteur de ce courant classique. Cela se vérifie tout au long de l'ouvrage, ce qui conduit à penser qu'il est aujourd'hui absolument impossible de faire de Grotius le fondateur du droit international moderne, comme cela a trop souvent été soutenu et peut l'être encore. Cf. à ce propos, notre ouvrage *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, PUR, Rennes 2014, 1ère partie, p. 163-165.

[1203] (Note de l'éditeur) Voir *Codex Fabrianus*, lib. IX, tit. 10, defin. 5.

[1204] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 4 ; D. 9, 2, 9 § 4.

« § 4. C'est pourquoi, si quelqu'un, tandis qu'avec des javelots, il joue ou s'exerce, a transpercé ton esclave qui passait, il est fait une distinction. Car, si cela a été commis par un soldat, certes, dans ce champ où l'on s'exerce ordinairement, aucune faute de celui-ci n'est entendue ; si un autre a commis un telle chose, il est accusé d'une faute ; la règle est la même quant au soldat, si celui-ci, dans un autre endroit que celui qui, aux soldats qui s'exercent, a été destiné, commet cela ».

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Mais, si, par jeu, par ceux qui lancent un javelot, l'esclave a été tué, à l'action de la Loi Aquilia, il y a lieu ; mais, si, alors que d'autres, dans un champ, lancent des javelots, l'esclave, à travers celui-ci, est passé, l'action de la Loi Aquilia cesse [de jouer], parce qu'il ne devait pas, à travers le champ de lancement des javelots, faire route mal à propos. Celui qui, cependant, en s'y appliquant, sur lui, s'est lancé, en tout cas, de la Loi Aquilia, sera tenu ».*

[1205] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 5 ; D. 9, 2, 31.

« § 5. De même, si un élagueur, d'un arbre, une branche ayant été jetée, a tué ton esclave qui passait, si, proprement, sur une voie publique ou vicinale, cela a été fait et qu'il n'a pas crié à l(avance pour que le dommage puisse être évité, il est accusé d'une faute ; s'il a crié à l'avance et que celui-ci ne s'est pas soucié de prendre garde, en dehors d'une faute, se trouve l'élagueur. Également, en dehors d'une faute, il est entendu se trouver, si, séparément de la route ou sur un bien-fonds intermédiaire, elle tombait, bien qu'il n'ait pas crié à l'avance, parce que, dans un endroit extérieur, à personne, il n'y avait le droit de se trouver ».

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« Si un élagueur, alors que, d'un arbre, il jette à bas une branche ou qu'un constructeur d'échafaudage tue un homme qui passait devant, il en est tenu ainsi, si celle-ci, sur le public, tombe et que celui-ci ne l'a pas annoncé en criant, afin que son accident puisse être évité. Mais Mucius a dit qu'aussi, si, sur un terrain privé, la même chose était arrivée, l'on pouvait agir en justice quant à la faute ; mais il y a une faute, parce que, quand, par un homme diligent, cela peut être prévu, que cela n'a pas été prévu ou annoncé, surtout quand le risque pouvait être évité. Suivant ce raisonnement, il n'importe pas beaucoup qu'à travers un emplacement public ou un emplacement privé, un droit de passage soit fait, du fait qu'en général, à travers des emplacements privés, communément, le droit de passage est fait. Si aucun droit de passage n'est fait, il doit seulement garantir le dol, afin de ne pas l'envoyer sur celui qu'il a vu en train de passer ; car une faute, de lui, ne doit pas être réclamée, lorsqu'il n'a pu deviner si, à travers cet endroit, quelqu'un passerait ».*

§ 9. La défense faite contre un voleur de nuit [1206] ou contre un violeur [1207] est tenue pour une défense nécessaire ; un homme peut aussi tuer sa femme trouvée dans un adultère avec l'homme adultère [1208], et un père, le ravisseur de sa fille sans en être tenu [1209].

[1206] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 4 § 1 ; D. 48, 8, 9 ; Ex 22, 1-2 ; placards des 16 décembre 1591 et 29 mars 1614 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de D. 9, 2 *(Sur la Loi Aquilia)*, 4 § 1.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - La Loi des XII Tables permet de tuer le voleur surpris de nuit, pourvu que, cependant, cela même, avec une clameur, soit attesté ; mais durant le jour, il est permis de tuer celui surpris ainsi, si ce dernier, avec une arme, se défend, pourvu que, cependant, également, avec une clameur, cela soit attesté ».*

Extrait du livre XXXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un a tué un voleur de nuit, il le fera ainsi seulement impunément, s'il n'a pas pu l'épargner sans danger pour lui-même ».*

« (1) Si le voleur surpris à percer un mur reçoit un coup mortel, son sang ne sera pas vengé. (2) Mais si le soleil était déjà levé, son sang sera vengé. Il devra restituer, et s'il n'a pas de quoi, on le vendra pour rembourser ce qu'il a volé ».

[1207] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 1, 1, 3 ; Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. I, § VII ; Amesius, *De casibus conscientiæ*, liv. V, cap. 3 ; Lessius, *De justitia et jure*, liv. II, cap. 9.

Extrait du livre Ier des *Institutes* de Florentinus : *« Comme nous repoussons la violence et l'injustice : car, de par ce droit* (i.e. le *jus gentium), il arrive que, pour ce que quelqu'un a fait pour la protection de son propre corps, il est jugé l'avoir fait selon le droit et du fait que la nature a établi entre nous une certaine affinité, il s'ensuit qu'il est contraire aux lois de la nature qu'un homme tende une embûche à un [autre] homme ».*

« VII. Il n'y a presque pas de discussion sur le point de savoir si la même chose est permise pour la défense de la pudeur, puisque non seulement l'opinion commune mais encore la loi divine égale la pudeur à la vie (Summa Sylvestriana, sur le mot Homicidium, cap. III, quæst. 4). Aussi le jurisconsulte Paul a-t-il dit que la pudeur est légitimement défendue par un tel acte (Sententiæ, lib. V, cap. xxiiii, § 8). Nous en avons un exemple dans ce tribun de Marius tué par un soldat, et que citent Cicéron et Quintilien. Il y a aussi dans l'histoire des exemples d'hommes qui ont été mis à mort par des femmes. Chariclée, dans Héliodore, appelle un semblable homicide "une défense légitime pour repousser l'injure faite à la chasteté" ». Cf. *Le droit de la guerre …, op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 168.

[1208] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 5, 21 (20) et 22 (21) ; la Novelle 117, cap. 15, telle placée sous C. 9, 9, 30 ; Clarus, § *Homicidium*, nb 49 ; *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. I, cons. 331. Mais voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 9, 4.

Extrait du livre Ier *Des adultères* de Papinien : *« Au père, est accordé le droit de tuer l'homme adultère avec la fille qu'il a sous sa puissance ; c'est pourquoi personne d'autre des parents ne fera de même légalement ; mais non un fils de famille [en tant que] père ; … »*

Extrait du livre Ier *Des adultères* d'Ulpien : *« … (ainsi, il arrive que ni le père, ni le grand-père ne peuvent le tuer) et non à mauvais titre ; en effet, sous sa puissance, n'est pas considéré l'avoir celui qui n'est pas autonome en droit* (sui juris) *».*

Cette Novelle de Justinien en question est consacrée à ce qu'il *« soit permis à la mère, à l'aïeule et aux autres parents, après que la part légale a été laissée aux enfants, de disposer comme ils le voulaient de leur richesse résiduelle et nombreux autres articles ».* Le passage est ici repris du chapitre XV de cette Novelle, mais sous une forme réarrangée : *« Si quelqu'un a fait notification trois fois par écrit à celui qu'il a comme suspect au sujet de son épouse en présence de trois témoins dignes de foi et après qu'il l'a trouvé qui rejoignait son épouse dans sa demeure, celle de l'épouse ou de l'adultère, dans des tavernes ou dans des demeures de banlieue, qu'il le tue sans risque. S'il le trouve ailleurs, qu'il le traîne avec trois témoins appelés devant le juge qui aura licence de le châtier sans interroger d'autre raison. Si cependant on les trouve assemblés dans un saint oratoire, après trois notifications comme on l'a dit, il est permis au mari de traîner les deux personnes devant le défenseur de l'église, ou bien devant d'autres clercs, afin que ceux-ci soient conservés pour leur risque en partageant, jusqu'à ce que le juge qui en a connaissance l'envoie à l'évêque de la cité dans la mesure où ceux-ci lui sont envoyés, afin de devoir y subir une torture, de sorte qu'on le notifie par son intermédiaire au gouverneur de la province qui infligera la peine légale selon les lois ».*

[1209] (Note de Groenewegen) Voir C. 1, 3 *(Des évêques et des clercs)*, 53 (54). Mais voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur cette constitution.

Constitution de Justinien adressée à Hermogenes, Maître des offices, et donnée en 533 : *« Nous décrétons que les ravisseurs des vierges, des veuves ou des diaconesses qui, à Dieu, ont été dédiées, qui pèchent les pires des crimes, de la peine de mort, doivent être punis, parce que cela est commis non seulement pour l'injure des hommes, mais pour l'irrespect de Dieu tout-puissant lui-même. 1 - C'est pourquoi celui qui a commis un crime de cette sorte et qui leur a donné leur aide au moment d'une invasion, là où ils ont été trouvés dans ce même vol et encore compris dans un crime flagrant par les parents des vierges consacrées à Dieu, des veuves ou des diaconesses, leurs consanguins ou leurs curateurs, ayant été convaincus, seront tués. 2 - Si au contraire, après la commission d'un si détestable crime ou dans sa possibilité, le ravisseur a pu se défendre ou s'est évadé en fuite, certes dans cette ville royale, tant les hauts Préfets du prétoire que le très glorieux Préfet de la ville, dans les provinces, tant les très éminents Préfets du prétoire à travers l'Illyrie que les maîtres des soldats à travers les différentes régions de notre monde et aussi les honorables Préfets d'Égypte, les vicaires, les proconsuls, les non moins honorables généraux et très illustres gouverneurs des provinces et aussi les autres juges de n'importe quel ordre qui ont été trouvés dans les lieux, emploieront un semblable zèle avec une grande inquiétude, afin qu'ils puissent les inclure et qu'ils affectent ceux qui ont été compris dans un tel crime, après les preuves légales et connues en droit, sans prescription du for, de très dures peines et les condamnent à la peine de mort. 3 - Leurs*

[**Note de Willem Schorer**

La défense contre un voleur de nuit. Cette défense est non seulement licite pour conserver la vie, mais aussi pour conserver les biens, voir Julius Clarus, lib. 51, *Homicidium*, nb 25 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 59, nb 17 ; Carpzov, *Practica criminalis*, part. I, quæst. 32, nb 16. Cela est aussi permis selon la loi mosaïque, à laquelle on peut ajouter la loi des Wisigoths, selon laquelle le voleur peut être tué, à moins qu'il ne se présente pour être mis dans les liens ; cependant, cela ne doit pas être reçu avec bon sens, à savoir si un bien de plus de prix avait été soustrait, voir de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 209 ; l'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XI, § XI ; Carpzov dans ledit endroit, nb 17, du fait qu'il n'est pas même permis de blesser le voleur à raison d'un bien d'un prix plus bas, comme l'observe Johannes Baptista Caccialupus, *De debitore suspecto et fugitivo*, quæst. 2, nb 26, et comme Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 5, § 16 à la fin, loue aussi cette prudence. De façon certaine, à raison du vol des biens nécessaires pour soutenir la vie, le voleur n'est pas même noté de la tache d'une marque très légère, voir Pr 6, 30. Mais ici, les interprètes ne l'expliquent pas à bon droit dans leurs notes, comme il me semble, bien que Barbeyrac, sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. 3, § 19, note 4, ait suivi cette sentence.

Cependant, on doute grandement de la raison de la loi et cela est avec le plus grand soin controversé sur la distinction entre le voleur de nuit et le voleur de jour. Grotius, dans *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. I, § XII.2, pense que la raison de la différence a été mise en ce que, la nuit, il y a à peine une abondance de témoins et c'est pourquoi, si le voleur est trouvé avoir été tué, on croit plus facilement en celui qui dit que le voleur a été tué par lui pour protéger sa vie, à savoir, trouvé avec quelque instrument avec lequel il pourrait nuire ; l'auteur a affirmé que tel était l'esprit de la loi mosaïque, du fait qu'il faut y lire non DANS UN PERCEMENT, comme communément, mais de meilleur façon AVEC UN INSTRUMENT DE PERFORATION, mais tout instrument avec lequel une clôture ou un mur a été percé en réalité.

Il est conduit à cette interprétation, parce que la loi des XII Tables interdit que l'on tue le voleur de jour, voir D. 47, 2 *(Des vols)*, 54 § 2 ; en effet, elle pose la seule impunité de celui qui tue le voleur de nuit en présomption ; car il dit dans le § XII.3 que l'on croit plus en celui qui affirme quant à un danger nocturne. Mais cela est peu lié avec ce que l'auteur a enseigné ci-dessus, liv. I, chap. III, § 2, dans la note 6 ; en effet, il dit ici que le droit naturel explique cette distinction *si le jour n'a pas déjà commencé* et qu'elle ne découle pas du droit divin volontaire ; par conséquent, elle n'amène pas la seule impunité, mais donne un plein droit de le faire. L'auteur est réfuté par Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 5, § 18. À bon droit ici, Barbeyrac pose cette raison de la différence, [à savoir] que, de nuit, une aide est à peine espérée des voisins ; déjà, le péril est d'autant plus grand qu'il est aussi nécessaire que la loi veille sur ceux qui dorment et que la défense soit plus favorable. À partir de là, Pappus von Tratsberg, *Corpus juris militaris*, p. 25, signale qu'à bon droit, ce droit est plus largement ouvert à la campagne.

À partir de ce principe, nous concluons qu'il a été opportunément répondu que tous les crimes commis de nuit étaient plus graves et étaient punis plus durement que les crimes commis de jour, voir *Responsa jurisconsultorum Belgorum*, part. I, cons. 64, p. 150, aux mots *Ten anderen zoo blykt* - "D'autre part, on voit ainsi". De là aussi, ils sont plus facilement prouvés à des arbitres

---

biens, si cela a été commis contre une vierge consacrée à Dieu qui vit dans un couvent ou un monastère, que cette même vierge soit établie comme diaconesse ou non, au même monastère ou couvent, seront adjugés, afin qu'à partir de ces biens, elle ait elle-même une consolation tant qu'elle vit et que le saint monastère ou le saint couvent ait tous les biens en pleine propriété. 4 - Si au contraire, elle est diaconesse d'une église quelconque, dans aucun monastère ou couvent, elle n'a été établie, mais, par elle-même, vit, la fortune de son ravisseur, à l'église dont elle est diaconesse, sera assignée, afin qu'à partir de ces facultés, elle obtienne elle-même, certes, l'usufruit tant qu'elle subsiste par cette même église, mais l'église aura toute la propriété et la pleine possession de ces mêmes biens à notre avantage ; personne, juge ou une quelconque autre personne n'osant mépriser cela. 5 - Nous avons établi les peines que nous avons ci-devant dites, c'est-à-dire, de mort et de confiscation des biens, non seulement contre les ravisseurs, mais aussi contre ceux qui les ont accompagnés dans l'invasion elle-même ou le vol. Nous soumettons à la peine capitale seulement tous les autres qui ont été trouvés et convaincus d'être conscients et serviteurs d'un crime de cette sorte, les ont reçus ou leur ont apporté une quelconque aide, qu'ils soient mâles ou femelles, de n'importe quelle condition, degré ou dignité, afin que tous soient soumis à cette peine, que le crime ait été perpétré, les vierges consacrées à Dieu ou les autres femmes ci-dessus dites le voulant ou ne le voulant pas ».

éloignés, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 56, nb 51, p. 581. Cependant, cela tend plus à absoudre le propriétaire qu'à condamner le voleur, voir de même, cons. 60, nb 14. En outre, Barbeyrac ajoute que les législateurs ne présument pas seulement que le voleur de nuit s'était défendu avec une épée ou un instrument semblable, mais que, cela étant certain, il a une preuve plus certaine, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 59, nb 5.

Du reste, chaque fois qu'il n'y a pas d'occasion d'aller trouver un juge, on tombe dans l'état naturel et il n'y aura ici aucune injure, du fait qu'il sera tout à fait de l'intérêt de la République que les voleurs de nuit soient terrifiés par la gravité du supplice, voir Richard Cumberland, *Des loix naturelles*, chap. 5, § 26 ; Brunemann sur D. 9, 2 *(Sur la Loi Aquilia)*, 4 § 1, et longuement, Middellant sur Vromans, *De foro competenti*, lib. I, cap. 1, nb 1. En effet, il est mieux [de dire] que, la loi elle-même le statuant, cela arrive au moment que de se venger après le départ, voir C. 3, 27 *Quand il sera permis à chacun de se venger sans un juge)*, 1, et Sichardus *ex professo* sur cette loi. Cependant, Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 5, § 18, dit qu'agit beaucoup plus généreusement celui qui défère au magistrat le voleur, si cela peut être commodément fait, les biens ayant été conservés, et que, dans aucun cas, le meurtre du voleur pour la conservation des biens n'est licite, à moins que le péril de la vie ne s'y ajoute, signale Pappus von Tratsberg, *Corpus juris militaris*, p. 23. De même, Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 5, § 16, enseigne que cette liberté a aussi été réduite surtout dans la société civile.]

[**Sur la note 1207 de Groenewegen van der Made**

Cette sentnce de l'auteur, bien qu'elle soit vraie, est réfutée par beaucoup ; cependant, Barbeyrac l'a pleinement affermie dans ses notes sur Pufendorf, *Les devoirs de l'homme te du citoyen*, liv. I, chap. 5, § 22, et *Le droit de la nature et des gens*, liv. II, chap. 5, § 11, note 1, et sur Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. I, § VII, note 2. Voyez aussi ci-dessous chap. XXXV, § 7, note 1237.]

[**Sur la note 1208 de Groenewegen van der Made**

Cette sentence de l'auteur est démentie, bien qu'ainsi aussi, l'ait jugé, le 10 mars 1608, la Cour militaire, voir van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Doodslagen* - "Meurtres", § 16, note 3, comme aussi cela a été jugé en Italie en octobre 1680, voir Feltman, *Aanmerkingen over het artikelbrief*, p. 37, nb 111. Ici en effet, un mari avait tué, dans un flagrant délit, l'adultère et son épouse adultère et il avait lui-même dénoncé le crime au juge ; Le Maître, dans ses *Plaidoyers*, plaid. 26, p. 440, suit cette doctrine.

Quoiqu'il en soit, il n'est pas permis à un mari de supprimer son épouse prise en adultère avec l'adultère et l'auteur lui-même, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § X.9, raisonne clairement sur un autre fondement, et Barbeyrac sur cet endroit, note 17, et ainsi aussi, Abraham de Pape, dans ses *Observationes ad Consilia jurisconsultorum Batavorum*, p. 336 et 337, même si, en outre, l'adultère a traité le pari de façon injurieuse, par exemple, en élevant les doigts, il l'a appelé "porteur de cornes" [ou "cocu"] , voir Feltman, dans ledit endroit, nb 106 et suivant. Si, toutefois, incité par une juste douleur, il en est venu à ce malheur, quelque chose doit être du moins accordé à la fragilité humaine, ainsi, de sorte qu'il soit puni plus doucement et non de la peine ordinaire de la Loi Cornelia, voir Matthæus, *De criminibus*, lib. 48, tit. 3, cap. 7, nb 15 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 48, tit. 8, nb 9 ; Brunemann sur D. 9, 3 *(De ceux qui ont ont déversé ou jeté [quelque chose])*, nb 7 ; Pappus von Tratsberg, *Corpus juris militaris*, p. 24, De Haas dans ses notes sur van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. I, cap. 1, § 9 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 37, § 8. Mieux, quand u certain mari, trouvant la nuit son épouse qui couche avec son voisin, a blessé gravement l'adultère et que celui-ci est mort après un court moment, que le mari a demandé aux États de Hollande son absolution et que, dans l'intervalle, il a été relâché le 26 janvier 1665 par les juges du pays de Voorschoten où il avait été pris, et par la suite, il est resté libre et sans dommage, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 37, § 8 à la fin. Cependant, après trois dénonciations, si quelqu'un a trouvé dans sa maison celui qui fréquente familièrement son épouse, impunément, il exerce ce droit à partir de la Novelle CXVII, cap. 15, dit van Merle, *Manier van procederen*, liv. I, chap. 1n, nb 11, pourvu que l'adultère soit une personne de basse condition, voir Pappus von Tratsberg, *Corpus juris militaris*, p. 24. Parladorio, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, diff. 12, § 2, nb 14, accorde cela simplement à un tribunal humain, ce dont, cependant, il y a une raison de douter, du fait que le crime

d'adultère n'est pas capital ; et, de cette façon, le droit de le punir plus gravement se présenterait aux personnes privées qu'aux juges eux-mêmes, ce que la raison ne souffre assurément pas, bien qu'à raison de la fervente chaleur du mari (Pr 6, 34), de façon certaine, la peine doive tout à fait adoucie, ce mal est seulement grave pour le mari ; car Moïse menace les Israélites s'ils n'obéissent pas à Dieu : *Tu prendras une épouse, un autre homme couchera avec elle*, Dt 28, 30. De nouveau Nathan a menacé de cette peine David à raison du crime d'adultère avec Bethsabée et [dit] que l'homicide d'Urie devait être craint, voir 2S 12, 11.

Cependant, si un adultère violent est fait envers l'épouse, le mari jouira tout à fait de ce droit, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 331, ce qui est aussi permis à un père à l'égard de sa fille, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 48, tit. 5, nb 13. On peut apprendre de D. 48, 5 *(Sur la Loi Julia sur les adultères)*, 23, ce qui avait été permis à un père pour sa fille adultère, à laquelle est ajourté Pappus von Trastberg, *Corupus juris militaris*, p. 23 à la fin.]

[**Sur la note 1209 de Groenewegen van der Made**

Dans nos usages et ceux des Français, Groenewegen, dans l'endroit indiqué dans sa note, signale que cela doit être autrement répondu. Mais il est demandé si la défense sera licite du côté de l'adultère contre le père de la femme, si aucune autre occasion de s'évader ne subsiste. Johan Anton van der Meulen, *De foro conscientiæ*, p. 365, l'affirme. Cependant, je pense que cela doit à peine être permis, du fait qu'il ne pourra jamais [y avoir] la conduite pour l'obtenir quand quelque chose d'illicite a précédé, ce qui a fourni à l'agressseur la cause et que celui qui se consacre tout à fait à une chose illicite doit garantir, à raison d'un principe vicieux, le cas fortuit et clairement inattendu ; et ainsi a-t-il été répondu à meilleur droit, à mon jugement, dans une cause pas tout à fait différente, voir les *Consilia Ultrajectina*, part. II, cons. 32, nb 6 et 7.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCXCIX. Le meurtre de l'adultère pris dans l'adultère lui-même commis par un père ou un mari mérite une excuse à raison d'une juste douleur, voir en argument D. 48, 5 *(Sur la Loi Julia sur les adultères)*, 24 ; *Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 33 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*,liv. IV, chap. 37, nb 8. Ne m'émeut pas en sens contraire le fait qu'aujourd'hui la peine de l'adultère ne soit pas capitale, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 9 *(Sur la Loi Julia sur les adultères et de la relation coupable)*, 4, nb 2 et suivants, use ici d'un argument moins approprié en faveur de la sentence contraire.

DCCC. À bon droit aussi, ici, Grotius enseigne que celui qui enlève une vierge est impunément tué lors du rapt lui-même du côté de la fille, voir en argument l'ordonnance de police, art. 18 et la loi hollandaise du 25 février 1751, bien que Groenewegen et Brouwer, *De jure connubii*, lib. II, cap. 23, nb 30, soient ici en désaccord.]

*

[416] Chapitre XXXIV
Du délit contre le corps [1210]

§ 1. Un DÉLIT CONTRE LE CORPS est *ce par quoi quelqu'un est diminué, mutilé, ensanglanté ou autrement affaibli de quelque membre* [1211].

[1210] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, D. 9, 2 *(Sur la Loi Aquilia)* et C. 3, 35 *(De la Loi Aquilia)*.

Le titre des *Institutes* comporte en plus du prologue 16 paragraphes, celui du Digeste, 57 extraits et celui du Code, 6 constitutions.

[1211] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 27 § 17.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 17 - Nous recevons en tout cas qu'a cassé [quelque chose] celui qui a blessé ou qui, [sous des coups] de bâtons, [sous des coups] de lanières ou dans des combats, est tombé, avec une arme ou quelque chose d'autre, de sorte que soit déchiré, pour quelqu'un, son corps ou qu'il ait fait une plaie, mais ainsi seulement, si un dommage avec une injure a été causé ; du reste, s'il a rendu l'esclave de plus bas prix ou l'a détérioré, l'action de la Loi Aquilia cesse [de jouer] et, avec l'action d'injures, il faudra agir en justice seulement ; en effet, la Loi Aquilia poursuit ces effractions qui causent des dommages. En conséquence, quoiqu'à l'égard du prix, certes, l'esclave n'ait pas été rendu plus mauvais, mais que des*

§ 2. De cela, naît une obligation à une indemnisation des honoraires du médecin [1212], du dommage et de la perte de gain, que ce soit durant la guérison ou aussi, par la suite, quand l'imperfection est durable [1213]. La douleur et la défiguration du corps, bien qu'elles ne soient pas proprement indemnisables [1214], sont évaluées pour de l'argent quand une telle chose est demandée [1215].

§ 3. Les parents ont un droit à raison de l'altération de leurs enfants mineurs [1216]. Les serviteurs et les servantes peuvent eux-mêmes demander une réparation et en outre, leurs maîtres ou leurs maîtresses pour autant que ceux-ci sont préjudiciés par la perte du service [1217].

§ 4. Une défense nécessaire et un accident sans négligence sont reconnus ici, comme dans un meurtre, libres [de culpabilité] [1218]. Celui aussi qui est attaqué dans sa maison, s'il cause une blessure ou un dommage à l'extérieur, est en dehors de l'encours d'une amende [1219].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1219 de Groenewgen van der Made**

Il est demandé, quand quelqu'un a empêché que ceux qui se battent se portent réciproquement la mort ou des blessures et ait blessé par accident l'un ou l'autre, s'il sera tenu à une compensation. Cela doit être refusé, voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 2, art. 31, nb 2.

On débat assez inutilement, du fait que le cas n'a peut-être jamais existé depûis la création du monde, [de savoir] s'il sera permis, pour détourner le péril de quelque mutiliation à un membre, de tuer un envahisseur. Certains arguent assez sottement et distinguent s'il s'agit d'un membre primaire de notre corps, comme un œil, la langue, de la même manière que si les blessures étaient inbfligées à la mesure. L'auteur, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. V, l'affirme indistinctement. Car, bien que cela soit vrai, ce qui est communément porté *on est d'autant plus tenu pour meilleur que la privation est plus grande*, cependant, nous ne recevons du Créateur aucun membre inutile ; par conséquent, toute privation porteprincipalement préjudice ; voir Barbeyrac

---

frais, pour son salut et sa santé, aient été faits, en cela, il me semble qu'un dommage a été causé ; et c'est pourquoi, avec l'action de la Loi Aquilia, on peut agir en justice ».

[1212] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 7.

Extrait du livre VI *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Lorsque le corps d'un homme libre, à partir de ce qui aura été jeté ou répandu, a été blessé, le juge compte les honoraires payés aux médecins et les autres dépenses qui, en soin, ont été faites, en outre, [l'évaluation] des services dont il fut privé ou aura été privé à raison du fait qu'il a été rendu inutile ; mais, des cicatrices ou des difformités, il n'est fait aucune évaluation, parce qu'un corps libre ne reçoit aucune évaluation ».*

[1213] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 9, 3, 7.

[1214] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 9, 3, 7 ; D. 9, 1, 3.

Le premier texte est déjà présenté deux notes plus haut.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« À partir de cette loi, déjà, on ne doutait pas aussi qu'au nom de personnes libres, on pouvait agir en justice, peut-être, si le quadrupède avait blessé un père de famille ou un fils de famille ; à savoir, de sorte que compte ne soit pas tenu de la défiguration, du fait que le corps ne reçoit pas d'évaluation, mais des dépenses qui seront faites pour le soin et des services qui seront perdus et qu'aura perdus celui qui sera devenu inutile ».*

[1215] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de D. 9, 3, 7. Cela diffère des lois romaines, voir lesdits textes de D. 9, 3, 7 et D. 9, 1, 3.

[1216] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 7 pr.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Avec cette action, [Julianus] dit que le père allait obtenir moins à partir des services de son fils à raison de son œil défectueux et des dépenses que, pour son soin, il a faites ».*

[1217] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 9, 2, 11 § 6.

Extrait du livre XVIII sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Mais l'action de la Loi Aquilia, au propriétaire* (erus)*, se présente, c'est-à-dire au maître ».*

[1218] (Note de Groenewegen) Voyez le chapitre XXXIII, § 7, note **25**.

[1219] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 4 pr ; la *Keur* de Voorn, art. 116 ; les Coutumes d'Anvers, tit. 16, art. 6 ; le privilège du comte Willem accordé à la ville de Delft en 1246, art. 25 ; le privilège du comte Floris accordé à Monickendam en 1288.

Extrait du livre VII sur *Édit provincial* de Gaius : *« C'est pourquoi, si j'ai tué ton esclave comme un brigand qui me tendait un piège, je serai en sécurité ; car, contre un danger, la raison naturelle permet de se défendre ».*

sur Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du c-itoyen*, liv. I, chap. 5, § 21, note 2 ; de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 206.]

§ 5. Au-delà de la ci-devant dite indemnisation, sont fixées dans différentes places des peines pécuniaires en transaction de quelqu'un qui est intentionnellement blessé ; à cela, ne sont pas justifiés ceux qui ont se sont appliqués à un combat volontaire [1220].

[**Note de Willem Schorer**

Qui est volontairement etc. Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. V, cap. 21, nb 2 et suivants, traite abondamment des peines pécuniaires de ceux qui blessent à partir de l'usage des peuples et, à la faveur de la qualité de la blessure, une peine plus légère ou plus grave est infligée, voir de même, dans ledit cap. 5, nb 13 joint au nb 16.]

[**Sur la note 1220 de Groenewegen van der Made**

La raison en est que les deux sont versés dans une chose illégale ; déjà, à partir de la Loi Aquilia, le dommage cesse si la faute de l'agent intervient et concourt avec la faute de celui qui le souffre ; en effet, en droit, celui qui ressent un dommage à partir de sa faute n'est pas entendu ressentir un dommage, voir Lauterbach sur D. 9, 2 *(Sur la Loi Aquilia)*, nb 11, D. 50, 17 *(Des règles de l'ancien droit)*, 203 ; par exemple si quelqu'un, ayant été provoqué, a accepté un duel et est blessé, il ne peut citer en justice celui qui le provoque en aucune façon, pas même pour les dépenses du soin, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. III, chap. 7, § 8, étant cependant sauve l'amende du magistrat, voir Barbosa*, Loci communi*, lib. IV, cap. 60. Nous avons déjà traité du duel ci-dessus liv. II chap. I, § 44, sur la note 36 vers la fin. Voyez aussi Feltman, *Aanmerkingen over den artikelbrief* sur l'art. 43, p. 166. L'authentique de Dalen, *Krygsrades besoign*, p. 53, rappelle les circonstance mémorables du duel du très noble Breauté dont j'ai déjà fait mémoire. Voyez les ordonnances qui interdisent très sévèrement les duels que j'ai indiquées chap. XXXII, § 14, sur la note 1156.

Voltaire raconte, qui l'aurait cru !, que cette infamie des duels avait déjà été usitée des Français dans le siècle précédent avant Louis XIV, à un point tel qu'ici, avec ceux-ci, un nombre plus grand de nobles avait péri que par les armes des ennemis, voir *Essay sur l'histoire générale*, t. V, p. 25.]

[417] § 6. Quand beaucoup, agissant ensemble, ont été en logement ou en terres et qu'avec l'obscurité ou autre chose, n'est pas certain celui qui a donné la blessure, ceux-ci doivent ainsi, avec eux tous, mettre ensemble un seul homme responsable ou un seul pour tous peut autrement être poursuivi [1221].

[1220] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 4, 3, 36 ; D. 24, 3, 39 et D. 9, 1, 1 § 11.

Extrait du livre II des *Règles* de Marcianus : *« Si deux [personnes], avec un dol, ont agi, réciproquement, quant au dol, elles n'agiront pas en justice ».*

Extrait du livre XI des *Questions* de Papinien : *« Il a été déclaré qu'au mari et à son épouse qui accusent réciproquement leurs mœurs, l'un et l'autre ont donné la cause de la répudiation. Cela doit être reçu d'une façon telle que, selon cette règle que les deux ont méprisée, aucun des deux ne sera vengé ; en effet, des délits égaux, avec une compensation mutuelle, sont dissous ».*

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Quand des béliers ou des bœufs combattent ensemble et que l'un tue l'autre, Quintus Mucius a fait la distinction suivante [en disant que], si, certes, avait péri celui qui était l'agresseur, l'action cesserait et que, si [c'était] celui qui n'a pas fait de provocation, se présentait l'action, pour cette raison que [le propriétaire de l'animal agresseur] doit réparer le dommage que celui-ci a subi ou le lui livrer en abandon noxal ».*

[1221] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 11 § 2 et Wesembeck, *Paratitla*, nb 9 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 5. Voyez ci-devant le chapitre XXXIII, § 4, notes 1186 et 1187.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si plusieurs ont frappé l'esclave, voyons si tous, comme s'ils l'avaient tué, seront tenus. Et, si, certes, apparaît avec le coup duquel il a péri, celui-ci, comme s'il l'avait tué, sera tenu ; si cela n'apparaît pas, Julianus dit que tous, comme s'ils l'avaient tué, seront tenus et que, si contre l'un, l'on agit en justice, les autres ne seront pas libérés ; car, à partir de la Loi Aquilia, ce que l'un a procuré ne décharge pas l'autre, du fait qu'il y aura une peine ».*

§ 7. Celui qui échauffe une bête, de telle façon qu'un dommage soit fait à quelqu'un par cette bête, en est tenu [1222].

§ 8. Quand une personne qui a été blessée, après six semaines, a marché sur une rue, quoiqu'elle en vienne à mourir par la suite, une telle chose est compensée comme une blessure, non comme un meurtre [1223].

§ 9. Dans le pays de Voorn, celui qui, étant blessé, le troisième jour, ne fait pas reconnaître son mal devant quelque tribunal ou un médecin juré, ne peut pas réclamer en justice un droit à réparation [1224].

*

[418] Chapitre XXXV
De l'injure [1225]

§ 1. Un DÉLIT CONTRE LA LIBERTÉ est appelé une *injure*. Nous disons que celui-ci combat proprement la liberté, parce que les personnes dont l'une n'est pas sous l'autre, quoiqu'elles soient sans cela dissemblables, sur le point de la liberté, son semblables, à partir de la force de cette liberté, chacun a un droit à ce qu'un autre ne puisse lui causer aucun mal [1226].

[1222] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 1, 1 § 7.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Et, de façon générale, cette action a lieu chaque fois que, contre la nature, une bête sauvage agitée a causé un dommage ; et c'est pourquoi, si un cheval, excité par la douleur, avec son sabot, a frappé, cette action cesse, mais celui qui a frappé ou blessé le cheval, sur son acte plus que de la Loi Aquilia, est tenu, en tout cas, pour la raison que lui-même, avec son corps, n'a pas causé le dommage. En revanche, si, lorsque quelqu'un a caressé le cheval ou l'a touché légèrement, avec son sabot, [le cheval] l'a frappé, il y aura lieu à l'action ».*

[1223] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de Voorn, art. 119 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 15, defin. 64 ; Clarus, § *Homicidium*, nb 44 ; *Praxis Papiensis*, tit. 52, *De forma libelli inquisitionis*, glos. 11, nb 1 ; Lanceloti, *De officio prætoris*, rubr. *De vulnerantibus*, nb 17-18 ; Bertrand d'Argentré, *Coutume de Bretagne*, art. 576, nb 2 ; Antonius de Matthæus, *De criminibus*, liv. XLVIII, tit. 5, cap. 3, nb 17-18. Mais d'autres jurisconsultes fixent ce temps à la décision du juge et du médecin. Voir Costalius sur D. 9, 2, 30 ; Mascardus, *De probationibus*, concl. 1078 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, caus. 275 ; Bajardus dans ses additions sur Clarus, § *Homicidium*, nb 154 jusqu'à 159 ; Hippolito de Marsili, *Praxis criminalis*, § *Quia*, nb 16 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. 8, concl. 379, lettre V ; Carerus, *Praxis criminalis*, § 7 *De homicidio*, nb 324. Voyez Ex 21, 18-19.

« (17) Qui maudit son père ou sa mère sera mis à mort. (18) Si des hommes se querellent et que l'un frappe l'autre avec une pierre ou avec le poing de telle sorte qu'il n'en meure pas mais doive garder le lit, s'il se relève et peut circuler dehors, fût-ce appuyé sur un bâton, celui qui a frappé sera quitte, mais il devra le dédommager pour son immobilisation et le soigner jusqu'à sa guérison ».

[1224] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de Voorn du 3 février 1519, art. 118.

[1225] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, D. 47, 10 *(Des injures et des libelles diffamatoires)* et C. 9, 35 *(Des injures)*.

Le titre en question des *Institutes* comporte, outre le prologue, 12 paragraphes, celui de D. 47, 10, 45 extraits et de C. 9, 35, 11 constitutions.

[1226] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, §§ 1-8 ; D. 47, 10, 5.

« § 1. Une injure est commise non seulement quand quelqu'un, par exemple, dans un combat ou avec des fouets, aura été frappé ou fouetté, mais aussi si, à quelqu'un, une invective a été faite, que ce soit de celui dont les biens, comme d'un débiteur, auront été possédés par celui qui entendait qu'il ne lui devait rien ou si quelqu'un, pour l'infamie de quelqu'un, aura écrit, composé, édité ou, avec un dol, l'a fait, un libelle ou un poème avec lequel il ferait quelque chose de cela, que quelqu'un ait poursuivi de ses assiduités une mère de famille, un adolescent ou une adolescente ou que la pudeur de ceux-ci soit réputée avoir été attentée ; et enfin, , de plusieurs autres façons, il est clair qu'est commise un injure. § 2. On souffre une injure non seulement par soi-même, mais aussi par ses enfants que, sous puissance, on a ; de même, par son épouse, en effet, cela a prévalu. C'est pourquoi, si, à la fille de quelqu'un qui, à Titius, a été mariée, tu as commis une injure, non seulement, au nom de la fille, contre toi, avec une action d'injures, on peut agir en justice, mais aussi au nom du père et du mari. Au contraire, si, au mari, l'injure a été faite, avec l'action d'injures, l'épouse ne peut pas agir en justice ; en effet, il est juste que les épouses soient défendues par les maris, non les maris par les épouses. Mais le beau-père, au nom de sa bru dont le mari, sous sa puissance, se trouve, avec l'action d'injures, peut agir en justice. § 3. Aux esclaves eux-mêmes, certes, aucune injure n'est entendue être faite, mais aux maîtres par leur biais, elle est considérée être faite ; cependant, non des mêmes façons avec lesquelles aussi par le biais des enfants et des épouses, mais

[**Note de Willem Schorer sur la note 1226 de Groenewegen van der Made**

L'action d'injures est double, *civile* et *criminelle*. Civilement, agit pour une répétition, communément une *rétractation*, celui qui a souffert l'injure et demande une peine à appliquer pour lui ou pour les pauvres : *l'amende honorable et profitable*. Cependant, Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 42, defin. 16, signale qu'avec l'action d'injures, il ne demande pas à bon droit les deux choses. L'action criminelle se présente aujourd'hui au seul fisc et elle est arbitraire,

---

ainsi quand quelque chose de plus atroce aura été commis et qui reçoit clairement cela pour l'affront du maître. Comme si quelqu'un avait fouetté l'esclave d'autrui, dans ce cas, une action est proposée ; en revanche, si quelqu'un, à un esclave, a fait un outrage ou, dans un combat, l'a frappé, aucune action contre lui, au maître, ne se présente. § 4. Si, à un esclave commun, une injure a été faite, il est juste que, non à la faveur de cette partie dont quelqu'un est le maître, l'évaluation de l'injure est faite, mais à partir de la personne des maîtres, parce qu'à eux-mêmes, est faite l'injure. § 5. Si l'usufruit sur l'esclave, à Titius, appartient, que la nue-propriété, à Mævius, appartient, plus à Mævius, l'injure est entendue être faite. § 6. Mais, si, à un homme libre qui, de bonne foi, te sert, une injure a été faite, nulle action ne te sera accordée, mais, en son propre nom, celui-ci pourra faire valoir en justice son droit, à moins qu'en affront pour toi, il n'ait été bousculé, alors, en effet, se présente à toi l'action d'injures. Il en est donc de même pour l'esclave d'autrui qui, de bonne foi, te sert, de sorte que soit permise l'action d'injures toutes les fois quoiqu'en affront pour toi, une injure lui a été faite. § 7. La peine des injures, à partir de la Loi des XII Tables, à raison d'un membre certes brisé, était le talion ; mais, à raison d'une mâchoire brisée, des peines pécuniaires avaient été établies comme dans la grande pauvreté des anciens. Mais, par la suite, les préteurs permettaient à ceux qui avaient souffert une injure de l'évaluer, afin que le juge condamne à autant que celui qui avait souffert l'injure l'avait évaluée ou à moins, selon qu'il lui avait semblé. Mais la peine de l'injure qui, à partir de la Loi des XII Tables, a été introduite, en désuétude, est tombée ; ; celle que les préteurs ont introduite, qui est aussi appelée honoraire, dans les jugements, est en usage. Car, selon le degré de dignité et l'honorabilité de la vie, croît ou est diminuée l'évaluation de l'injure ; un degré de la condamnation qui, pour la personne servile, n'est pas sans juste titre, observé, de sorte qu'une chose, pour le demandeur esclave, une autre, pour un homme de statut moyen et une autre, pour une personne très basse ou entravée, soient établies. § 8. Mais la Loi Cornelia sur les injures, des injures, parle et a introduit l'action d'injures. Celle-ci se présente pour cette raison que quelqu'un dit qu'il a été bousculé, fouetté ou que sa maison, avec une violence, a été pénétrée. Nous recevons la maison, que, dans sa maison propre, quelqu'un habite, ou dans une maison prise à bail ou à titre gratuit, ou qu'en hospitalité, il ait été reçu ».

Extrait du livre LVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La Loi Cornelia sur les injures se présente à celui qui, avec l'action d'injures, veut agir en justice à raison de ce qu'il dit avoir été bousculé, fouetté ou que sa maison a été pénétrée de force. Dans cette loi, il est disposé que ne juge pas celui qui, envers lui, est un gendre, un beau-père, un parâtre, un beau-fils [d'un autre lit], un cousin germain ou quiconque est plus proche d'eux et les touche par la parenté ou l'affinité, ou celui de ceux ou de leurs parents dont il sera le patron. C'est pourquoi la Loi Cornelia accorde l'action sur le fondement de trois causes : [à savoir] parce que quelqu'un a été bousculé, fouetté ou que sa maison a été pénétrée de force. Il apparaît, en conséquence, que toute injure qui est faite avec une violence est contenue dans la Loi Cornelia. 1 - Entre une bousculade et le fait d'être fouetté, il y a une différence, comme l'écrit Ofilius : fouetter, c'est frapper avec une douleur, bousculer [est] sans douleur. 2 - Nous devons recevoir la maison non comme la propriété de la maison, mais comme le domicile. C'est pourquoi, que quelqu'un ait habité dans sa propre maison, dans une location, gratis ou reçu comme hôte, cette Loi [Cornelia] aura lieu. 3 - Qu'en est-il, si quelqu'un habite dans une maison de campagne ou dans des jardins ? La même chose devra être approuvée. 4 - Si un propriétaire a loué une terre et qu'une attaque a été faite contre elle, le colon agira en justice, non le propriétaire. 5 - Si, cependant, on est entré sur la terre d'autrui qui était cultivée par le propriétaire, Labéon refuse qu'il y ait pour le propriétaire du terrain une action sur le fondement de la Loi Cornelia, parce qu'il ne pourra pas avoir son domicile partout, c'est-à-dire, à travers toutes ses maisons de campagne. Moi, je pense que cette loi s'applique à toute habitation dans laquelle un père de famille habite, bien que l'on n'y ait pas son domicile. Posons, en effet, qu'à raison de ses études, il agisse à Rome : en tout cas, à Rome, il n'a pas son domicile et cependant, il faut dire que, si sa demeure a été pénétrée de force, la Loi Cornelia a lieu. Elle ne regardera donc pas seulement les logements de location ou les écuries ; du reste, elle regardera ceux qui n'habitent pas momentanément, bien qu'ils n'y aient pas leur domicile. 6 - Il est demandé si un père, le fils de famille ayant souffert une injure, sur le fondement de la Loi Cornelia, pourra agir en justice ; et l'on a décidé qu'il ne le pouvait pas et, quant à cette affaire, parmi tous, la chose est claire. Mais, au père, certes, l'action prétorienne d'injures se présente, mais au fils, celle de la Loi Cornelia. 7 - Dans la Loi Cornelia, le fils de famille peut agir en justice à partir de toute raison et ne doit pas donner garantie que son père confirmera la chose ; car Julianus écrit que le fils qui agit en justice avec l'action d'injures ne doit pas être contraint à la garantie quant à sa confirmation. 8 - Avec cette loi, il est permis au demandeur de déférer serment, afin que l'accusé jure qu'il n'a pas commis l'injure. Mais Sabinus, [dans son livre] De l'assesseur, dit que les préteurs suivront l'exemple de la loi. 9 - Si quelqu'un a écrit, composé, édité un livre qui regarde l'injure de quelqu'un ou l'a fait avec un dol avec lequel quelque chose leur serait fait, même si, sous le nom d'un autre, il l'a édité, ou sans nom, pour qu'au sujet de cette affaire, il soit permis d'agir en justice, si a été condamné celui qui l'a fait, il se voit ordonner d'être infâme sur le fondement de la loi. 10 - De cette même peine, sur le fondement du sénatus-consulte, est tenu aussi celui qui a produit des épigrammes ou quelque chose d'autre sans un écrit en flétrissure de certains ; de même, celui qui s'est préoccupé de les acheter ou de les vendre. 11 - Et, pour celui qui les a indiqués, qu'il soit libre ou esclave, à la faveur de la mesure de la richesse de la personne accusée, à l'estimation du juge, la récompense est établie, pour l'esclave, peut-être en lui fournissant la liberté. Qu'en est-il, en effet, si l'avantage public, de cela, apparaît ? »*

ainsi cependant, de sorte que, quant aux usages, elle est aussi permise au procurateur d'un bien, si ce n'est pour des injures plus atroces et quand il s'agit d'une peine corporelle afflictive, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, iv, § 10.]

§ 2. Chez nous, celui qui outrage est entendu être tenu de réparer l'injure avec une reconnaissance publique de la faute et une prière pour un pardon, et en outre, avec de l'argent ; à cette fin, l'injurié est accoutumé d'indiquer un montant certain d'argent et d'offrir le serment qu'il ne voudra pas souffrir une semblable injure pour autant ou ou un plus grand [montant] [1227]. La première chose est proprement une compensation, l'autre comme une amende, pour laquelle le juge n'est pas lié aux dires du plaignant, mais peut faire un prononcé de l'amende selon [sa] discrétion [1228] en ayant soigneusement égard à la rue, dans la maison propre de chacun ou dans la maison d'un autre, et à toutes les autres circonstances [1229].

§ 3. Le droit à une amende est perdu par un silence d'une année [1230], comme aussi par des signes suivis d'amitié [1231], **[419]** ce sous quoi, autrefois, par les Germains, il est tenu comme plus fort de boire une coupe [1232].

[1227] (Note de Groenewegen) Voir la glose sur D. 47, 10, 21. Voyez le chapitre XXXVI, § 3, et les jurisconsultes ici cités.

[1228] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 7 ; D. 12, 3, 4 § 3, 5 §§ 1-2.

« § 7. La peine des injures, à partir de la Loi des XII Tables, à raison d'un membre certes brisé, était le talion ; mais, à raison d'une mâchoire brisée, des peines pécuniaires avaient été établies comme dans la grande pauvreté des anciens. Mais, par la suite, les préteurs permettaient à ceux qui avaient souffert une injure de l'évaluer, afin que le juge condamne à autant que celui qui avait souffert l'injure l'avait évaluée ou à moins, selon qu'il lui avait semblé. Mais la peine de l'injure qui, à partir de la Loi des XII Tables, a été introduite, en désuétude, est tombée ; ; celle que les préteurs ont introduite, qui est aussi appelée honoraire, dans les jugements, est en usage. Car, selon le degré de dignité et l'honorabilité de la vie, croît ou est diminuée l'évaluation de l'injure ; un degré de la condamnation qui, pour la personne servile, n'est pas sans juste titre, observé, de sorte qu'une chose, pour le demandeur esclave, une autre, pour un homme de statut moyen et une autre, pour une personne très basse ou entravée, soient établies ».

Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - De même, il faut voir si le juge pourra, [lui] qui a déféré le serment, ne pas le suivre, mais tout à fait absoudre ou aussi condamner à moins que l'on a juré ; et il est mieux [de dire] que, pour une cause importante et, par la suite, des preuves ayant été trouvées, il le pourra ».*

Extrait du livre IV des *Règles* de Marcianus : *« 1 - Mais le juge peut fixer à l'avance un montant certain jusqu'auquel on fera serment ; en effet, il lui est permis de ne pas, dès le commencement, le déférer. 2 - De même, s'il a été fait serment, il est permis au juge d'absoudre ou bien de condamner à un moindre montant ».*

[1229] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 9.

« § 9. Une injure atroce est évaluée ou à partir de l'acte, comme si quelqu'un avait, par quelqu'un, été fouetté ou, avec des verges, frappé, ou à partir du lieu, comme si, à celui qui, dans un théâtre, sur le forum ou à la vue du préteur, l'injure avait été faite, ou à partir de la personne, comme si un magistrat avait souffert une injure ou qu'au père et au patron, elle était faite par des esclaves ou des affranchis ; en effet, d'une façon, au père d'un sénateur ou du patron, d'une autre façon, [au père] d'un étranger et d'une personne humble, l'injure est évaluée. Parfois, l'endroit de la blessure rend l'injure atroce, comme si, sur l'œil, quelqu'un avait été frappé. Il importe peu [de savoir] si, à un père de famille ou à un fils de famille, une telle injure aura été faite ; car celle-ci est estimée atroce ».

[1230] (Note de Groenewegen) Un droit qui naît d'une calomnie est perdu par un silence d'une année, voir C. 9, 35, 5, depuis que la calomnie est venue à la connaissance du calomnié, voir Fachinæus, liv. IX, cap. 8, ; Gail, *Practicarum observationum … Libri duo*, liv. II, obs. 105 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 2, art. 4, nb 4. Mais une injure qui est faite avec des coups de poing ou de semblables actes criminels n'est autrement prescrite que par le délai de 30 ans, ce qui a été aussi jugé par la Cour de Hollande et le Conseil de Frise, voir *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 13, Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 8, defin. 3. Voyez avec les jurisconsultes ici cités ; Vinnen, *Institutionum …,* tit. *De injuriis*, à la fin.

[1231] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 35 *(Des injures)*, 5. (Bien que le contraire de cela soit jugé par la Cour d'Utrecht, à savoir qu'une injure de cette sorte est perdue par un silence d'une année, voir Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 121, nb 1). Voyez de plus Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 9, defin. 13.

« § 12. Cette action [pour injures] est abolie par la négligence et c'est pourquoi, si quelqu'un a délaissé une injure, c'est-à-dire que, souffrant, il ne l'a pas immédiatement rappelée à son intention, par la suite, il ne pourra pas reprendre l'injure remise sur le fondement d'un pardon ».

[**Note de Willem Schorer sur la note 1230 de Groenewegen van der Made**

Si celui qui a souffert une injure a aussi porter une injure à autrui, à aucune des deux, ne se présente l'action et l'injure est compensée, voir *Bellum juridicum*, cas. 38, comme nous venons de le voir sur le chapitre précédent, § 5, sur la note 1220. Berlich, part. V, concl. 64, p. 81, traite abndamment de la rétorsion des injures et de comment elle devra être faite. En effet, l'injre verbale doit être vengée avec des mots, voir Feltman, *Aanmerkingen over den artikelbrief*, p. 127, nb 3, immédiatement, nb 5, et non avec un soufflet, nb 103, p. 36.]

§ 4. Puisque la liberté de quelqu'un n'est pas un bien héritable, le droit de l'injurié ne peut pas venir à ses héritiers, si ce n'est après le [commencement du] procès [1233] ; mais les enfants de l'injurié ou d'autres qui en sont affectés, pourraient néanmoins solliciter une compensation [1234].

§ 5. Un héritier de l'auteur de l'injure n'est pas tenu de l'injure, si ce n'est après le jugement rendu [1235].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1235 de Groenewegn van der Made**

En dehors de la limitation faite par Groenewegen dans sa note, une autre doit aussi être ajoutée, à savoir quand un accusé, ayant été cité trois fois en justice, a obstinément refusé d'être présent au jugement et ainsi, un troisième défaut aura été accordé avant la mort, bien que la quatrième citation n'ait pas encore été faite de surcroît, et Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 27, rapporte que cela a été ainsi jugé par la Cour de Hollande.]

§ 6. Les maris, les parents et les maîtres ont un droit de poursuivre quelqu'un de l'injure faite à leurs épouses, leurs enfants ou leurs serviteurs, à leur égard [1236].

[1232] (Note de Groenewegen) Voir Cluver, *De antiquitatibus Germanorum*, lib. I, cap. 17, avant dernier paragraphe ; Job Bouvot, *Arrests*, t. 2, au mot *injure*, quest. 12.

[1233] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 10, 28.

Extrait du livre XXXIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« L'action d'injures, sur nos biens, n'est pas comptée, avant que nous commencions le débat judiciaire ».*

[1234] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla* sur D. 47, 10, nb 13 à la fin.

[1235] (Note de Groenewegen) À savoir contre l'auteur de l'injure ou au moins après que l'affaire contre l'auteur de l'injure a été traitée durant sa vie, voir *Institutes de Justinien*, IV, xii, § 1 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 8, defin. 4

« § 1. Mais toutes les actions qui se rencontrent de plein droit ou qui sont accordées par le préteur, ne se rencontrent pas également ou ne sont ordinairement pas accordées contre un héritier. En effet, la règle du droit est très certaine que les actions pénales nées de délits, ne se présentent pas contre l'héritier de l'accusé, comme celle de vol, d'enlèvement de biens par la force, d'injures ou de dommage causé par une injure. Mais les actions de cette sorte se présentent aux héritiers et ne leur sont pas refusées, à l'exception de l'action d'injures, si, par quelque moyen, on en trouve une autre semblable. Parfois cependant, l'action née du contrat aussi ne se présente pas contre l'héritier, alors que le testateur a été frauduleusement tourmenté, et rien ne parvient à l'héritier sur le fondement d'un dol. Aussi les actions pénales, que nous avons ci-dessus dites, si elles ont fait l'objet d'un commencement du procès [devant le juge] (litis contestatio)*, sont accordées aux héritiers et passent contre les héritiers ».*

[1236] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 2 ; D. 47, 10, 1 § 3.

« § 2. On souffre une injure non seulement par soi-même, mais aussi par ses enfants que, sous puissance, on a ; de même, par son épouse, en effet, cela a prévalu. C'est pourquoi, si, à la fille de quelqu'un qui, à Titius, a été mariée, tu as commis une injure, non seulement, au nom de la fille, contre toi, avec une action d'injures, on peut agir en justice, mais aussi au nom du père et du mari. Au contraire, si, au mari, l'injure a été faite, avec l'action d'injures, l'épouse ne peut pas agir en justice ; en effet, il est juste que les épouses soient défendues par les maris, non les maris par les épouses. Mais le beau-père, au nom de sa bru dont le mari, sous sa puissance, se trouve, avec l'action d'injures, peut agir en justice ».

Extrait du livre LVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - De même, si l'injure est faite à quelqu'un par soi-même ou par le biais d'autres personnes. Par soi-même, quand l'injure est faite directement au père de famille ou à la mère de famille ; par le biais d'autres personnes, quand elle est faite par le biais de conséquences, quand elle est faite à mes enfants, à mes esclaves, à mon épouse ou à ma belle-fille ; en effet, l'injure qui est faite contre ceux qui sont sous notre puissance ou sujets à notre affection, nous concerne ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1236 de Groenewegen van der Made**

Qu'en est-il si le mari a réfusé de soulever un procès malitieusement en faveur de son épouse, alors que l'utilité de soulever un procès est claire ; en sens contraire, à partir de l'action négligée, un danger le menace-t-il ? Cependant, le mari lui-même ne peut certes pas y être contraint ; toutefois, rien n'empêche que le juge interpose son autorité et permettre de sa propre autorité à l'épouse de faire valoir en justice son droit, ainsi, de sorte que, dans son propre cas, mais non au péril du mari qui la refuse, la cause soit traitée ; par conséquent, il pourra être condamné aux frais du procès, pourvu que l'exécution soit dirigée sur les biens de l'épouse, comme [le dit] longuement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 5, tit. 1, nb 18.]

§ 7. La pire injure est la violence [faite] aux femmes. Alors, puisque de cela, un mal peut s'ensuivre, comme aussi un dommage, une femme ayant été violée, elle est rendue venir à un mariage moins semblable à elle, ainsi, le violeur de la femme est aussi tenu d'indemniser une telle chose [1237]. Cependant, cette action doit être intentée dans les six semaines après l'acte ou après que la femme a été bien rétablie sur ses pieds [1238].

[**Note de Willem Schorer**

La pire injure etc. De là, il est aussi permis à une vierge de tuer le séducteur, comme l'a enseigné l'auteur dans ce livre, chap. XXXIII, § 9, dans la note 1207, et Bijnkershoek, *Quæstionum juris publici Libri duo*, lib. I, cap. 3, dans le passage *Quamvis autem jus occidendi etc.* - "Mais bien que le droit de tuer etc.". Mieux, Vattel, *Le droit des gens*, liv. I, chap. 13, § 176, et Middellant dans ses notes sur Vromans, *De foro competenti*, lib. I, cap. 1, nb 1, loue la vierge pudique du meurtre de l'envahisseur. Jérôme signale que la vierge violée ne peut pas même être remise dans son état initial par le Créateur tout-puissant, voyez les *Plaidoyers* de monsieur Le Maistre, plaid. 18, p. 312 à la fin.

Il est demandé s'il sera cependant permis à une vierge de se donner la mort afin de ne pas perdre sa pudeur. L'auteur, dans *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XIX, § V.5, l'affirme, bien qu'il semble hésiter un peu. Cependant, la sentence de ceux qui le refusent me semble plus vraie ; en effet, sans un consentement à pécher, aucun péché n'est proprement commis, car l'esprit pèche, non le corps, par conséquent, elle n'est pas tenue d'une plus basse estimation chez les plus prudents, voir Barbeyrac dans ses notes sur Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 5, § 11, note 1. À partir de là, Le Maistre, dans ledit plaid. 18, enseigne que le séducteur qui séduit la vierge avec des discours caressants pèche plus que celui qui lui porte une violence, parce que, dans ce cas, il garde une âme intacte. Mais il est débattu [de savoir] si, ayant déjà souffert la relation coupable, elle pourra à bon droit tuer le séducteur. Augustin l'affirme indistinctement ; toutefois, de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 208, rejette cette sentence et distingue à bon droit l'état civil et l'état naturel ; en effet, dans l'état civil, le crime ayant été déjà accompli, il n'y a pour personne un droit du punir, du fait qu'il se présente aux seuls tribunaux ; cela est en tout cas permis dans l'état naturel, non pour

---

[1237] (Note de Groenewegen) Voir Clarus, § *Stuprum*, nb 3 ; Papon, *Arrests*, liv. XXII, tit. 9, arrêt 9 ; Damhouder, *Praxis criminalis*, cap. 92, nb 6 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 52 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 1, defin. 10.

[1238] (Note de Groenewegen) Voir la *Keur* de Zélande, chap. IV, art. 5. Voyez le droit public de Groningue, liv. VII, art. 4 ; le droit public d'Oldenampt, liv. V, art. 53 ; la *Keur* de Voorn, art. 118. Mais, selon les lois écrites, une telle action est toujours intentée dans les trente ans, voir Clarus, § final, quæst. 51, nb 2 à la fin : Tusch, *Practicæ conclusiones*, vol. 6, concl. 569, nb 21, lettre P ; glose de Saliceto dans Godefroy sur C. 9, 22 *(Sur la Loi Cornelia des faux)*, 12. Voyez ici Automne, Carpzov, *Decisiones forenses*, part. IV, constit. 27, def. 8. Voyez la note **6** ci-dessus. Mais la peine du viol d'une femme peut et doit être demandée par les officiers du comté dans les vingt ans, voir D. 48, 5, 20 (19) § 3.

Extrait du livre II *Sur la Loi Julia sur les adultères* d'Ulpien : *« 3 - Ayant été mariée, elle ne peut être accusée non seulement par celui qui l'a accusée d'adultère et n'a pas triomphé, mais non plus par un autre, certes, si l'homme adultère a été absous. Par conséquent, si, par le biais d'une entente frauduleuse avec l'homme adultère, elle l'avait été et qu'il en avait été absous, [la loi] a accordé à la femme mariée, à l'encontre de tous, la sécurité. Clairement, si elle a cessé d'être mariée, elle pourra être accusée ; en effet, la loi ne protège pas une autre [femme]que celle qui a été mariée, aussi longtemps qu'elle sera mariée ».*

satisfaire à une vengeance réprouvée aussi dans le droit de la nature, mais seulement pour que les crimes ne restent pas impunis.]

[420] § 8. Du fait de coucher volontairement, il semble que, d'après le droit naturel, aucune compensation ne soit réclamée, parce que, selon ce même droit, celle qui se voit porter un dommage volontairement ne peut pas être tenue pour s'être vue porter un dommage [1239] ; mais cependant, à raison de la faiblesse des femmes, chez nous, de nombreuses lois locales, anciennement, ont été posées pour la répression des violeurs de femmes ou de jeunes filles, dont certaines imposent aux violeurs de jeunes filles de prendre en pariage celle qui a été violée [1240]. Alors, puisqu'il était trouvé que beaucoup de jeunes servantes et d'autres qui se reposaient sur cette loi, attiraient les fils d'honorables citoyens à une débauche, ainsi, la sévérité des lois de cette sorte fut relâchée avec le temps ; et il est surtout d'usage à travers toute la Hollande que celui qui déflore une jeune fille [1241] doit l'épouser ou, pour la défloration, faire une réparation en argent pour cela [1242] selon la condition des deux [1243] ; et, dans le cas où elle est enceinte, il doit aussi payer les frais d'enfantement [1244] ; les enfants, étant nés hors mariage, doivent être entretenus aux frais

---

[1239] (Note de Groenewegen) Voir la règle 27 à la fin du recueil du Sexte.

Règle 27 : *« À celui qui sait et qui est conscient, ni une injure ni un dol ne sont faits ».*

[1240] (Note de Groenewegen) Voyez Ex 22, 15 ; Dt 22, 28-29 ; Décrétales V, xvi, 1 et 2.

« (15) Si quelqu'un a séduit une vierge non encore fiancée et couche avec elle, il versera le prix et la prendra pour femme. (16) Si son père refuse de la lui donner, il versera une somme équivalente au prix fixé pour les vierges ».

« (28) Si un homme rencontre une jeune fille vierge qui n'est pas fiancée et couche avec elle, pris sur le fait, (29) l'homme qui a couché avec elle donnera au père de la jeune fille cinquante pièces d'argent ; elle sera sa femme, puisqu'il a usé d'elle, et il ne pourra jamais la répudier ».

Repris du livre de l'Exode, 22, 16 et suivant : *« Si quelqu'un a séduit une vierge non encore fiancée et a dormi avec elle, il l'aura pour épouse. Mais, si le père de la vierge n'a pas voulu la donner, il rendra l'argent selon la mesure de la dot que les vierges reçoivent ordinairement ».*

Décrétale de Grégoire à Sipontinus, évêque : *« Il est parvenu à nous que Félix, [ton petit-fils], a trompé une certaine vierge, [ce qu'il est criminel de dire], dans une relation coupable. Si cela est vrai, bien qu'il doive être [lourdement] châtié avec la peine de la loi, nous, [cependant], dans une certaine mesure, adoucissant la dureté de la loi, avec cette mesure, nous disposons qu'ou bien il aura comme épouse celle qu'il a déshonorée ou bien, [de façon certaine], s'il avait pensé qu'il ne devait pas y consentir, plus rigoureusement et corporellement, ayant été châtié et excommunié, dans un monastère dans lequel il fera pénitence, il sera enfermé, duquel il n'y aura aucune permission de venir [à lui] sans [notre] ordre ; [Ainsi donc, ta fraternité veillera à ce que cela soit accompli, …] ».*

[1241] (Note de l'éditeur) Car, par le Conseil de Frise, il est ordonné que celui qui viole une veuve n'est tenu à rien, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 1, defin. 10 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur *Institutes de Justinien*, IV, xviii *(Des jugements publics)*, § 4.

[1242] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le dit § 4 des *Institutes*, IV, xviii *(Des jugements publics)*, nb 17, à moins que la fille, avant le viol, n'ait convenu et reçu quelque argent, voir Bajardus en addition sur Clarus, § *Stuprum*, nb 28, ou qu'elle n'eût charnellement conversé avec celui auquel elle voulait être mariée, voir *Consultatien van de Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. I, cons. 226.

[1243] (Note de Groenewegen) Voir D. 23, 3, 60 et 69 §§ 4-5 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 1, defin. 10 ; Johannes Petrus Surdus, *De alimentis*, tit. 1, quæst. 10, nb 20 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 18, art. 6, nb 8.

Extrait du livre XI des *Digestes* de Celsus : *« Je demande à quel montant d'argent, à celui qui promet la dot d'une femme adulte, le curateur devra adapter son consentement. [Celsus] a répondu : la mesure doit en être fixée à partir des richesses et de la dignité de la femme et du mari, jusqu'à ce que la raison le souffre ».*

Extrait du livre IV des *Réponses* de Papinien : *« 4 - Un gendre, de son beau-père, a stipulé qu'une dot, au jugement du beau-père, à une certaine date, soit remise, l'affaire ou le montant n'en ayant pas été indiqué ; l'action aussi ayant été retirée, on a décidé que la stipulation étai valide et que n'était pas considéré semblable le fait que, le bien-fonds n'ayant pas été indiqué, il soit établi qu'il n'y a nul legs ou nulle stipulation du bien-fonds, du fait qu'entre le moyen d'établir une dot et un objet inconnu, il y a une grande différence ; le fait est que le montant de la dot, à la faveur de la mesure des richesses du père et de la dignité du mari, peut être établi. 5 - Les noces ayant été contractées à partir de la volonté du père de la jeune fille avec le fils de son tuteur légalement, la dot, à la faveur des richesses et de la dignité des naissances, à bon droit, par le tuteur, peut être établie ».*

[1244] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 18, ledit art. 6, nb 3.

communs du père et de la mère [1245], dans le cas où ils en ont tous les deux les moyens ou la capacité ; autrement, l'un des deux est tenu à la totalité [1246] ; et une femme n'est pas crue dans **[421]** le propos [qui dit] que quelqu'un l'a violée, quand l'homme dénie une telle chose, bien qu'elle jure une telle chose en mal d'enfant [1247] ou autrement ; mais, le viol étant reconnu par lui, la femme est est crue sur la déclaration du père [1248], bien qu'elle eût été violée par plusieurs autres [1249].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1242 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur enseigne ici s'accorde avec le droit romain, car personne n'est contraint sans condition à un acte, mais il est libéré en procurant ce qui est d'intérêt, comme [cela est dit] ci-dessus, liv. III, chap. III, § 41, sur la note 263. Épouser est un acte et doter, ce qui est d'intérêt. Ainsi, contre le condamné à la prestation de l'acte qui refuse de satisfaire à la sentence, le demandeur prétend à ce qui est d'intérêt, voir van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 99, chap. 1, nb 5, comme aussi quant au droit saxon, voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. II, quæst. 68, nb 11 et 12.

Cependant, en dehors des exceptions à cette nécessité de doter ou d'épouser indiquées dans cette note par Groenewegen, il sera aussi libre en Hollande, si quelqu'un a eu une relation coupable avec une veuve qui le veut ou si une jeune fille a d'abord à fait l'abandon de sa virginité dans une relation coupable, car il n'est pas commis dans une telle relation coupable ; mieux, en ayant lieu pour une vierge seule ou une veuve qui vit honorablement, ainsi, cependant, de sorte que la preuve incombe au séducteur qui l'affirme.

[1245] (Note de Groenewegen) Voir Décrétales, IV, vii, 5 à la fin ; Johannes Petrus Surdus, *De alimentis*, tit. 1, quæst. 14, nb 4.

Décrétale de Clément III : *« (…) Cependant, à ta sollicitude, il importera que les deux, à leurs enfants [procréés, pourvoient et] que, selon que les facultés leur sont en suffisance, [à leur entretien], ils le procurent ».*

[1246] (Note de Groenewegen) Voir la glose sur ladite Décrétale, IV, vii, 5 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 18, art. 6, nb 4 à la fin et nb 9 ; Johannes Petrus Surdus, *De alimentis*, tit. 1, quæst. 14, nb 7, et tit. 7, quæst. 8 et 13 ; Gabriel, *De alimentis*, liv. VI, concl. 1, nb 43 ; Benincasus, *De privilegio paupertatis*, cap. *Secundum speciale in juridicio.*

[1247] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 29, 5, 3 § 1 ; D. 22, 5, 10 ; *Thesaurus decisionum Pedemontis*, III, nb 4 au passage *sexta.* Voyez les *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, part. 1, cons. 301, et part. 3, cons. 156. Mais, non obstant, il est tenu de se purger avec un serment et de déclarer qu'il ne l'a jamais violée, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. I, tit. 10, defin. 2, van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 18, art. 5, et les coutumes d'Anvers, tit. 45, art. 9. Cela a aussi lieu quoiqu'elle ne lui eût pas juré être en mal d'enfant, voir van Christijnen sur ledit art. 5 du tit. 18 des coutumes de Malines, nb 3 ; en argument, D. 12, 2, 38, tel que cela est ordonné par la Cour de Hollande différentes fois et il n'y a pas longtemps, le 31 juillet 1643, dans une affaire dans laquelle j'avais moi-même servi comme avocat. Semblablement, il est aussi jugé par la ci-devant dite Cour de Hollande qu'un homme marié qui a déclaré sous serment un enfant et, outre cela, qui est chargé avec quelques indices, est tenu, avec un serment en conformité, de se purger au principal, mais non touchant la provision de l'entretien de l'enfant qu'il évite avec seulement la femme violée qui le nie sans un serment. Voyez les *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, 2e st., part. 3, cons. 31.

Extrait du livre L sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Si une personne mourante a dit que, par son esclave, la mort lui avait été causée, il doit être dit que l'on ne doit pas avoir foi dans [les déclarations du] maître, si, mourant, il a déclaré cela, à moins qu'il n'ait pu le prouver ».*

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Personne n'est entendu comme un témoin approprié dans sa propre affaire ».*

[1248] (Note de Groenewegen) Voir Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 18, art. 4. Cela a aussi lieu quoique reconnaissant qu'il l'a violée seulement un mois ou un an avant l'accouchement, puisqu'il n'est pas cru, le viol étant en quelque sorte reconnu, sur le temps qu'il a ajouté à sa décharge. Voyez van Christijnen sur ledit tit. 18, art. 5.

[1249] (Note de Groenewegen) Cela a communément lieu pour autant que cela touche l'entretien provisionnel de l'enfant, voir van Christijnen sur ledit tit. 18, art. 4, nb 6 aux mots *Si tamen.* Mais non lorsqu'une telle chose été suffisante au tribunal au principal, voir ledit nb 6 ; Papon, *Arrests*, liv. XXII, tit. 9, arr. 13 à la fin ; voyez le *Thesaurus in novis decisionibus Pedemontis*, decis. 3, nb 4 aux mots *Septima regula*, et nb 5-6. Voyez de plus sur cette matière, les jurisconsultes cités ci-dessus et Mascardus, *De probationibus*, concl. 312, 789 avec la suivante ; Gail, *Practicarum observationum … Libri duo*, liv. II, obs. 97.

Il faut le dire de même en Zélande, quand, par les États, on s'est opposé aux entremetteurs de servantes durant leur ministère, et il a été ici disposé que de te personnes seront relégués au désir des parents et que les noces ne s'ensuivraient pas, bien que la promesse de celles-ci par les fils majeurs ou mineurs soit intervenue, du fait que de telles personnes ne sont pas présumées avoir été séduites, mais séduisantes, voir *Nader ampliatie van het plakaet op de politie*, l'ordonnance du 24 janvier 1673, art. 15 dans le *Groot Placaet-boek*, vol. III, p. 598. À celles-ci, peuvent être ajoutées les *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 2, nb 33 et 34 et la totalité. À partir de l'article 14 de cette même ordonnance, si quelqu'un a eu affaire avec une courtisane publique, il n'est tenu ni à une dot ni à aux aliments de l'enfant, à moins que la mère n'ait cédé au destin ; ainsi, cet article semble-t-il devoir être interprété, parce qu'ici, l'article 14 de l'ordonnance du 18 mars 1666 dont [il sera] bientôt [parlé] n'est pas abrogé. Il est assez clair que, par l'interprétation postérieure des États de Zélande du 3 août 1682, cet article est dans une vigoureuse observation, du fait que les États ne l'auraient pas interprété autrement. Ainsi, récemment, pour ce qui regarde les aliments demandés par provision, a-t-il été jugé à Middelburg, le 14 juillet 1766 par les juges délégués à la rote ; cette sentence, une nouvelle audience étant intervenue, a été approuvée par les consuls et les échevins le 15 juillet, l'accusé ayant été condamné à procurer les aliments durant le procès. Mais le procès a été terminé, pour ce qui touche la cause principale, par la suite avec une transaction.

De la même manière aussi, il a été jugé par les juges du bourg d'Ooskapelle dans une cause semblable le 20 février 1767, comme aussi, dans le procès principal, le séducteur a été condamné à épouser la femme déflorée le 3 avril 1767.

En outre, il a agréé que la demande alternative cesse chaque fois qu'il a été prouvé que la jeune fille était venue volontairement au lit nue et ainsi, n'y avait pas seulement consenti, mieux, qu'elle avait invité à la relation coupable et ainsi, quant au droit frison, cela a-t-il été expressément disposé dans le statut de Frise, liv. I, tit. 4, art. 2, étant sauve l'action d'injures pur le père dans ce cas de la jeune fille, ce qui s'accorde à peine avec l'équité, car pour celle qui le veut, il n'y a aucune injure, voir Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. III, chap. 7, § 8. De plus, le père peut demander au séducteur l'estimation du dommage qui en provient pour lui, à savoir plus cher que ce dont il a besoin pour doter sa fille abusée, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, part. V, concl. 38, nb 32 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 48, tit. 5, nb 4 en totalité ; les coutumes d'Audenarde, rubr. 17, art. 8. Comme aussi la jeune fille elle-même ne peut pas prétendre à la totalité de la dot, mais autant qu'elle reçoit du séducteur, elle doit avoir autant en plus au titre de la dot pour se marier à son égal, du moins, pour pouvoir se marier, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 90, nb 3, de même *Responsa Belgica*, part. II, cons. 143, nb 75, p. 3. C'est d'une estimation assurément plus difficile, du fait que la virginité de la jeune fille est seulement chère et vaut autant que l'insensé l'a estimée ; par conséquent aussi, le droit frison, dans lequel cela a été disposé, agrée plus que le séducteur es tenu de doter d'autant que la jeune fille déflorée elle-même possède ou que, problablement, le père allait la doter, si elle se mariait, voir le statut de Frise, libv. I, tit. 4, art. 1 et là, le grand Hamerster dans ses notes. Finckelthaus, *Observationes practicæ*, obs. 102, Carpzov, *Practica criminalis*, part. II, quæst. 68, nb 13, et Berlich, *Conclusiones practicabiles*, dans la concl. 38 en totalité [de la part. V] déjà dite, traitent plus abondamment la dot de la femme déflorée. Groenewegen, dans sa note, refuse aussi cette action à celle qui a affaire avec un mari qu'elle savait uni à une autre dans le mariage, et cela a été ainsi jugé en 1607, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 17, defin. 2. Cependant, Berlich, *Conclusiones practicabiles*, part. V, concl. 38, nb 35, est en désaccord. Voyez les *Responsa jursconsultorum Batavorum*, part. I, cons. 116, p. 295.

Le droit zélandais diffère quant à la dot, car ici, le séducteur est contraint d'épouser la femme déflorée, à moins qu'ils ne soient trop éloignés entre eux, voir le placard de l'ampliation du 18 mars 1666, art. 14, dans le *Groot Placaet-boek*, part. IV, p. 1047. C'est en tout cas vrai quand les fiançailles ont précédé la relation coupable, voir Knobbaert sur le droit civil de Gand, rubr. 1, art. 22, obs. 6, nb 3. Dans la loi mosaïque en tout cas, le père était tenu de la doter, bien qu'il ait pris la fille comme épouse et que le père l'ait refusée au séducteur, voir Ex 22, 15-16.

Du reste, la dot doit être procurée au plus vite, si le séducteur ne veut pas épouser la femme déflorée et cette action n'est pas prescrite en cinq ans, mais dure 30 ans, mieux, elle passe à l'héritier chaque fois que la femme déflorée encore vivante aura prétendu à la dot ou aux noces ; en effet, par le biais du procès soulevé, le séducteur est établi en retard ; si au contraire, elle est

décédée la première, elle est refusée aux héritiers. Clairement, pour l'estimation du rapt de la virginité, cette action, contre les héritiers du séducteur est accordée à la vierge, étant immédiatement employée la limitation ajoutée.

Qu'en est-il si les parents du séducteur n'ont pas encore acquitté leur destin et qu'il n'a aucun bien autre part d'où est établie la dot, cette action pour la dot ne semble pas devoir être accordée contre les parents du séducteur à partir de la rigueur du droit, bien que les parents de fils qui ne peuvent pas donner la dot et ne veulent pas épouser rachètent ordinairement l'infamie en dotant pour ne pas y être contraints par la voie extraordinaire, voir Voet, lib. 48, tit. 5, nb 3 et 5 ; Hamerster dans ses notes sur le statut de Frise, liv. I, tit. 4, art. 1. Cependant, le père du séducteur est tenu aux aliments du petit enfant né de son fils, si la mère est sans moyens et n'a pas d'où le nourrir, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. I, chap. 13, § 7 ; Voet, lib. 48, tit.5, nb 6 ; Brouwer, *De jure connubii*, lib. I,cap. 26, § 51. Ainsi a-t-il été répondu dans la Gueldre, si quelqu'un a eu une relation coupable avec une vierge qui vit honorablement sous l'espoir de futures noces ([en néerlandais] SOUS UNE CLAIRE PROMESSE DE MARIAGE), voir Schrassert, *Codex Gelro-Zuthphanicus*, au mot *Defloratie* - "Défloration", § 1.

À partir de ce qui a été jusqu'ici dit, il s'ensuit que trois choses sont requises pour la dot : I. que la femme ait été séduite, ce qui est présumé dans le doute, bien que la femme séduite soit plus grande par la naissance que le séducteur, voir Le Maistre, *Plaidoyers*, plaid. 18, p. 312 ; II. qu'une relation coupable ait été soufferte ; III. qu'elle ait été une vierge.]

[**Sur la note 1243 de Groenewegen van der Made**

Selon la condition des deux. L'auteur signale ici que la femme déflorée doit être dotée à la faveur de la qualité des personnes, tant celle de la femme déflorée que celle du séducteur. De là, alors qu'un certain mineur assez opposé a eu une relation coupable avec une certaine vierge née dans un endroit honorable, la Cour Suprême a adjugé le 11 février 1676 à la femme déflorée cent mille florins en faveur de dot, voir *Bellum juridicum*, cas. 93, p. 651 ; avec cela, s'accorde aussi l'art. 14 du placard de 1666 dont nous avons fait mention sur la note 1242 qui précède. Les termes de l'édit sont les suivants : [en néerlandais] *avec une HONORABLE dot SELON LA CONDITION DES CHOSES*.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCI. Ce qui a été chez nous reçu dans l'usage que la vierge déflorée qui agit en justice pour être dotée ou pour être épousée, un serment ayant été offert dans lequel elle déclare qu'elle a été réellement déflorée et n'a jamais couché avec un autre , pourra presser l'auteur de la relation coupable à ce qu'avec un serment purgatoire, il refuse de se marier avec elle, cela, pour ce qui touche la demande de la dot, semble aussi regarder cet homme qui a une épouse, pourvu qu'il soit pressé de présomptions plus graves. Cf. Böhmer sur Carpzov, *Practica criminalis*, quæst. 68, obs.7 ; les statuts de Flessingue, chap. 20, art. 4, s'accordent généralement au droit hollandais.]

§ 9. Celui qui commet un adultère avec une femme mariée, quoiqu'il fasse une telle chose avec la volonté de celle-ci, fait une injure au mari et est en outre, touchant cela, obligé envers le mari, au-delà, à la réparation du dommage que le mari ou les enfants en viennent à souffrir [1250].

[1250] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 5, 2 [et non pas 1 comme indiqué dans le texte] §§ 8-9 ; C. 9, 9, 29 (30) ; joignez-y D. 47, 10, 1 § 3 et 8-9 ; *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 2.

Extrait du livre VIII des *Discussions* d'Ulpien : *« 8 - Si, dans le même temps, viennent à une accusation le mari et le père de la femme, on demande lequel doit être préféré. Il est mieux [de dire] que le mari sera préféré ; car il faut croire qu'avec une colère plus grande et une douleur plus importante, il entreprendra l'accusation, avec une telle importance que, si le père était passé avant et avait déposé ses mémoires d'accusation, le mari n'étant ni négligent, ni en retard, mais se préparant à l'accusation, établissant et mettant sur pied les preuves pour que, plus facilement, à ceux qui jugent, quant à l'adultère, il y ait la preuve, il faudra le dire de même. 9 - Mais, chaque fois que les autres qui, après le mari et le père, peuvent accuser se précipitent sur l'accusation, dans la loi, il a été dit que celui dont, de cette affaire, il y a la connaissance, quant au juste accusateur, établit [ce qu'il en est] ».*

*

[422] Chapitre XXXVI
De la calomnie [1251]

§ 1. Un DÉLIT CONTRE L'HONNEUR est appelé une CALOMNIE. Car nous prenons l'honneur ici étroitement, d'une façon telle que, par une marque, le bon sentiment que les autres ont de nous [est affecté]. Autrement, une injure est dite aussi être faite contre notre honneur.

§ 2. Par cela, sont obligés tous ceux qui, oralement ou par écrit, en la présence ou en l'absence, secrètement ou ouvertement donnent quelque chose à savoir par quoi l'honneur de quelqu'un est altéré [1252], bien qu'aussi aussi, une telle chose fût vraie [1253], excepté quand une chose de cette sorte est faite pour donner à connaître à l'autorité pour la punition d'un délit [1254].

Constitution de Constantin adressée à Evagrius et donnée en 326 : *« Bien que le crime d'adultère, dans les jugements publics, soit rapporté, la dénonciation de ceux-ci, en commun, à tous, sans quelque interprétation de loi, est accordée, cependant, ne voulant pas qu'à la légère, il soit permis de flétrir les mariages, aux proches et personnes nécessaires, seulement, on agrée que la possibilité d'accuser est déférée, c'est-à-dire au père, au frère et non à l'oncle paternel ou à l'oncle maternel qu'une véritable douleur pousse à une accusation. 1 - Mais, à ces personnes, nous imposons la loi qu'ils répriment le crime, s'ils l'ont voulu. 2 - En premier lieu, il faut que le mari soit le vengeur du lit nuptial, [mari] auquel, certes, à partir d'une suspicion, il est permis de rendre son épouse accusée ou il n'est pas interdit de la retenir, si seulement, elle est suspectée, dans ses mains ; les anciens empereurs, en remontant dans le passé, ont donné leur approbation à ce qu'il ne soit pas contenu dans le lien d'une inscription, lorsque, selon le droit d'un mari, il a accusé. 3 - Nous jugeons que les étrangers soient écartés loin de l'accusation ; car, quoique la nécessité de l'inscription astreigne toute espèce d'accusation, certains, cependant, effrontément, le font et, avec de fausses paroles outrageantes, déforment les mariages. 4 - Il faut que les profanateurs des noces, avec le glaive, soient punis ».*

Extrait du livre LVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - De même, si l'injure est faite à quelqu'un par soi-même ou par le biais d'autres personnes. Par soi-même, quand l'injure est faite directement au père de famille ou à la mère de famille ; par le biais d'autres personnes, quand elle est faite par le biais de conséquences, quand elle est faite à mes enfants, à mes esclaves, à mon épouse ou à ma belle-fille ; en effet, l'injure qui est faite contre ceux qui sont sous notre puissance ou sujets à notre affection, nous concerne. (…) 8 - Mais, que l'on sache qu'il est mon fils ou mon épouse, ou qu'on l'ignore, Neratius a écrit que j'avais en mon nom l'action en justice. 9 - De même, Neratius dit que, sur le fondement d'une seule injure, parfois, envers trois personnes, une action d'injures naît et que l'action de l'une n'est pas éteinte par l'autre personne ; comme par exemple envers ma femme, une fille de famille, une injure a été faite ; c'est à moi, à son père et à elle-même que l'action d'injure commencera à se présenter ».*

« § 2. On souffre une injure non seulement par soi-même, mais aussi par ses enfants que, sous puissance, on a ; de même, par son épouse, en effet, cela a prévalu. C'est pourquoi, si, à la fille de quelqu'un qui, à Titius, a été mariée, tu as commis une injure, non seulement, au nom de la fille, contre toi, avec une action d'injures, on peut agir en justice, mais aussi au nom du père et du mari. Au contraire, si, au mari, l'injure a été faite, avec l'action d'injures, l'épouse ne peut pas agir en justice ; en effet, il est juste que les épouses soient défendues par les maris, non les maris par les épouses. Mais le beau-père, au nom de sa bru dont le mari, sous sa puissance, se trouve, avec l'action d'injures, peut agir en justice ».

[1251] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 10 *(Des injures et des libelles diffamatoire)*, C. 9, 35 *(Des injures)* et *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*.

[1252] Voir D. 47, 10, 1 § 1, 5 § 9, et 15 §§ 2-3.

Extrait du livre LVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Labéon dit que l'on commet une injure matériellement ou en paroles ; matériellement, chaque fois que l'on porte la main [sur quelqu'un] ; mais en paroles, chaque fois que l'on ne porte pas la main [sur quelqu'un] et qu'il y aura des cris injurieux ».*

Extrait du livre LVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si quelqu'un a écrit, composé, édité un livre qui regarde l'injure de quelqu'un ou l'a fait avec un dol avec lequel quelque chose leur serait fait, même si, sous le nom d'un autre, il l'a édité, ou sans nom, pour qu'au sujet de cette affaire, il soit permis d'agir en justice, si a été condamné celui qui l'a fait, il se voit ordonner d'être infâme sur le fondement de la loi ».*

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Le préteur dit : "Celui qui, à l'encontre des bonnes mœurs, contre quelqu'un, est réputé avoir fait une invective envers quelqu'un ou qu'avec l'aide de celui-ci, cela a été fait, avec quoi, contre les bonnes mœurs, l'invective sera faite, contre lui, j'accorderai une action". 3 - Labéon dit que les invectives sont une injure ».*

[1253] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 8, defin. 7 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 47, 10, 18.

[1254] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 47, 10, 18 ; C. 9, 36 *(Des libelles diffamatoires)*, 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit endroit.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1253 de Groenewegen van der Made**

Il est communément porté que *la vérité d'une invective n'excuse pas celui qui injurie*, ce qui est olus que clair quant au droit. Mais il est demandé, quand quelqu'un peut l'apprendre de la renommée publique, s'il sera protégé. Cela, à juste titre, n'a pas agréé aux Hollandais et aux Zélandais.

Ne viendra pas en aide à celui qui injurie s'il offre de nommer l'auteur duquel il a entendu l'invective qui est reprochée, du fait qu'il ne fait rien d'autre que le fait qu'il découvre le complice de l'injure, bien que cela ait autrement agréé aux Zélandais, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 47, tit.10, nb 9, cedroit particulier des Zélandais ne peut pas être défendu avec une avisée équité. Cependant, la vérité d'un mauvais propos excuse tout à fait par une rétractation, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. I, cap. 17, nb 33 ; Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 45, defin. 4, nb 6 et 7.

En outre, il faut faire attention à ce que non seulement est tenu de l'action d'injures celui qui a clairement fait l'invective, mais aussi celui qui a dit l'injure avec des mots artificieux, par exemple je suis affecté d'une grande douleur que tu aies été condamné pour un vol, avec peine tardivement, que tu aies pillé le trésor public, je suis dégoûté que tu sois aveugle avec le fouet, etc. Voir André Alciat, t. III, liv. V, p. 350.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCII. La plupart des lois hollandaises plus sévères quant aux libelles diffamatoires, comme la récente du 7 mars 1754, semble regarder les injures portées aux personnes publiques ou celles avec lesquelles les discordes civiles sont rappelées à la mémoire, à plus forte raison, les libelles diffamatoires contre les citoyens privés divulgués à raison d'autres causes ; la peine n'est pas certaine, mais arbitraire.

DCCCIII. Ce qui a été établi dans le droit romain à partir de l'interprétation plus vraie de D. 47, 10 *(Des injures et des libelles diffamatoires)*, 18 pr, [à savoir] que la vérité de l'invective excuse de la peine de l'injure verbale a été reçu non seulement dans le droit zélandais dans la nouvelle ampliation de l'ordonnance de police du 24 janvier 1673, art. 11, dans dans certaines places de la Hollande, voir *Handvesten van Kennemerland* édité par van Santen en 1652, p. 185, les coutumes du Rijnland, art. 14, en témoigne van Leeuwen, p. 162 ; voir Kemp, *Beschrijving van Gorinchem*, art.

Extrait du livre LV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Il n'est pas juste et bon que celui qui a diffamé un coupable soit, à raison de cette chose, condamné ; en effet, il faut et il est utile que les fautes des criminels soient marquées d'infamie. 1 - Si un esclave, envers un esclave, a commis une injure, il faut agir en justice de la même manière que si, envers le maître, il l'avait commise. 2 - Si une fille de famille mariée a reçu une injure, que son mari et son père agissent en justice pour injures, Pomponius pense à bon droit qu'envers le père, l'accusé doit être condamné au montant auquel il serait condamné si celle-ci était veuve et envers le mari, à autant qu'il serait condamné si elle n'était sous la puissance de personne, parce que l'injure propre à chacun a une estimation propre. C'est pourquoi, si une femme mariée n'est sous la puissance de personne, elle ne peut pas moins, avec l'action d'injures, agir en justice, parce que le mari agit en son propre nom. 3 - Si l'injure est faite par celui pour lequel je serai un inconnu ou si quelqu'un pense que je suis Lucius Titius, alors que je suis Gaius Seius, prévaut ce qui est principal, [à savoir] qu'il veut commettre une injure envers moi ; car moi, je suis certain, bien que celui-ci pense que je suis un autre que celui que je suis, c'est pourquoi j'ai l'action d'injures. 4 - En revanche, alors que quelqu'un pense un fils de famille comme [étant] le père de famille, il ne peut être considéré commettre l'injure envers le père, non plus qu'envers le mari, s'il croit que l'épouse est veuve, parce que, contre leur personne, l'injure n'est pas portée et que l'on ne peut pas transférer la supputation de la personne à partir de la personne des fils vers eux, du fait que la disposition de l'âme consiste dans l'injure de celui qui la commet contre celui-ci en tant que père de famille. 5 - S'il avait su qu'il était fils de famille, je dirai, dit [Pomponius], que le père peut, en son propre nom avec l'action d'injures, agir en justice ; non moins que le mari, si celui-ci savait qu'elle était mariée ; car celui qui n'ignore pas cela, envers n'importe quel père, envers n'importe quel mari, par l'intermédiaire du fils et par l'intermédiaire de l'épouse, veut commettre une injure ».*

Constitution de Valentinien et Valens donnée en 365 : *« Si quelqu'un a imaginé un libelle diffamatoire à domicile, dans un lieu public ou dans n'importe quel endroit, ne le sachant pas, ou il le détruira avant qu'un autre le trouve ou, à personne, n'avouera l'avoir trouvé. 1 - Mais, si, immédiatement, il n'a pas détruit ces papiers ou ne les a pas, dans un feu, consumés, mais a montré la violence de ceux-ci, qu'il sache qu'il doit être soumis, comme s'il était l'auteur d'un délit de cette sorte, à la sentence capitale. 2 - Assurément, si quelqu'un administre la garde de son vœu et du salut public, il déclarera devant le magistrat son nom et ce qu'il a pensé poursuivre par le libelle diffamatoire, par sa propre bouche, il le rendra public d'une façon telle que, sans aucun tremblement, il se dispose, le sachant, à ce que, si, avec les affirmations, au vrai, la foi a porté secours, il obtienne la plus grande louange et une récompense de notre clémence. 3 - Mais, si au contraire, il n'a pas montré que cela était vrai, avec la peine capitale, il sera châtié. Mais un libelle de ce type ne blesse pas la réputation d'autrui ».*

86, p. 371, mais aussi à partir de la raison du droit, semble devoir être reçu partout, à moins qu'une constante coutume contraire ne puisse être prouvée quelque part, voir la thèse XVIII.]

§ 3. La compensation, dans le cas où ce qui a été dit n'est pas vrai, consiste en une reconnaissance de la faute, une prière pour un pardon et une déclaration qu'un propos de cette sorte n'est pas vrai et que celui qui a dit de telles choses ne savait rien du calomnie que de probité et d'honneur [1255]. Mais, dans le cas où ce qui est dit n'était pas contraire à la vérité, mais seulement non convenablement produit, le calomniateur, avec la reconnaissance faite qu'il avait mal agi, devrait faire satisfaction [1256]. Ici, par une amende pécuniaire certaine, cela entre **[423]** dans une injure et, sous de semblables déclarations du calomnié, comme il est dit de l'injurié [1257].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1255 et 1256 de Groenewegen van der Made**

Cette action pour la rétractation n'est pas infamante dans nos usages. De là, la Cour de Flandre, en 1682, a jugé que personne, pour cette raison, n'était écarté d'une charge publique, voir *Précis du droit Belgique*, p. 192, pourvu qu'aucune mention de l'adjudication de la peine ne soit faite au fisc, car aujourd'hui, de façon générale, non tant à partir de la cause du délit qu'à partir du genre de la peine, comme le fouet, la relégation, etc., une infamie est portée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 3, tit. 2, nb 9, et lib. 47, tit. 10, nb 17. Cela a cependant été très sottement reçu dans les usages, car ce qui peut être pensé plus sottement, l'effet en est puni, mais non la cause et, ceci étant admis, il s'ensuit que l'innocent puni d'une peine corporelle afflictive devient infâme ; ce qui est cependant très faux. À partir de là, la Cour, en 1686, a rétabli très justement dans son état initial la réputation d'un innocent meurtrier d'une vierge et brûlé avec une marque, voir Feltman, *Aanmerkingen over den artiklebrief*, nb 19, p. 301.

Il y a un autre exemple dans l'histoire romaine, très cruel, celui de Cnæus Pison ; car, il n'a pas voulu épargner un soldat condamné à mort, dont, cependant, l'innocence était sûrement évidente de façon plus certaine, uniquement parce que la peine de mort avait déjà été prononcée, voir Boomhouer, *Miles desertor*, p. 114. Mais il est clair à partir de cela que la peine n'infâme pas partout le délinquant, mais le délit ; quant au droit, il a été demandé si une grâce opérera le rétablissement de l'honneur initial, de la réputation initiale et des droits initiaux, voir Daniel van Clasen, *De jure aggratiandi*, cap. 20, nb 2, p. 197. Parladorio, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, diff. 51, § 3, nb 6, dit que cette abolition ne produit pas d'effet, à moins que la saleté de l'infamie ne soit abolie et que la Cour royale ait été interdite à de telles personnes.

Cependant, quant à notre droit, quand l'on agit avec l'action civile d'injures la preuve faisant défaut, un serment est déféré, voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 135 ; Carpzov, *Responsa electoralia*, resp. 44.

Quoi qu'il en soit, dans le tribunal saxon, l'infamie suit la rétractation, à moins qu'elle ne soit remise par le juge, voir Carpzov, *Jurisprudentia consistorialis*, lib. III, tit. 9, defin. 101, nb 10 et§ 11.

[1255] (Note de Groenewegen) Voir Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *De injuriis* ; Charondas le Caron, *Observations du droict françois* au mot injure ; Éguinaire Baron, commentaire sur les *Institutes*, IV, iv *(Des injures)*, à la fin. Voyez avec le *Formulaire de requête*, p. 229-230. Mais cela a lieu lorsque le calomniateur qui a dit les mots injurieux par une chaleur du sang n'y a pas persisté ; mais celui-ci, avant la réalisation de la chose, les a révoqués. En argument, voir D. 50, 17, 48 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 8, defin. 7 seconde. Voyez les jurisconsultes cités ici. Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines, tit. 2, art. 4, nb 17 et ici, en addition, *Codex Fabrianus*, liv. IX, tit. 20, defin. 11 ; Clarus, § *Injuria*, nb 16 ; en addition [Tusch, *Practicæ conclusiones]*, sur le mot *pœnitere [i.e.* regretter*]*, lettre K.

Extrait du livre XXXV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Quoi qui, dans la chaleur de la colère, est fait ou est dit n'est pas confirmé avant que la persévérance apparaisse que tel était le jugement de son intention. C'est pourquoi une épouse, revenue après une brève période, n'est pas considérée avoir divorcé ».*

[1256] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 8, defin. 7 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 47, 10 *(Des injures et des libelles diffamatoires)*, 18.

[1257] (Note de Groenewegen) Voir la glose sur D. 47, 10, 21 ; *Institutes de Justinien*, IV, iv *(Des injures)*, § 7. Voyez de plus les jurisconsultes [ci-devant cités] dans le chapitre XXXV, § 2.

De plus, il faut relever que cette action pour la rétractation ne passe en aucun cas aux héritiers de celui qui injurie et ainsi a-t-il été jugé deux fois, voir de même Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. IV, const. 42, defin. 13.

Il est en outre demandé, quand quelqu'un, au milieu d'un arrêt, est cité en justice avec l'action d'injures, si, une caution appropriée pour l'arrêt ayant été offerte, le lien de l'arrêt sera dissous. Voet l'affirme, parce que l'argent et l'acte de rétractation peuvent être estimés et que le garant peut y être condamné, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 8, nb 8. Cependant, on ne doit pas croire que le condamné à la rétractation puisse éluder de cette façon la sentence contre le gré du demandeur ; car l'accusé doit se rétracter dans un endroit public et non par le biais d'un procurateur, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, part. V, concl. 62, nb 33 et 34. Mais, s'il refuse de se rétracter et qu'il est présent, à la faveur de la qualité de la personne, il sera puni de prison ou d'une autre façon jusqu'à ce qu'il fasse satisfaction à la sentence ; mais, celui-ci y consentant, un licteur, mieux parfois aussi, le bourreau, au nom de l'accusé, en présence de ce lui-ci, fait la rétractation ; mais, si, étant absent et ayant été cité sous cette peine, il refuse d'y assister, il est attaché avec une sentence publique et alors, par le biais du bourreau, la rétractation peut être faite, voir Lauterbach sur D. 47, 10 *(De l'action d'injures)*, nb 53. Du reste, Parladorio, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, lib. I, cap. 6, nb 5, signale qu'il doit toujours et catégoriquement contraint à l'acte quand on agit à partir d'une chose jugée.

Mais il est débattu [de savoir], quand quelqu'un seul ou avec son adversaire, a usé de la sainte cène, si, pour cela, il est cru avoir tacitement remis l'injure. Cela ne doit pas être admis. Il est certes convenable qu'un chrétien oublie l'injure ; cependant, il importe surtout que la réputation reste en bon état et soit conservée dans son intégrité ; en outre, cette action ne tend pas à une vengeance privée qui prononce quelqu'un indigne de la sainte cène, voir Alkemade, *Nederlandsche displechtigheden*, p. 369 ; Voet, lib. 41, tit. 10, nb 23. Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. V, tit. 8, defin. 12, et à partir de lui, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, iv, § 10, dit que, pour ces raisons, le Conseil de Frise l'avait ainsi jugé ;voir de même Matthæus dans son traité *De criminibus*, lib. XLVII, tit. 4, cap. 1, nb 15, bien qu'ici, quoique le pensant de même, il réfute les causes de décision, voir dans ledit nb 15 au milieu.

La Placette Godvried, *Nachtmaal-houding door Johan d'Ourtrein (La célébration de la sainte cène par Johan d'Outrein)*, cap. 16, p. 567, pense [qu'il est] dangereux d'ajouter cependant aux augustes symboles, quand quelqu'un, même avec une action civile, demande ce qui est son bien. Toutefois, le très grand théologien et philosophe Formey, dans le *Philosophe chrétien*, p. 83, le pense autrement et agrée plus cela et Carpzov, *Juriprudentia consistorialis*, lib. II, tit. 17, defin. 265, nb 14, suit cette sentence. Ainsi l'a-t-il semblé aussi à Luther et Mélanchton, de même lib. II, tit. 18, defin. 284. Cependant, sous la nouvelle alliance, 1Cor 6, 6, s'y oppose.

Le célèbre Bernard, *De l'amour des ennemis*, disc. 2, chap. 1, nb 4 et 5, admet l'action d'injures, comme toute autre, pourvu que le procès ne soit pas soulevé quant à une chose de moindre importance, car, dans ce cas, le révérend Superville, *Le vrai communiant*, p. 586, signale que le chicaneur pèche contre l'amour dû au prochain.

Du reste, van Zurk, *Codex Batavus*, pour moi p. 15 [éd. 1758], enseigne que l'auteur, dans *le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XX, § X.1, proscrit aussi toute action d'injures sou la nouvelle alliance, bien que le demandeur agisse simplement pour conserver la réputation et ait déposé son âme assoiffée de vengeance ; mais il est clair à partir du § X.2 que ce n'était pas la sentence de Grotius, comme l'observe à bon droit ici Schelling ; mieux, on peut péremptoirement démontrer que l'auteur n'avait jamais voulu cela, du fait que, dans le liv. I, chap. II, § VI.7 et VI.8, il a défendu longuement que la guerre est licite entre chrétiens et a répondu aux objections de ceux qui sont en désaccord, et ainsi aussi Carpzov, *Juriprudentia consistorialis*, lib. II, tit. 17, defin. 265, nb 15. Déjà l'action judiciaire d'injures entre les citoyens n'est rien d'autre qu'une guerre entre ceux qui ne se reconnaissent aucun supérieur, à savoir que ce qui est porté pour venger l'injure, comme il le tient lui-même dans *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. I, § II.1 et § II.2. Il a accordé expressément ci-dessus, liv. II, chap. II, § 48, la défense de la réputation. Cependant, selon la loi évangélique, il réprouve cette action et Lauterbach, sur D. 47, 10 *(De l'action d'injures)*, nb 57, la prononce indigne des chrétiens.

Quoi qu'il en soit, il y avait la réponse royale du roi Louis XII qui, alors qu'étant au pouvoir des affaires, il était incité par les siens à la vengeance et principalement, à venger l'injure qu'en tant que duc d'Orléans, il avait soufferte, répondait que le roi de France ne vengeait pas l'injure

faite au duc d'Orléans : *le Roi de France ne venge pas les querelles du duc d'Orléans*, voir Vattel, *Le droit des gens*, liv. I, chap. 4, § 40 ; de Réal, *La science du gouvernement*, t. VI, p. 36.

Nous avons un exemple notable de remise d'une injure ou du moins de sa remise à plus tard dans l'histoire sainte ; car, alors que Shiméi avait dit du mal de David, un serment étant intervenu, il pardonna le délit à celui qui demandait le pardon, rejetant le conseil du fils de Çeruya qui conseillait la vengeance, voir 2S 19, 18-23. En mourant il le recommanda à son fils Salomon qui l'avait certes puni ; cependant, non à plus forte raison à raison du délit commis contre son père que plutôt, parce recevant l'ordre du roi et ne tenant pas compte de sa propre promesse, il était entré dans la ville de Jérusalem, voir 1R 2. Pufendorf dit que la raison de cette interdiction était la suivante, [à savoir] afin que cet homme turbulent n'ourdisse pas des choses nouvelles, mais vive sous les yeux de celui-ci. Ici, dans *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 2, § 13, il défend aussi que David n'avait en rien péché contre son serment. Toutefois, il reste une raison d'en douter et elle n'appartient pas à ce tribunal.

Rien n'est retiré, quant à l'honneur aussi d'un homme grave qui ne révoque pas l'injure, à son intention, voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. II, quæst. 95, nb 92 et 93 et ainsi a-t-il été répondu en des termes plus forts, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 63, nb 2 etc., comme il a aussi semblé à Bachov sur Treutler, vol. II, disp. 32, lettre G. Ce que j'admettrai tout à fait, si l'invective avait été portée avec la seule intention d'injurier, serait sûrement plus certainement faux et ne porterait devant soi aucune couleur de vérité ; car, en réalité, cela porte alors plus préjudice à celui qui injurie qu'à celui qui souffre l'injure ; par exemple si quelqu'un a dit qu'un homme sobre et pieux était ivre et vivait dans la bacchanale et que le contraire est, depuis tout temps, connu de n'importe qui ; car il n'y a pas besoin que la réputation de celui-ci soit rétablie dans son état initial par la sentence d'un juge.

Du reste, il faut observer que, si quelqu'un a voulu agir en justice quant à une injure verbale, de façon plus avisée, il fait en sorte que d'abord, il envoie à celui qui injurie un notaire des des témoins qui demanderont si la persévérance de son intention corrobore l'injure portée dans un tel moment et tel endroit ; en effet, celui-ci la regrettant avant le commencement du débat judiciaire, l'action d'injure cesse, comme [le dit] ici Groenewegen, § 2, dans sa note 1215. Cette rétractation qui vient en son temps n'est pas le signe d'une âme mesquine, mais d'une âme généreuse. Car, quant à Gustave-Adolphe, roi de Suède, prince des héros, Noest raconte à partir de Pufendorf que celui-ci était plus enclin à une colère qui, rarement sévissait cependant au-delà des mots ; mais il ajoute que, bientôt aussi, sa bile cessant de bouillonner, il faisait aussi satisfaction à des hommes de petite condition, voir *Algemeen Staatsrecht*, liv. II, chap. 17, § 22. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. III, chap. 2, § 1, signale qu'il a été prescrit dans le droit naturel que chacun estime l'autre homme et le traite en tant que naturellement égal à lui ou également, comme un homme, et Barbeyrac observe sur cet endroit que ce droit se présente à l'homme en tant que tel à un tel point qu'il ne pourra pas être modifié par la diversité des statuts qui s'est ensuivie. Mais à quoi sera tenu l'offensé ? Voyez Pufendorf, liv. II, chap. 5, § 3.

En il faut faire attention à ce que l'injure faite à l'un affecte tous les parents consanguins et c'est pourquoi l'action se présente à tous, même si celui qui a souffert l'injure a ignoré celui qui injurie, voir Surdus, *Decisiones*, decis. 89, nb 1, 2 et 3. Mais Imbert, *Institutions forenses*, liv. II, p. 569, signale que cette action civile se présente au seul offensé.

Enfin, l'action d'injure est annale, à moins que le libelle ne soit diffamatoire, dans lequel un crime notable est prouvé envers quelqu'un ; car cette action n'est pas prescrite, si ce n'est une fois écoulés trente ans et un jour, voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. II, quæst. 98, nb 51, 52 et 53. Ce crime a été invisible à Philippe II, à un point tel que, le 1er mai 1566, il a statué la peine de mort et certes, de la pendaison, contre les auteurs et ceux qui s'étaient appliqués à les divulguer, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 219.]

§ 4. Le droit qui naît de l'affaire de calomnie disparaît ou dure de la même façon qu'il est dit de l'injure [1258].

*

[1258] (Note de Groenewegen) Voir dans le chapitre XXXV, les notes **6** et **7** et suivantes, et le § 2.

Chapitre XXXVII
Du délit contre les biens [1259]

§ 1. Un DÉLIT CONTRE LES BIENS est une *destruction des biens, un ravissement des biens, une détérioration des biens contre la volonté de celui que le bien concerne.*

§ 2. Par une *destruction des biens*, sont obligés à une compensation ceux qui causent un incendie, une inondation, que ce soit malicieusement ou par imprudence ; qui tuent les bêtes d'un autre ou les choses semblables [1260].

§ 3. Par un *ravissement des biens*, sont obligés tous les voleurs [1261], les brigands à main armée [1262], les spoliateurs de terres [1263], aussi ceux qui, par de fausses attestations [1264] ou

---

[1259] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)* et D. 9, 2 *(De la Loi Aquilia).*

[1260] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 27 §§ 5-11 ; D. 9, 2, 30 § 3. Voyez Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 7, defin. 1, 2 et 3.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Mais, dans son troisième chapitre, cette même Loi Aquilia dit : "Pour les autres choses, en dehors d'un esclave ou d'une bête de bétail tués, si quelqu'un, à un autre, a causé un dommage, ce qu'il a brûlé, brisé, cassé avec une injure, au prix auquel sera le bien dans les trente prochains jours, sois condamné à donner autant au propriétaire". 6 - En conséquence, non si quelqu'un a tué un esclave ou une bête de bétail, mais s'il a brûlé, brisé et cassé [quelque chose], sans aucun doute, à partir des termes de la Loi, il faudra agir en justice. Par conséquent, si tu as placé une torche devant mon esclave et que tu l'as brûlé, tu en seras tenu envers moi. 7 - De même, si tu as mis le feu à ma plantation d'arbres ou à ma villa, j'aurai l'action de la Loi Aquilia. 8 - Si quelqu'un a voulu brûler mon immeuble de rapport et que le feu aussi, à l'immeuble du voisin, est arrivé, de l'action de la Loi Aquilia, il sera aussi tenu envers le voisin ; le locataire ne sera pas moins tenu à raison des biens brûlés de ceux-ci. 9 - Si l'esclave chargé du four d'un colon s'est profondément endormi au four et que la maison en a été brûlée, Neratius écrit que, sur le fondement de l'offre de bail* (ex locato)*, celui qui a été cité en justice doit le garantir, s'il a été négligent dans le choix de ses serviteurs ; du reste, si l'un met le feu dans le four et qu'un autre, de façon négligente, l'a gardé, celui qui a mis le feu en sera-t-il tenu ? Car celui qui a la garde n'a rien fait et celui qui, à bon droit, a mis le feu n'est pas en faute ; qu'en est-il donc ? Je pense que se présente une action utile tant contre celui qui s'est endormi devant le four que contre celui qui l'a négligemment gardé, et que personne n'aurait dit, contre celui qui s'est endormi profondément, qu'il avait souffert une chose humaine et naturelle, du fait qu'il aurait dû éteindre le feu ou le protéger d'une façon telle qu'il ne s'étende pas. 10 - Si tu as un four le long d'un mur commun, de l'action de dommage avec une injure, seras-tu tenu ? Et Proculus dit que l'on ne peut pas agir en justice, parce que ce [n'est] pas contre celui qui aura eu le loyer, et c'est pourquoi, de façon plus juste, je pense qu'une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *doit être accordée, à savoir, si le mur a été brûlé ; mais, si au contraire, tu ne m'as pas encore causé un dommage, mais que tu as un feu d'une façon telle que je craigne que tu me causes un dommage, je pense que la garantie de dommage non encore survenu* (cautio damni infecti) *suffit. 11 - Proculus dit que, quand les esclaves d'un colon ont brûlé la ferme, le colon, sur le fondement du louage* (ex locato) *ou de l'action de la Loi Aquilia, est tenu d'une façon telle que le colon peut livrer les esclaves en abandon noxal et que, si, avec une seule action, la chose a été jugée, il ne faut pas agir plus avant en justice contre l'autre. Mais [il en est] ainsi, si, d'une faute, le colon est exempt ; du reste, s'il a eu des esclaves criminels, il est tenu d'un dommage avec une injure, [pour savoir] pourquoi il en a eu de tels. Il écrit que, de même, il faut l'observer pour les personnes des locataires d'un immeuble de rapport : cette opinion est fondée ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Dans cette règle aussi qui, de ce chapitre, naît, le dol et la faute sont punis ; c'est pourquoi, si quelqu'un, à de la paille ou à des épines pour les brûler, a mis le feu, que, plus tard, le feu, en s'échappant et en progressant, a causé du tort au champ de céréales ou à la vigne d'autrui, recherchons si, avec son incompétence ou sa négligence, cela est arrivé. Car, si, lors d'un jour de vent, il l'a fait, il est accusé d'une faute (car celui qui en fournit l'occasion est considéré avoir causé le dommage) ; et, dans ce même crime, se trouve celui qui n'a pas veillé à ce que le feu, plus loin, n'avance pas. En revanche, s'il a veillé à tout ce qu'il fallait ou si une violence subite du vent a poussé le feu plus loin, il est exempt de faute ».*

[1261] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, IV, i *(Des obligations qui, d'un délit, naissent)*, § 19 (21), et tout le titre de D. 13, 1 *(De la condiction pour un vol).*

« § 19 (21). L'action de vol du double ou du quadruple, seulement, regarde la poursuite de la peine ; car un propriétaire extérieur a la poursuite du même bien qu'en le revendiquant ou en le réclamant avec une condiction, il peut emporter. Mais la revendication, certes, contre le possesseur, se trouve, que le voleur lui-même possède, ou n'importe qui d'autre ; et la condiction, contre le voleur lui-même ou son héritier, bien qu'il ne possède pas, se présente ».

Le titre de D. 13, 1 comprend 20 extraits.

[1262] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 1 *(Des biens volés avec une violence et de l'agitation d'une foule)*, 10 § 1 ; D. 47, 8, 1 au début et tout ce titre, et tout le titre des *Institutes*, IV, ii *(Des biens volés avec une violence).*

Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - À celui aussi qui, de l'action de biens volés avec violence, est tenu, Julianus, dans le livre XXII de ses Digestes, indique que l'on peut réclamer avec une condiction ».*

d'autres mauvais moyens, privent quelqu'un de ses biens, ceux qui blessent un animale d'autrui et les choses semblables [1265].

§ 4. Par une *détérioration des biens* : tous ceux qui donnent une cause de façon impropre à une détérioration des biens de quelqu'un [1266]. § 5. Nous disons *ceux que les biens concernent* : car non seulement le propriétaire, sur une pleine propriété ou une propriété incomplète [1267], mais **[424]** aussi celui qui avait un usage [1268] ou une sécurité [1269] sur le bien ou une possession seulement [1270], pour autant qu'il est préjudicié par lui.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Celui qui a volé un bien, d'un vol non manifeste, est tenu au double et de biens pillés avec violence, au quadruple. (…) ».*

Le titre en question des *Institutes* comprend, outre un prologue, 2 paragraphes.

[1263] (Note de Groenewegen) Voir D. 13, 3, 2 et tout le titre de D. 43, 16 *(De la violence et de la violence armée)* et de C. 8, 4 *(D'où, avec une violence).*

Extrait du livre XVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais, à celui qui, avec une violence, a délogé quelqu'un d'un bien-fonds, Sabinus écrit que le bien-fonds peut être réclamé avec une condiction et, ainsi, Celsus [le dit-il], mais ainsi, si le propriétaire est celui qui, ayant été délogé, le réclame avec une condiction ; du reste, s'il ne l'est pas, Celsus dit qu'il peut réclamer avec une condiction la possession ».*

Le titre de D. 43, 16 comporte 20 extraits et C. 8, 4, 11 constitutions.

[1264] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 10, 27 et 32 §1.

Extrait du livre VIII des *Règles* de Modestinus : *« La règle de la loi déclare que sont tenus ceux qui, entre eux, ont procuré des témoignages différents, comme s'ils en faisaient un faux. 1 - Et il a été déclaré que celui qui, à l'encontre de sa propre marque, fournit un faux testament, de la peine du faux, est tenu. Il ne faut pas douter de l'impudence de celui qui fournit à deux personnes des témoignages différents, dont la foi à deux têtes vacille ainsi, parce que, du crime de faux, il sera tenu. 2 - Celui qui, en soldat, s'est comporté, de faux insignes, a usé ou, avec un faux sauf-conduit, a emprunté les routes doit être, à la faveur de la qualité du crime, très lourdement puni ».*

Extrait du livre Ier *Des peines* de Modestinus : *« 1 - Si un vendeur ou un acheteur a corrompu les mesures approuvées publiquement pour le vin, le blé ou quelque autre bien, ou, avec un dol, l'a fait, au double du montant de ce bien, il est condamné ; dans un Décret du divin Hadrien, il a été prescrit que, dans une île, seront relégués ceux qui ont falsifié les poids et les mesures ».*

[1265] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 27 §§ 5-6 ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 13.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Mais, dans son troisième chapitre, cette même Loi Aquilia dit : "Pour les autres choses, en dehors d'un esclave ou d'une bête de bétail tués, si quelqu'un, à un autre, a causé un dommage, ce qu'il a brûlé, brisé, cassé avec une injure, au prix auquel sera le bien dans les trente prochains jours, sois condamné à donner autant au propriétaire". 6 - En conséquence, non si quelqu'un a tué un esclave ou une bête de bétail, mais s'il a brûlé, brisé et cassé [quelque chose], sans aucun doute, à partir des termes de la Loi, il faudra agir en justice. Par conséquent, si tu as placé une torche devant mon esclave et que tu l'as brûlé, tu en seras tenu envers moi ».*

« § 13. Dans le chapitre III, de tout autre dommage, il est disposé. C'est pourquoi, si quelqu'un a blessé un esclave ou ce quadrupède qui, au nombre du bétail, se trouve ou s'il a blessé ou tué ce quadrupède qui, au nombre du bétail, ne se trouve pas, comme un chien ou une bête sauvage, dans ce chapitre, une action est établie. Pour tous les autres animaux aussi, de même, pour toutes les choses qui, d'âme, sont privées, le dommage causé avec une injure, dans cette partie, est revendiqué. Si, quelque chose, en effet, a été brûlé, cassé ou brisé, une action, à partir de ce chapitre, est établie ; bien que la seule appellation de "cassé", à toutes ces causes, puissent suffire ; en effet, comme "cassé", est entendu ce qui, par n'importe que moyen, a été détruit. D'où, non seulement ce qui a été brûlé ou brisé, mais aussi ce qui a été coupé, heurté et déversé et avec une quelconque moyen, détruit et rendu plus mauvais, dans ce mot, est compris ; enfin, il a été répondu que, si quelqu'un, dans le vin d'autrui, ou l'huile, avait introduit [quelque chose], avec quoi la bonté naturelle du vin ou de l'huile serait corrompue, à partir de cette partie de la Loi, celui-ci est tenu ».

[1266] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 9, 2, 27 §§ 5-6 et ledit § 13 des *Institutes de Justinien*, IV, iii *(Der la Loi Aquilia).*

[1267] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 15 § 1.

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - Un propriétaire qui a dérobé un bien sur lequel un usufruit a été vendu, de l'action de vol, envers l'usufruitier, est tenu ».*

[1268] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 14 § 2, 20 § 1 et 82 § 1.

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - En outre, les colons ont l'action de vol, bien qu'ils ne soient pas propriétaires, parce que c'est là leur intérêt ».*

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Paul : *« 1 - Si, de bonne foi, tu as acheté mon bien et que moi, je l'ai dérobé ou aussi, qu'il y a ton usufruit et que je l'ai détourné, je serai tenu envers toi de l'action de vol, quoique je sois le propriétaire du bien. Mais, dans ces cas, l'usucapion, comme pour un bien volé, n'est pas empêchée, parce que, si un autre l'a dérobé et que le bien est revenu en mon pouvoir, il sera acquis avec une usucapion ».*

§ 6. Tout dommage causé avec une faute [1271] par lequel quelqu'un est obligé en matière de meurtre ou de blessures, est aussi fort pour obliger quelqu'un à une indemnisation du dommage que quelqu'un souffre sur son bien [1272].

§ 7. Tous les navires qui jettent leur ancres doivent avoir dessus une bouée ou un signal et, si, par un manque de cela, un certain dommage arrivait, celui qui est en défaut est tenu de réparer le dommage en totalité ; mais, si la bouée ou le signal, après le jet [à l'eau] de l'ancre, est enlevé en dehors d'une faute, il peut faire satisfaction avec la réparation de la moitié du dommage, dans le cas où il n'avait pas autrement pu prévoir cela [1273].

Extrait du livre II des *Sentences* de Paul : *« 1 - Des moissons ayant été dérobées d'un bien-fonds, tant le colon que le propriétaire peuvent agir en justice avec l'action de vol, parce qu'il est de l'intérêt des deux de poursuivre le bien ».*

[1269] (Note de Groenewegen) Voir D. 47, 2, 12 § 2 ; D. 9, 2, 30 § 1 ; *Institutes de Justinien*, IV, i *(Des obligations qui, d'un délit, naissent)*, § 12.

Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si un bien a été remis en gage, au créancier aussi, nous accordons aussi une action de vol, bien que, dans ses biens, la chose ne se trouve pas ; mieux, non seulement contre un tiers, mais aussi contre le propriétaire lui-même, nous accorderons l'action de vol et c'est ainsi que Julianus l'a écrit. Et l'on ne décide pas qu'au propriétaire lui-même, elle soit accordée et il est fait ainsi qu'il n'est pas tenu de l'action de vol et agit en justice. Aussi est-elle accordée aux deux* (*i. e.* le créancier et le propriétaire)*, parce qu'elle est de l'intérêt des deux. Mais, aux créanciers, importe-t-elle toujours seulement si le débiteur n'est pas solvable ? Et Pomponius pense qu'il est toujours de l'intérêt de celui-ci* (*i. e.* le créancier) *de posséder un gage, ce que Papinien, dans le livre XII de ses Questions, approuve ; et il est plus vrai que, partout, on considère que c'est de l'intérêt du créancier ; c'est ainsi que Julianus, très souvent, l'a écrit ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Si, donné en gage, un esclave a été tué, au demandeur, une action se présente. Mais il est demandé si, au créancier, doit être accordée une action utile, parce qu'il peut être de son intérêt que le débiteur ne soit pas solvable ou qu'il ait perdu son droit à agir du fait d'un [trop grand] délai. Mais ici, il est injuste qu'envers le maître et envers le créancier, il soit tenu, si ce n'est si l'on a pensé que, dans cette affaire, le débiteur ne souffrirait nulle injure, alors que cela lui est utile pour le montant de la dette et que, ce qu'il y aura en plus, par lui, sera obtenu ou que, depuis le commencement, pour ce qu'il y aura de plus que dans la dette, au débiteur, doit être accordée l'action ; et c'est pourquoi, dans ces cas dans lesquels, au débiteur, doit être accordée l'action à raison de sa pauvreté ou parce qu'il a perdu son droit à agir, le créancier, certes, jusqu'au montant de la dette, aura l'action de la Loi Aquilia, afin que cela soit utile au débiteur, mais, au débiteur lui-même, pour ce qui excède ce qui est dû, se présente l'action de la Loi Aquilia ».*

« § 12 (13). Ceux qui, sous la puissance de parents ou de maîtres, se trouvent, s'ils leur soustraient un bien, commettent certes un vol envers eux et le bien, dans une cause de vol, tombe et, à raison de cela, par aucun, il ne peut être usucapé avant qu'au pouvoir du propriétaire, il soit revenu, mais une action de vol de naît pas, parce qu'à partir d'une autre cause, ne peut pas entre eux naître une action ; (14), mais si, avec l'aide, le conseil d'un autre, le vol a été commis, parce qu'en tout cas, un vol est commis, de façon convenable, celui-ci, de [l'action de] vol, est tenu, parce qu'il est vrai qu'avec l'aide et le conseil de ce dernier, le vol a été commis ».

[1270] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, i *(Des obligations qui, d'un délit, naissent)*, §§ 13-14.

« § 13 (15). Mais l'action de vol se présente à celui dont il est de l'intérêt que la chose soit sauvegardée, bien qu'il n'en soit pas le propriétaire ; c'est pourquoi, au propriétaire, elle ne se présente pas autrement que s'il est de son intérêt que la chose ne périsse pas. § 14 (16) D'où, il est établi qu'un créancier, quant à un gage soustrait, avec l'action de vol, peut agir en justice, même s'il a un débiteur approprié, parce qu'il est à propos qu'à ce gage, cela incombe plutôt que, contre la personne, il agisse en justice ; certes, à ce point que, bien que le débiteur lui-même ait soustrait ce bien, au créancier, ne se présente pas moins l'action de vol ».

[1271] (Note du traducteur) C'est Grotius lui-même qui donne ici l'expression latine qui traduit selon lui le mot néerlandais *verzuym*, dont le sens exact est "négligence, perte, omission". Nous l'avons donc ici reprise.

[1272] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 9, 2, 45 § 5.

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« 5 - Celui qui enlève un mur propre, de l'action de dommage avec une injure, envers son propriétaire, est tenu ».*

[1273] (Note de Groenewegen) Voir le placard de l'empereur Charles du 19 juillet 15551, art. 49 ; le placard du 31 octobre 1563 [de Philippe II], tit. V, art. 4 ; lois de Wisby, art. 27, 28 et 50.

Art. 49 : (notre traduction du néerlandais) *« Item. Et, si quelque navire est endommagé par les ancres d'un autre navire restant à l'ancre et n'avait aucune bouée sur elle, ainsi, ce navire dont l'ancre était mise sans bouée, sera tenu, envers le navire endommagé, de payer la totalité du dommage. À moins qu'une telle bouée, en dehors d'une faute du patron ne fût enlevée et qu'au moment du jet de la ci-devant dite ancre, dessus, il n'y ait eu une bouée. Dans lequel cas, le navire endommagé pourra réclamer la moitié de son dommage au patron dont l'ancre, sans bouée, dans l'eau, s'est trouvée ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes …*, *op. cit.*, t. IV, p. 62-63.

Art. 4 : (notre traduction du néerlandais) *« Tous les navires jetant leurs ancres auront une bouée ou une marque dessus et, si par un manque de cela, un certain dommage arrivait, celui qui se trouve en défaut, réparera le dommage en totalité. Mais, s'il y avait que la ci-devant dite bouée ou marque, après le lancer de l'ancre, en dehors de la faute du patron, était enlevée et qu'il*

[**Note de Willem Schorer**

Tous les navires etc. L'auteur traite ci-dessous, dans le chapitre suivant, § 16, depuis la note 1296 à la fin, de la réparation du dommage causé à un navire et son chargement. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, du chap. 18 au chap. 24, a longuement débrouillé cette matière. De façon générale, sur cette matière, il faut examiner su une faute ou un dol peut être prouvé, qu'il doit être réparé en totalité par celui qui l'a causé ; si au contraire, il a été causé sans dol ou sans faute, il doit être simplement partagé ; sur ce point, Bijnkershoek, cap. 18, observe qu'il y a un recours par le droit romain, certes pour une raison utile, mais injuste. En effet, à partir de l'équité, quand il n'y avait pas de faute ou de dol, le dommage sera imputé à un accident que personne n'était tenu de garantir. Cependant, l'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II chap. XVIII, § XXI, signale que, dans les lois de nombreux peuples, comme aussi chez nous, le contraire, à raison de la difficulté de prouver la faute, a été reçu. Mais il est bellement demandé comment ce dommage devra être compté, si [c'est] en observant la proportion arithmétique ou géométrique. Bijnkershoek, cap. 20, préfère la raison géométrique l'arithmétique, et il rapporte celle-ci non seulement à partir de l'équité, mais à partir des lois de Wisby dont nous, nous usons, bien qu'à partir de Cooren, *Observationes*, obs .40, nb 29, il enseigne que cet compte géométrique n'a pas été reçu dans les usages, comme aussi l'a rejeté Verwer en tant que trop subtil, et enseigne à partir de l'ordonnance de Philippe II de 1563 dans ses notes sur l'art. 27 et l'art. 68 des lois de Wisby, qu'il a été abrogé. Bijnkershoek raconte quand cette question, en sa présence, était traitée dans la Cour Suprême et qu'il avait entrepris la défense de la proportion géométrique, les autres conseillers, comme frappés par la foudre de Jupiter, étaient restés interdits.

Mais il est demandé ce qu'il en est du droit si les deux étaient en faute. Dans ce cas, la Cour de Hollande a jugé que le dommage devait être mis en commun et la Cour Suprême a aussi confirmé cette sentence. Cependant, Bijnkershoek signale à meilleur droit, cap. 22, que chacun doit supporter son dommage et qu'ici, il n'y a aucune action réciproque. J'ai déjà relevé ci-dessus, chap. XXXV, § 7, sur la note 1258, que l'action à partir de la Loi Aquilia cessait, la faute de l'acteur et la faute concurrente de celui qui souffre [le dommage] étant intervenues.

Du reste, la distinction quant à l'ancre jetée sans marque ou sans signal surnageant (communément une *bouée*) et certes, quant au signal employé, mais enlevé avec la violence de la mer ou une tempête, que tient ici l'auteur, est admise par Bijnkershoek, cap. 22, dans le passage *Est et culpa* - "Est aussi une faute".]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCIV. Pour entendre la doctrine de Grotius dans ces §§ 7 et 8 et, dans le chap. XXXVIII, § 15 et suivants, il faut relever que, sous le dommage causé avec un dol ou une faute, sont non seulement compris les cas rappelés dans ces §§ quand un vrai délit est commis, mais aussi les cas dont il est traité dans le chap. XXXVIII ; car, à ceux-ci, le dol ou la faute peut s'ajouter, bien que, dans cet endroit, ils soient remis par Grotius, parce qu'en général, ils arrivent par cas fortuit et que, même ainsi, à partir de nos lois, une certaine obligation comme à partir d'un délit a été introduite. Cf. la loi maritime de Rotterdam, art. 255, 256, 259, 260, 261 et 262.

DCCCV. Celui qui n'a pas de bouée flottante sur l'ancre est présumé être accusé d'une faute, ainsi cependant, de sorte que, sa faute n'ayant pas été prouvée par l'adversaire, il soit

---

n'avait pas pu encore le prévoir, il sera tenu à la moitié du ci-devant dit dommage ». Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, p. 86.

Lois de Wisby, art. 27 : *« Un Navire est à l'ancre dans un havre auquel il y a peu d'eau, en sorte qu'il touche ; un autre navire vient moüiller l'ancre au proche ; si l'equipage du navire survenant est requis par ceux du premier de lever et retirer leur ancre, parce qu'ils sont trop prés, et ne le font pas, il est permis aux premiers de le faire de leur authorité ; et si à ce ils sont empeschez par les derniers venus, ils amendront tout le dommage qui sera causé à ce subjet ».*

Art. 28 : *« Il est inhibé et deffendu à tous Maistres de navire de se tenir sur ses ancres en aucun havre, sans y attacher un hoirin ou bonneau pour servir d'indice, et en cas qu'il n'en ait pas, est tenu de payer le dommage que tous les autres pourroient recevoir de leurs ancres ».*

Art. 50 : *« Si deux navires se choquent et se hurtent, dont est fait dommage, il sera payé par moitié, si ce n'est que les gens de l'un d'eux l'ait fait exprez, auquel cas il payera le tout ».* Cf. Cleirac, *Us et coustumes de la mer*, *op. cit.*, p. 173-174 et 181.

admis à un serment purgatoire, est néanmoins obligé de réparer la moitié du dommage, voir les *Keuren* de Rotterdam, art. 263 et 264 ; de Dordrecht, art. 180 et 181.

DCCCVI. L'auteur, certes, est pour le tout en premier lieu tenu de ce dommage et des autres accidents causés par le dol ou la faute du patron, mais aussi à la faveur de la part qu'ils ont dans le navire, les armateurs peuvent être cités en justice, eux-mêmes auront ensuite contre le patron un recours, bien qu'ici, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 23, soit en désaccord. Car, à partir de ces actes du patron qui regardent la navigation, les armateurs dont le navire a porté préjudice à un autre, doivent être tenus ou, à partir de ce qui est évincé, ils seront aussi tenus, si le navire a causé un dommage par un cas fortuit. Ainsi la Cour Suprême l'a-t-elle jugé le 23 janvier 1733, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 23, p. 716, mais aussi la loi de Rotterdam l'a établi, art. 256 et 268, non ici examinée par le grand homme, et la loi de Dordrecht, art. 185, endroits dans lesquels il est disposé que les armateurs s'acquiitent de leur part en cédant le navire ; cependant, chacun n'est pas tenu pour le tout ou au-delà de ce qu'ils doivent pour le dommage à proportion de leur, voir Cooren, *Observationes*, obs. 40 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 20, p. 668 à la fin et suivante.]

§ 8. Quand deux navires sont placés l'un le long de l'autre, que l'un touche le fond ou autrement, ne peut pas se retirer et que l'autre est placé si près de lui qu'un danger pouvait en arriver, celui dont le navire touche le fond et ne peut pas se retirer, à l'autre qui peut s'en aller et se retirer, doit ainsi demander qu'il lève son ancre pour prévenir le dommage ; et, dans le cas où il ne voulait pas faire une telle chose, il pourra lever l'autre ancre ; et, si l'autre le lui interdit ou lui fait un empêchement, il sera tenu de payer le dommage qui en naît [1274].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCVII. Le navire qui tient aux ancres étant attaché eu fond, si le patron du navire voisin, pour éviter un dommage, lève l'ancre et déplace son navire, et qu'à cette occasion, il souffre un dommage, celui-ci doit lui être réparé, voir la loi de Rotterdam, art. 265 à la fin ; la loi de Dordrecht, art. 182 à la fin. Si, s'étant vu demander de lever son ancre par le patron du navire attaché au fond, il ne veut pas déplacer le navire ou permet que celui-ci le fasse lui-même et que celui-ci en souffre un dommage, il est tenu à ce titre et certes, pour le tout, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 22, p.703 ; cependant, ce qui est certes très vrai quant au patron, ne doit pas être reçu quant aux armateurs qui, mieux, ne sont aussi pas obligés dans ce cas plus loin qu'il a été dit dans la thèse précédente et s'en acquittent en cédant leur part dans le navire, voir la loi de Rotterdam, art. 268 joint aux art. 265 et 266 ; la loi de Dordrecht, art. 185 joint aux art. 182 et 183.]

§ 9. Un juge qui prononce contre les lois qu'il lui appartient de connaître ou qui accorde un délai contre la loi [1275] ; **[425]** un arpenteur de terrain qui fait une mesure injuste [1276] ; et

---

[1274] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit art. 28 [des lois de Wisby] et le ci-devant dit tit. V, art. 5 [du placard de Philippe II du 31 octobre 1563].

Art. 5 : (notre traduction du néerlandais) *« Dans le cas où deux navires sont placés l'un le long de l'autre et que l'un de ceux-ci touche au fond ou, autrement, ne peut pas se retirer, et que l'autre est placé si près de lui qu'un péril pouvait en arriver, ceux dont le navire est près de la terre et ne peut pas se retirer, à l'autre qui peut s'en aller et se retirer peuvent demander de lever son ancre pour prévenir le dommage et, dans le cas où il ne voulait pas faire une telle chose, il sera tenu de le faire, ce faisant, dans le cas où l'autre lui a interdit ou lui fait une empêchement et que quelque dommage en arrive, celui-ci sera tenu de le payer ».* Cf. pour le texte néerlandais Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, p. 86.

[1275] (Note de Groenewegen) Voir le début des *Institutes de Justinien*, IV, v *(Des obligations qui, comme d'un délit, naissent)* ; D. 5, 1, 15 § 1 ; D. 48, 10, 1 § 3 ; C. 7, 49, 2 ; D. 50, 13, 6. Mais voyez contre cela le privilège de Dame Marie [de Bourgogne] du 14 mars 1475, art. 6 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le début des *Institutes*, IV, v *(Des obligations qui, comme d'un délit, naissent)*.

« Si le juge a fait le procès sien, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas considéré avoir été obligé. Mais, parce qu'à partir d'un contrat, il n'a pas été obligé net, en tout cas, est entendu avoir mal fait quelque chose, bien que par imprudence, pour cette

un notaire qui fait un écrit contre les lois [1277], bien que, par une ignorance [1278], ils soient tenus sur tous dommage que quelqu'un vient à en souffrir.

[**Noite de Willem Schorer sur la note 1275 de Groenewegen van der Made**

Après que l'auteur a déclaré ci-dessus, liv. III, chap. XXXIII, § 5, dans la note 1195, que les juges qui condamnent un innocent à la mort et qu'ils étaient aussi accusés du dernier supplice, maintenant, il enseigne que, jugeant contre la loi, ils sont tenus de l'action de la Loi Aquilia. Dans le droit romain, cela est plus que clair, du fait que le juge, en jugeant mal, fait le procès sien et cinq causes pour lesquelles ce droit n'est pas tombé en désuétude en Belgique autrichienne sont énoncées, voir le *Précis du droit Belgique*, p. 269. Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 144, nb 6, en admet une seule, si celui qui fait appel ne peut pas recouvrer de son adversaire, par exemple il s'est évadé en fuite ou est tombé de ses richesses.

Cependant, Groenewegen a simplement rejeté cette sentence de l'auteur dans le lieu indiqué dans sa note et enseigne ici que celle-ci n'a pas été reçue dans l'usage, comme aussi, dans les usages de la France, voir Bugnyon, *Des loix abrogées*, p. 103, et cela, principalement à raison de la variété des sentences, voir Finckelthaus, *Observationes practicæ*, dans la préface au lecteur.

En outre, Groenewegen enseigne de façon très vraie qu'aujourd'hui, des personnes inexpérimentées président à la juridiction et Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12, déclare que, plus souvent, les juges sont également stupides pour juger et un âne à la lyre, du fait que les bipèdes sont parfois très inexpérimentés et très ignorants. Il observe en

---

raison, il est considéré, comme à partir d'un délit, être tenu et, sur autant, quant à cette chose, qu'il sera considéré juste à la religion de celui qui juge, il supporteras une peine ».

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Le juge est alors entendu faire sien le procès, lorsqu'avec un dol, en fraude de la loi, il a prononcé sa sentence (mais, avec un dol, il est considéré le faire, si sa claire faveur, son inimitié ou aussi, sa honte est prétendue), de sorte qu'il soit contraint de payer la véritable estimation du procès ».*

Extrait du livre XIV des *Institutes* de Marcianus : *« 3 - Mais, si le juge a négligé les constitutions impériales, il est puni ».*

Constitution de Constantin adressée à Felix, gouverneur de la Corse, donnée en 319 : *« Au sujet de celui qui, corrompu avec une somme d'argent ou une faveur, a faussement jugé une grâce, à celui que la demande a blessé, non seulement pour les dépenses de l'évaluation, mais aussi pour la décision du procès, se présentera ».*

Extrait du livre III des *Affaires journalières* de Gaius : *« Si un juge fait sienne une cause, il n'est pas considéré précisément lié à raison d'un délit ; mais, parce qu'il n'est pas lié à raison d'un contrat et qu'il est considéré en tout cas comme ayant fait une faute, fût-ce par ignorance, c'est pourquoi il semble ne pouvoir échapper à une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *comme pour un délit, et il endurera une peine à la mesure de ce qu'il a paru juste au sujet de cette affaire à la conscience de celui qui juge ».*

[1276] (Note de Groenewegen) Voir D. 11, 6, 1.

Extrait du livre XXIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Contre l'arpenteur de terres, le préteur a proposé une action en fonction des circonstances du fait* (in factum). *Par lui, il ne faut pas que nous soyons trompés ; car il est de notre intérêt que nous ne soyons pas trompés sur la déclaration de la mesure, si, peut-être, quant aux limites, il y a une dispute et que l'acheteur ou le vendeur veut savoir de quelle mesure [est] la terre vendue. Mais il a proposé cette action pour la raison que les anciens ne croyaient pas qu'avec une telle personne, il y avait une offre de bail et une prise de bail, mais plutôt que le service, en lieu d'avantage, était fourni et ce qui lui est donné, pour une rémunération, était donné et, de là, est appelé un honoraire ; mais, si, sur le fondement d'une offre de bail et d'une prise de bail, cela a été fait, il faudra dire que ce que soutient le demandeur ne tient pas. 1 - Cette action réclame seulement un dol ; cela a été considéré, en effet, suffisant et, bien assez, l'arpenteur est tenu en bride, si le seul dol de cet homme est poursuivi, [homme] qui, civilement, n'est pas obligé. Par conséquent, si, de façon incompétente, il s'en est occupé, doit se l'imputer celui qui l'a employé ; mais, si [c'est] de façon négligente, également l'arpenteur sera en sécurité ; la faute large, clairement, au dol, est comparée. Mais, s'il a reçu un loyer, celui-ci ne garantit pas toute sa faute à cause des termes de l'Édit ; en tout cas, en effet, le préteur sait qu'avec un loyer, ceux-ci interviennent. 2 - Mais est tenu de cette action celui qui a fait la déclaration [de la mesure] ; mais nous devons recevoir qu'en a fait la déclaration celui qui, par l'intermédiaire d'un autre, l'a faite ».*

[1277] (Note de Groenewegen) Voir C. 6, 23 29 à la fin.

Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire Joannes et donnée en 531 : *« (…) Les tabellions et ceux qui s'occupent de faire des testaments sauront que, s'ils ont osé faire autrement, ils n'éviteront pas la peine du faux, comme s'ils s'en étaient occupés de façon trompeuse dans une cause si nécessaire ».*

[1278] (Note de Groenewegen) Voir en argument les *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 7.

« § 7. L'incompétence est aussi comptée pour une faute, comme si un médecin avait tué ton esclave pour la raison qu'il l'avait amputé de mauvaise façon ou lui avait donné faussement un médicament ».

outre que ceux-ci se trompent abondamment qui se persuadent qu'ils s'acquittent de l'office du juge avec la seule intégrité, et il confie à juste titre au pouvoir suprême que la République, sur ce point, n'en prenne pas de détriment. Ainsi [le dit] Bijnkershoek et, cependant (oh, douleur !)jusqu'à ce jour, la chose jugée est tenue pour la vérité ; mieux, comme l'a dit quelque part Rolando de Valla de la sentence qui est allée contre la chose jugée est si efficace qu'elle fera l'étant du non exsistant, le faux du vrai, le noir du blanc, le blanc du noir, et qu'elle égalera le carré d'un rond, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I, decis.170, nb 15. C'est pourquoi je m'étonne principalement que Groenewegen auquel Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. III, cap. 12, ait abrogé autant de lois de sa propre autorité et n'ait pas aussi abrogé cette loi de D. 1, 5 *(Du statut des hommes)*, 25.

Mieux, bien qu'il n'y ait pas pour moi l'autorité de corriger les lois, à mon risque cependant, lisez *LA CHOSE, SEULEMENT EN FAVEUR D'UNE CHOSE DOUTEUSE, EST TENUE AVOIR ÉTÉ JUGÉE*, du fait que Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 26, defin. 21, a le plus vraiment rapporté, à partir de Dumoulin, (en effet, je parle en homme expérimenté) la sentence du juge et la victoire du procès parmi les cas fortuits. C'est pourquoi agira avec plus de précautions celui qui, avec Alcibiade, aime mieux céder que soutenir énergiquement ? Car notre droit pullule de controverses à un point tel que, là où vous le tordrez, il sera suivi de façon ferme et il n'y a rien de si absurde pour qui, par un sophiste aiguisé, ne pourra pas quelque chose, du moins, pour obtenir quelque chose d'une couleur.

Cependant, le grand Bijnkershoek semble restreindre cette sentence inexpérimentée des juges aux seuls échevins, mais aussi, parfois, il l'éclaire en l'honneur d'une telle illustre Cour et, en guise de sentence sacrée, dit le droit celui qui ne sait pas nager ni ne sait lire aussi la jurisprudence de celle-ci, si quelqu'un achetait pour de l'argent sa jurisprudence et, à bon droit, ayant été lésé, agirait au-delà de la moitié à partir de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2. La cause est aussi la suivante, [à savoir] afin que toute la splendeur des tribunaux perde sa valeur et que l'autorité des juges aille à sa ruine. Mieux, il y a peut-être des sentences élaborées, non selon l'usage des aréopagites, de nuit, mais déjà, l'aurore rougissant, à partir desquelles il est clair que le juge a ainsi bloqué les jours à la vérité, comme la chouette le fait ordinairement aux rayons du soleil ; car, parfois, nous racontons à un sourd une fable, bien que nous jouissions de cette ruine du genre humain, destruction de la République, éloignée ordinairement de nos tribunaux et que nous en félicitions les habitants des Provinces Unies à partir du désir de l'âme.

Cependant, ne faites pas à partir de cela que je méprise que toutes les choses jugées indistinctement ; car le préteur est aussi réputé dire le droit, aussi, quand il l'a décidé injustement voir D. 1, 1 *(De la justice et du droit)*, 11. À partir de ce qui a été dit jusqu'ici, cependant, je préférerai une justice borgne que dépeindre une justice tout à fait aveugle, comme [le dit] Ulpien lui-même dans D. 49, 1 *(Des appellations et des rapports)*, 1, non seulement à raison de l'ncompétence, mais aussi, à raison de l'injustice des juges, elle aura amené l'usage fréquent et nécessaire des appels, bien que, parfois, elle forme des sentences bien portées en pire, auquel est tout à fait ajouté Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. VIII, chap. 4, § 7, et ici, Barbeyrac dans sa note 8.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCVIII. Le droit ancien, dans lequel le juge, en jugeant mal, était tenu à la raéparation du dommage (voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. IV, obs. 46 ; cf. van de Wall, *Handvesten van Dordrecht*, p. 121 et 143 et suivantes dans la note ; De Timmermans sur les coutumes de Midelburg, rubr. 6, art.4), après la réception ténedue du droit civil, dans la décision des controverses, il semble que la connaissance soit tombée en désuétude, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, i, à moins qu'un dol ou une faute clairement inexcusabke puisse être prouvé, comme dans le cas dans le *Nieuw Nderlandsch Advijsboek*, part. I, cons. 46, p. 505 et suivantes.]

*

Chapitre XXXVIII

Du délit par interprétation de la loi [1279]

§ 1. Un DÉLIT PAR INTERPRÉTATION DE LA LOI est *quand la loi impute à quelqu'un un certain résultat en délit.* Cela peut être fait aussi là où il n'y vraiment aucun délit, mais cependant, non sans une cause légale [1280], comme *quand quelqu'un, à partir de notre bien ou par notre bien, est préjudicié.*

§ 2. *À partir de notre bien* : comme d'abord, venant de la maison de celui duquel l'incendie s'étend aux autres maisons [1281].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1281 de Groenewegen van der Made**

L'auteur a déjà traité de l'incendie ci-dessus dans ce livre, chap. VIII, § 4, dans les notes 382 et 383, et chap. XIX, § 11, note 721. Il est cependant plus vrai que n'importe qui, dans le doute, est présumé attentif pour détourner un incendie ence qu'il s'agit de ses biens. En outre, aussi dans notre droit, le dommage suit la tête à un point tel que, de façon régulière, à l'exception de peu de cas, à partir de l'acte de domestiques ou de servantes, personne n'est tenu au-delà de son salaire ; selon l'auteur dans ce chapitre, § 8, note 1287, la négligence paresseuse sur ce point est seulement d'une preuve plus difficile ; pour cette raison, aujourd'hui le bailleur agit à peine à bon droit quant à l'incendie et il est plus ajoyté au compte des cas fortuits ; ainsi la Cour de Flandre l'a-t-elle jugé en 1696, voir *Précis du droit Belgique*, p. 176. Cependant, de façon générale, comme [le dit] l'auteur dans cette note, est tenu de tot dommage celui qui a donné une cause à l'incendie avec sa faute, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 9, tit. 2, nb 19 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. V, cons. 60, et de Réal, *La science du gouvernement*, t. III, p. 385, signale que cela est conforme à l'équité naturelle.

Mais à qui incombe la preuve et quand est-il présumé du droit ? Voyez ce que j'ai relevé ci-dessus, chap. VIII, sur les notes 382 et 383.

Du reste, sur l'incendie, Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 47, 9 *(De l'incendie, de la ruine, du naufrage, de la barque et du navire pris d'assaut)*, 49 § 1, observe que, pour l'écarter, il était d'usage de détruire les maisons voisines ; à juste titre, cependant, sur cette loi, il est réfuté ar Bruneman, qui enseigne à partir de l'autorité du droit que, dans ce cas, le dommage des maisos-ns détruites devait être réparé par tout le voisinage, et ainsi [le dit] Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 22, à moins cependant que l'on ne peuisse pas prouver que les maisons, bien qu'elles n'aient pas été détruites, allaient périr avec la chaleur des flammes, voir Rocco, *Sentences choisies*, sent.12, nb 2. D'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 600, nb 1, rapporte que cela est conformae auyssi aux usages des Bretons, la nécessité étant pressante.

Le même droit triomphe en Belgique, enseigne Vinnen dans ses notes sur Piet Peck, *De re nautoca*, sur la Loi Rhodienne, lettre B et Rocco signale dans ledit endroit, nb 12 § 10, à partir de D. 47, 9, 3 § 7, que, si quelqu'un, un incendie étant né et le voisin luttant contre, le propriétaire foncier a détruit le bâtiment, aucune action sur le fondement de la Loi Aquilia n'est accordée

---

[1279] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, v *(Des obligations qui ,d'un délit, naissent).*

[1280] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, v *(Des obligations qui, d'un délit,naissent)*, au début.

« Si le juge a fait le procès sien, proprement, à partir d'un délit, il n'est pas considéré avoir été obligé. Mais, parce qu'à partir d'un contrat, il n'a pas été obligé net, en tout cas, est entendu avoir mal fait quelque chose, bien que par imprudence, pour cette raison, il est considéré, comme à partir d'un délit, être tenu et, sur autant, quant à cette chose, qu'il sera considéré juste à la religion de celui qui juge, il supporteras une peine ».

[1281] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 9, 2, 27 § 8 et 30 § 3.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Si quelqu'un a voulu brûler mon immeuble de rapport et que le feu aussi, à l'immeuble du voisin, est arrivé, de l'action de la Loi Aquilia, il sera aussi tenu envers le voisin ; le locataire ne sera pas moins tenu à raison des biens brûlés de ceux-ci ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Dans cette règle aussi qui, de ce chapitre, naît, le dol et la faute sont punis ; c'est pourquoi, si quelqu'un, à de la paille ou à des épines pour les brûler, a mis le feu, que, plus tard, le feu, en s'échappant et en progressant, a causé du tort au champ de céréales ou à la vigne d'autrui, recherchons si, avec son incompétence ou sa négligence, cela est arrivé. Car, si, lors d'un jour de vent, il l'a fait, il est accusé d'une faute (car celui qui en fournit l'occasion est considéré avoir causé le dommage) ; et, dans ce même crime, se trouve celui qui n'a pas veillé à ce que le feu, plus loin, n'avance pas. En revanche, s'il a veillé à tout ce qu'il fallait ou si une violence subite du vent a poussé le feu plus loin, il est exempt de faute ».*

contre une telle personne et de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 440, [dit] que le pouvoir suprême exerce ce droit de commandement ou du domaine éminent.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCIX. Celui avec la faute duquel il a été fait en sorte qu'un incendie naisse à partir de sa maison, si la flamme a divagué plus largement, était autrefois tenu du dommage causé aux maisons voisines dans le statut d'Amsterdam du 9 novembre 1541, voir les *Handvesten*, p. 85, on doute non sans raison [de savoir] si cela triomphera encore dans le droit nouveau.]

§ 3. En second lieu, du lieu d'habitation de celui duquel quelque chose est jeté ou déversé sur une voie usitée par quoi quelqu'un est endommagé [1282].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1282 de Groenewegen van der Made**

L'action quant aux choses déversées et jetées était, quant au droit romain, au double ; mais celle-ci a été abrogée dans les usages, voir Groenewgen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, IV, v *(Des obligations qui naissent comme d'un délit)* .]

§ 4. Nous disons *lieu d'habitation*, c'est-à-dire une maison propre ou louée, ou aussi dans laquelle quelqu'un habite pour rien [1283]. Mais un père qui habite dans une partie de la

---

[1282] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 9, 3 *(De ceux qui ont jeté ou déversé [quelque chose])*.

Ce titre contient 7 extraits dont on peut reprendre ici au moins le premier qui expose bien la question.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit quant à ceux qui ont jeté ou répandu [des choses] : "D'où, dans cet endroit où, communément, un chemin sera fait ou sur lequel il existera, quelque chose aura été jeté ou répandu, pour autant qu'à partir de cette affaire un dommage aura été causé ou fait, contre celui qui, ici, aura habité, au double, j'accorderai une action. Si, avec ce choc, un homme libre est réputé avoir péri, de cinquante pièces d'or, j'accorderai l'action. S'il vit et qu'il est dit qu'un préjudice lui a été porté, pour autant qu'à cause de cette affaire, il sera considéré juste que celui contre lequel on agira en justice soit condamné, j'accorderai l'action. Si un esclave, à l'insu de son maître, est réputé l'avoir fait, dans l'action, je l'ajouterai ou en abandon noxal, je le livrerai". 1 - Il n'y a personne qui refuse qu'avec la plus haute utilité, le préteur ait édicté cela ; en effet, il est publiquement avantageux que l'on circule sans crainte et sans péril à travers les chemins. 2 - Mais il doit être de peu d'intérêt [de savoir] si l'endroit est public ou privé, pourvu qu'à travers lui, communément, un chemin soit fait, parce que, pour ceux qui font route, [l'Édit] est prévu, aux routes publiques, il ne s'applique pas ; toujours, en effet, ces endroits à travers lesquels, communément, on fait ordinairement route, doivent avoir la même sécurité. Du reste, si, parfois, une personne commune, sur cette route, ne passe pas et qu'alors, quelque chose y a été jeté ou répandu, alors que ces endroits sont encore isolés, seulement, on a commencé à y circuler, on ne doit pas, de cet Édit, être tenu. 3 - Ce qui, lorsque cela est suspendu, est tombé, est plus considéré comme jeté, mais aussi, ce qui, en suspens, est tombé, il est mieux [de dire] que pour jeté, cela est tenu. Par conséquent, si quelque chose en suspens a été répandu, bien que personne ne l'ait répandu, il doit être dit que l'Édit, cependant, a lieu. 4 - Cette action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *est accordée contre celui qui habite, lorsque quelque chose est jeté ou répandu, non contre le propriétaire des bâtiments ; la faute est, en effet, dans ses mains. N'est pas ajoutée la mention d'une faute ou d'une dénégation, pour qu'au double, soit accordée l'action, bien que les deux réclament l'action de dommage avec une injure. 5 - Mais, quand un homme libre a péri, l'évaluation du dommage n'est pas faite au double, parce que, pour un homme libre, aucune évaluation du corps ne peut être faite. Mais une condamnation de cinquante pièces d'or est faite. 6 - Mais ces termes "s'il vit ou s'il est dit qu'un préjudice lui a été porté" ne regardent pas les dommages qui, sur le bien d'un homme libre, ont été faits, si, peut-être, son vêtement ou quelque chose d'autre a été souillé ou déchiré, mais ce qui, sur son corps, est lancé. 7 - Si un fils de famille a eu un appartement pris à bail et que, de là, quelque chose a été jeté ou répandu, quant au pécule, contre son père, [l'action] n'est pas accordée, parce que, d'un contrat, elle ne vient pas ; c'est pourquoi, contre le fils lui-même, cette action se présente. 8 - Quand un esclave est l'habitant, une action noxale devra-t-elle être accordée, parce qu'il n'y en a pas sur le fondement de [l'action relative à] l'administration d'affaires* (negotiorum gestorum) *ou [celle] quant au pécule* (de peculio), *parce que, d'un délit de l'esclave, elle ne vient pas ? En effet, il n'est pas réputé [y avoir] un délit de l'esclave, du fait que l'esclave n'a en rien porté un préjudice. Mais moi, je pense qu'il ne faut pas que l'esclave soit impuni, mais que, par la voie extraordinaire, avec l'office du juge, il doit être corrigé. 9 - Mais nous disons que l'on habite dans son propre logement, dans un logement pris à bail ou à titre gratuit. Un hôte, clairement, ne sera pas tenu, parce qu'ici, il n'habite pas, mais qu'il est seulement reçu comme hôte, mais est tenu celui qui a donné l'hospitalité ; mais il y a une grande différence entre l'habitant et l'hôte, autant qu'il y a une différence entre celui qui a un domicile et celui qui voyage. 10 - Si plusieurs [personnes], dans le même appartement, habitent, d'où l'on a jeté [quelque chose], contre chacune, cette action sera accordée ».*

[1283] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 1 § 9 au début.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Mais nous disons que l'on habite dans son propre logement, dans un logement pris à bail ou à titre gratuit. (…) ».*

maison pour lui-même, n'est pas tenu à raison de ce qui pourrait être fait à partir d'une autre partie de la maison où son fils habite [1284].

[426] § 5. En troisième lieu, *celui qui avait disposé ou suspendu [quelque chose] à une place où l'on circule ordinairement, qui tombe et a endommagé quelqu'un* [1285].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCX. Ici, Grotius ne s'est pas trompé comme l'ont cru les jurisconsultes dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. I, obs. 98, mais il a interprété l'usage quotidien de l'édit quant au choses placées et suspendues dangeureusement, du fait qu'il a accordé l'action venant de cet édit à celui seul qui a été préjudicié avec la chute de la chose.]

§ 6. Nous disons a *disposé* ou *suspendu*, bien que lui-même ne l'ait pas disposé ni suspendu [1286].

§ 7. *Par notre bien*, que ce soit *vivant*, que ce soit *sans vie* ; *vivant*, comme nos serviteurs ou nos bêtes.

§ 8. Par un délit des serviteurs, les maîtres et les maîtresses ne sont en général obligés que pour autant que le loyer non payé peut le supporter [1287].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1287 de Groenewegen van der Made**

L'auteur signale ici qu'oridinairement, les maîtres ne sont ps tenus des délirs des domestiques, comme je l'ai aussi relevé ci-dessus, liv. III, chap. I, § 34, sur la note 52. De façon très juste, les États de Zélande, dans l'ordonnance du 23 septembre 1637, ont sanctionné que les maîtres s'acquittaient d'un délit en donnant les domestiques ou les servantes (Voyez le *Groot Placaet-boek*, vol. I, p. 2017).

Ce qui a été dit des domestiques doit aussi être étendu aux enfants, voir van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap.2, nb 8.Cependant, il observe qu'en Hollande, cela a sa difficulté, du fait qu'il a été disposé ici, à partir du privilège de l'ipératrice Marguerite, en 1346, que l'impubère ne paierait pas la peine au-delà de son corps et de dix florins pris des biens des parents ; il enseigne que cela a été affermi dans les différents statuts des places. Il entreprend de lever cette diffu-iculté ainsi, à savoir que cela doit être entendu des impubères dont les parents sont déjà morts. Mais cette solution semble à peine digne d'une réfutation sérieuse, du fait que,

---

[1284] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 1 § 7.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si un fils de famille a eu un appartement pris à bail et que, de là, quelque chose a été jeté ou répandu, quant au pécule, contre son père, [l'action] n'est pas accordée, parce que, d'un contrat, elle ne vient pas ; c'est pourquoi, contre le fils lui-même, cette action se présente ».*

[1285] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 5 § 6.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 6 - Le préteur dit : "Que personne, sur un entablement ou sur un toit en saillie, au-dessus de cet endroit où, communément, l'on fera route ou sur lequel on se trouve, n'ait comme placé ce dont la chute pourra porter préjudice à quelqu'un. Celui qui, contre cela, l'aura fait, contre lui, pour le tout, j'accorderai une action en fonction des circonstances du fait* (in factum) *de dix sous. Si un esclave, à l'insu de son maître, est réputé l'avoir fait, [elle sera de même accordée]* [1285] *ou j'accorderai qu'en abandon noxal, il soit livré" ».*

[1286] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 3, 5 § 10.

Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - Est considéré avoir comme [quelque chose de] placé, à bon droit, celui qui, lui-même, certes, ne l'a pas placé, mais a souffert que, par un autre, cela soit placé ; c'est pourquoi, si un esclave l'a placé et que le maître a souffert que cela soit placé, non avec une action noxale, mais en son propre nom, le maître en sera tenu ».*

[1287] (Note de Groenewegen) Voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de D. 15, 1 *(Du pécule)*. En argument, D. 15, 1, 35 et 3 § 11.

Extrait du livre XII *Repris de Cassius* de Javolenus : *« En revanche, quand un héritier s'est vu ordonner de donner un pécule en recevant un certain montant d'argent, le pécule n'est pas considéré, dans les mains de l'héritier, se trouver ».*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - De même, il écrit que le père [de famille] est aussi tenu, quant au pécule, de l'action en justice, ce qu'aussi, Marcellus pense, aussi au titre de son action, à partir de laquelle le père n'a pas pu souffrir, quant au pécule, l'action ; car, de même que, dans une stipulation, on contracte avec le fils, de même, avec une action, on contracte ; par conséquent, il pense de même que l'origine de l'action ne doit pas être examinée, mais l'obligation elle-même [qui naît] de l'action, pourquoi et si, comme défenseur, il a été condamné ».*

les parents étant morts, l'impubère pourra faire l'abandon, non des biens des parents, mais de ses biens et que les termes des statuts que lui-même indique sont contraires à cette interprétation : *QU'ICI, AUCUN ENFANT N'ÉTANT SUR LE PAIN DU PÈRE ET DE LA MÈRE ETC.*, voir les *Handvesten van Amsterdam, van Gooiland et van Schoonhove*. En effet, les parents ne nourrisent ordinairement pas les enfants après leur mort. Dans les coutumes de la Hollande du Sud, il est tenu : *QU'UN ENFANT DU PAYS D'UN HOMME, QUI EST MAJEUR PEUT, NON DU BIEN DE SON PÈRE ET DU BIEN DE SA MÈRE, PAYER DIX LIVRES SANS PLUS*.

Je pense plus vrai qu'à cette époque, le droit romain, dans lequel les actions noxales avait été permises, n'avait pas encore été usité dans les pays Belges et Bijnkershoek, *Observationes juris romani*, *Ad lectorem*, est d'avis qu'il n'y a eu aucune autorité de ce droit en Hollande avant Charles le Téméraire. En effet, il rappelle, § 42, la forme du droit écrit qu'il a prescrite le 4 septembre 1462 à la Cour. À partir de là, il me semble en avoir suffisamment fait la preuve ; autrefois, avant le droit romain, il a ici été introduit que les parents avaient été obligés à l'infini. Cependant, l'auteur, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XVII, § XXI, signale que la remise en dédommagement tant à raison d'un esclave que d'un animal sans raison relève du droit civil, non du droit naturel. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. III, chap. 1, § 6, nb 7 et 8, pense tout à fait le contraire.Barbeyrac fait une distinction dans sa note et pense qu'à partir de l'équité naturelle, l'esclave qui lèse doit être donné en dédommagement, non de même, l'animal, vu qu'avec raison, il ne peut pas donner un dommage abandonné proprement dit.]

§ 9. Mais les patrons de navire, les aubergistes et les maîtres d'écurie sont tenus de réparer tous les dommages que quelqu'un qui a sa vie et ses biens sur leur navire, leur maison ou leur écurie, pourraient souffrir par les matelots, les serviteurs de la maison ou les valets d'écurie [1288].

[1288] (Note de Groenewegen) Voir tout le titre de D. 4, 9 *(Pour que les marins, les aubergistes et les maîtres décurie rendent ce qu'ils sont reçu)*.

Ce titre comporte 7 extraits, dont on reprendra ici seulement le premier.

Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Les marins, les aubergistes et les maîtres d'écurie, parce que ce qui a été reçu restera sauf, s'ils ne le restituent pas, contre eux, j'accorderai une action". 1 - L'utilité de cet Édit est très importante, parce qu'il est nécessaire en général de suivre leur foi et de confier des biens à leur garde. Que nul ne pense que ceci a été établi de façon pesante contre eux, car il appartient à leur jugement de ne pas recevoir quelqu'un, et s'il n'avait pas été établi, matière leur serait donnée, avec des voleurs à l'encontre de ceux qu'ils reçoivent, de s'allier, du fait qu'ils ne s'abstiennent pas même maintenant de fraudes de ce type. 2 - Il faut voir, en conséquence, lesquels en sont tenus. Le préteur dit "les marins". [Comme] marin, nous devons recevoir celui qui arme le navire, bien que soient appelés marins tous ceux qui, pour faire naviguer le navire, se trouvent sur le navire ; mais, quant à l'armateur, le préteur l'entend seulement. En effet, il ne doit pas, dit Pomponius, être obligé par le biais d'un rameur ou d'un matelot ordinaire, mais par lui-même ou par le patron du navire ; quoique, si lui-même, à l'un des marins, a ordonné que cela soit confié, sans nul doute, il devra être engagé. 3 - Et il y en a certains sur le navire qui, pour la garde, sont préposés aux navires, comme les* ναυφυλακες *- i. e.* gardien de vaisseaux *- et les gardiens des cabines. Si donc, l'un d'eux reçoit [quelque chose], je pense que, contre l'armateur* (exercitor)*, il faut accorder une action, parce que celui qui les a, à un office de ce type, préposés a permis que cela leur soit confié, bien que le patron du navire lui-même fasse ce que l'on appelle* χειρεμβολος *- i. e.* la mainmise. *Mais, s'il ne le pratique pas, cependant, quant à ce qui a été reçu, le patron en sera tenu. 4 - Quant aux armateurs de barques, de même, aux bateliers, rien n'a été disposé ; mais Labéon écrit qu'il faut l'établir de même et, de cette règle, nous usons. 5 - Mais nous recevrons à égalité ces aubergistes et ces maîtres d'écuries qui s'occupent d'une auberge ou d'une écurie, ou leurs exploitants* (institores). *Du reste, si, des services d'un esclave à tout faire, il s'acquitte, il n'y est pas inclus, comme par exemple les esclaves d'entretien de l'atrium, les cuisiniers et ceux qui leur sont semblables. 6 - Le préteur dit : "parce que ce que, de chacun, ils ont reçu sera sauf", c'est-à-dire n'importe quel bien ou quelle marchandise qu'ils auront reçus. De là, chez Vivianus, il a été rapporté que cet Édit regardait aussi ces biens qui, aux marchandises, étaient accessoires, comme les vêtements dont, sur les navires, on use et les autres choses que, pour un usage quotidien, nous avons. 7 - De même, Pomponius, dans son livre XXXV [sur l'Édit du préteur], écrit qu'il importe peu que nous ayons apporté nos biens ou ceux d'autrui, si cependant il est de notre intérêt qu'ils soient saufs ; le fait est qu'à nous plus qu'à ceux auxquels ils appartiennent, ils doivent être payés. Et c'est pourquoi, si, en gage, j'ai reçu des marchandises à raison d'un prêt maritime, plus envers moi qu'envers le débiteur, le marin en sera tenu, si, antérieurement, il les a reçues. 8 - Mais ce qui a été reçu sera-t-il sauf, si les biens envoyés sur le navire lui ont été remis ; et, quand ils ne lui ont pas été remis, pour cela même, cependant, que, sur le navire, ils ont été envoyés, seront-ils considérés avoir été remis ? Et je pense que celui-ci reçoit la garde de tout ce qui, sur le navire, a été apporté et qu'il doit garantir non seulement le fait des matelots, mais aussi [celui] des passagers ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1288 de Groenewegen van der Made**

Les marins, les aubergistes et les maîtres décurie sont tenus de réparer tout dommage à raison de la très légère foi de ces hommes, comme nous l'avons déjà vu liv. III, chap. XXXIII, § 5, sur la note 1194. Et, jusqu'à un certain point, est accusé d'une faute celui qui use des services de mauvais hommes, voir Lauterbach sur D. 4, 9 *(Pour que les matelots, les aubergistes et les maîtres d'écurie restituent ce qu'il ont reçu)*, nb 25. Cependant, il a été répondu, voir Schomaker, *Consiliça et responsa juris*, part. I, cons. 59, nb 43, p. 642, que l'hôte qui dénonce les crimes commis dans sa maison n'était pas même tenu à partir d'un quasi-délit. Il a été jugé que l'aubergiste n'était pas tenu, à moins que sa faute ne soit intervenue, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 26, defin. 10. Cependant, dans le droit commun, il est tout à fait tenu, pourvu que [le dommage] ne soit pas arrivé part un accident fatal, inévitable, et par la force majeure, voir Lauterbach sur D. 4, 9, nb 18 ; car Peck, *De re nautica*, sur D. 4, 9, 3 §§ 1 et 2, nb 12, signale qu ceux-ci ne sont pas tenus dans ce cas.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXI. Les marins, les aubergistes et mapître d'écurie, à partir des délits des serviteurs, ne sont plus tenus au double, mais au simple, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit.9, nb 10 ; voyez le cas dans les *Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 182. Cependant, doivent être entendus comme des serviteurs de cette sorte ceux que quelqu'un a volontairement au service, non de telles personnes auxquelles leur ministère a été accordé en tant que charge publique par l'autorité publique, voir *Vervolg der Hollandsche consultatien*, part. I, cons. 119.]

§ 10. Par un délit des bêtes, quelqu'un est obligé, dont la bête, étant échauffée en dehors de l'habitude ou ensauvagée, a endommagé quelqu'un [1289] ou dont la bête s'est jetée sur la bête d'un autre [1290] et l'a ainsi tuée ou lui a causé un empêchement. Carle propriétaire de la

---

[1289] (Note de Groenewegen) D. 9, 1, 1 §§ 4-7 ; *Institutes de Justinien*, IV, ix *(Si un quadrupède est réputé avoir causé un dommage)*.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - C'est pourquoi, comme Servius l'écrit, l'action a lieu, lorsqu'agité par la sauvagerie, un quadrupède a porté un préjudice, par exemple, quand un cheval récalcitrant, avec son sabot, a frappé, qu'un bœuf, habitué à attaquer avec sa corne, a attaqué ou que des mules [attaquent] à raison d'une trop grande fougue ; si, à raison de l'inégalité de l'endroit ou de la faute du muletier, ou si, chargé plus qu'il ne faut, le quadrupède, sur quelqu'un, a renversé sa charge, cette action cessera et l'on agira en justice avec l'action de dommage causé avec une injure. 5 - Mais, si un chien, alors qu'il est conduit par quelqu'un, avec sa sauvagerie, s'est échappé et, à quelqu'un, a causé un dommage, s'il peut être contenu plus fermement par un autre ou si, à travers cet endroit, il ne devait pas être conduit, cette action cessera et sera tenu celui qui tenait le chien. 6 - Mais, si, à l'instigation d'autrui, une bête sauvage a causé un dommage, cette action cessera. 7 - Et, de façon générale, cette action a lieu chaque fois que, contre la nature, une bête sauvage agitée a causé un dommage ; et c'est pourquoi, si un cheval, excité par la douleur, avec son sabot, a frappé, cette action cesse, mais celui qui a frappé ou blessé le cheval, sur son acte plus que de la Loi Aquilia, est tenu, en tout cas, pour la raison que lui-même, avec son corps, n'a pas causé le dommage. En revanche, si, lorsque quelqu'un a caressé le cheval ou l'a touché légèrement, avec son sabot, [le cheval] l'a frappé, il y aura lieu à l'action ».*

« Au titre des animaux qui, de raison, sont privés, si, certes, avec un défaut de retenue, une ardeur ou une sauvagerie, ils ont fait un dommage, une action noxale, dans la Loi des XII Tables, a été mise au jour. (Ces animaux, si, en abandon noxal, ils sont livrés, sont utiles à l'accusé pour sa libération, parce qu'ainsi, la Loi des XII Tables a été écrite) ; par exemple si un cheval, en ruant, avec son sabot, a frappé ou un bœuf, avec sa corne, habitué à frapper, a frappé. Mais cette action, contre ceux qui, contre la nature, se meuvent, a lieu ; du reste, si la sauvagerie était de naissance, elle cesse [d'avoir lieu]. Enfin, si un ours fuit de chez son maître et qu'ainsi, il a porté un préjudice, le maître, parfois, ne peut pas être cité en justice, parce qu'il cesse d'en être le maître quand la bête s'est évadée. Mais le dommage [causé par un animal] est le dommage causé sans injure de celui qui le fait ; en effet, ne peut pas être réputé avoir causé une injure un animal qui, de sens, est privé. Cela regarde l'action noxale. § 1. Du reste, il faut savoir que, dans l'Édit des édiles, nous nous voyons interdire d'avoir un chien, un verrat, un sanglier, un ours et un lion là où, communément, l'on fait route ; et, si, contre cela, il a été fait et qu'il est réputé avoir nui à un homme libre, ce qui est considéré bon et juste au juge, à autant, le propriétaire sera condamné. Pour les autres biens, au double de combien le dommage a été causé. En dehors de ces actions édiliciennes, l'action de dommage causé par un animal (de pauperie) *aura lieu ; jamais, en effet, les actions étant surtout en concours quant à la même affaire, l'une ne consume l'autre ».*

[1290] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 1 *(Si un quadrupède est réputé avoir causé un dommage)*, 1 § 11. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ici même.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - Quand des béliers ou des bœufs combattent ensemble et que l'un tue l'autre, Quintus Mucius a fait la distinction suivante [en disant que], si, certes, avait péri celui qui était l'agresseur,*

bête qui a fait une telle chose est tenu de réparer le dommage ou de livrer la bête, à son choix [1291].

§ 11. En outre, des bêtes qui sont trouvées sur la terre de quelqu'un peuvent être enfermées et peuvent rester dans l'enclos aux frais de la bête jusqu'à ce que le dommage soit indemnisé ou garanti [1292].

[427] § 12. Un voiturier ou un paysan dont les chevaux s'emballent, bien qu'en dehors de sa faute, est tenu à une réparation [1293].

§ 13. Le propriétaire d'un chien qui a tué les cygnes ou les autres oiseaux de quelqu'un est tenu d'indemniser une telle chose sans pouvoir y satisfaire avec la livraison du chien [1294].

§ 14. Cette faute disparaît avec la mort de la bête ; ainsi, quand celle-ci, en plus, ne peut pas être connue du propriétaire [1295].

§ 15. *Non vivant* : comme des navires.

§ 16. Ainsi, quand deux navires, dans ou en dehors du pays, viennent bord à bord l'un de l'autre, ne pouvant pas se retirer ni s'éviter, d'une façon telle que l'un a poussé l'autre au

---

l'action cesserait et que, si [c'était] celui qui n'a pas fait de provocation, se présentait l'action, pour cette raison que [le propriétaire de l'animal agresseur] doit réparer le dommage que celui-ci a subi ou le lui livrer en abandon noxal ».

[1291] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 9, 1, 1 § 11 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes de Justinien*, IV, ix *(Si un quadrupède est réputé avoir causé un dommage)*, au début.

[1292] (Note de Groenewegen) Voir le privilège du duc Aelbragt de Bavière accordé à Lieuwendam le 30 novembre 1405 ; les privilèges de la Hollande du Sud, p. 203 ; la *Keure* du Rhynland du 11 juillet 1606 ; les *Keure* du Delftland du 25 novembre 1558 et du 3 et 4 juillet 1598, art. 77, etc. ; le Statut de Frise, chap. II, tit. 3, art. 3 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 9, 2, 39 § 1. Cela diffère des lois romaines, voir ledit § 1.

[1293] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 2, 8 § 1 ; *Institutes de Justinien*, IV, iii *(De la Loi Aquilia)*, § 8.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - Il est communément dit que le muletier aussi, si, par incompétence, il n'a pas pu retenir un mouvement brusque de ses mules, si elles ont écrasé l'esclave d'autrui, au titre de sa faute, est tenu. De même, on le dit, si, à cause d'une faiblesse, il n'a pas pu retenir l'impulsion brusque des mules ; ce n'est pas considéré comme injuste, si la faiblesse, pour une faute, est comptée, du fait que chacun ne doit pas viser à ce en quoi il a entendu ou doit entendre que sa faiblesse, pour autrui, serait dangereuse. La règle est la même pour la personne de celui qui ne pourra pas retenir le mouvement brusque d'un cheval, avec lequel il est fait un transport, à cause de son incompétence ou de sa faiblesse ».*

« § 8. Avec le mouvement subit de mules que le muletier, à raison de son incompétence, n'a pas pu retenir, si ton esclave a été écrasé, le muletier est accusé d'une faute. Mais, si, à raison d'une faiblesse, il n'a pas pu les retenir, alors qu'un autre, plus ferme, aurait pu les retenir, également, il est tenu d'une faute. Les mêmes choses ont agréé quant à celui aussi qui, alors qu'il est transporté avec un cheval, avec son mouvement subit, à raison d'une faiblesse ou à raison de son incompétence, n'a pas pu le retenir ».

[1294] (Note de Groenewegen) Voir D. 21, 1, 40, 41 et 42 ; *Institutes de Justinien*, IV, ix *(Si un quadrupède est réputé avoir causé un dommage)*, § 1.

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« … en effet, ceux-ci* (*i. e.* les comédiens, les mimes ou les frères*) ne devront pas être séparés. Ensuite, les édiles disent : "afin que personne [n'ait] de chien, de porc, de sanglier, de loup, d'ours, de panthère, de lion …" »*

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* de Paul : *« … et, de façon générale, un autre animal qui est nuisible, qu'ils aient été détachés ou attachés, de sorte que, contenus dans des liens empêchant qu'ils n'apportent un dommage, ils ne le puissent pas, … »*

Extrait du livre II *Sur l'Édit des édiles curules* d'Ulpien : *« … "que, par où, communément, l'on fait route, il ait voulu en avoir, d'une façon telle qu'à personne il ne puisse nuire ou causer un dommage. Si, à l'encontre de cela, il en a été commis un et qu'un homme libre en a péri, il sera condamné à deux cents sous, s'il est dit avoir été nuisible envers un homme libre, à autant que cela considéré bon et juste pour le juge et, pour les autres biens, au double, à autant que le dommage a été donné ou commis" ».*

« § 1. Du reste, il faut savoir que, dans l'Édit des édiles, nous nous voyons interdire d'avoir un chien, un verrat, un sanglier, un ours et un lion là où, communément, l'on fait route ; et, si, contre cela, il a été fait et qu'il est réputé avoir nui à un homme libre, ce qui est considéré bon et juste au juge, à autant, le propriétaire sera condamné. Pour les autres biens, au double de combien le dommage a été causé. En dehors de ces actions édiliciennes, l'action de dommage causé par un animal (de pauperie) *aura lieu ; jamais, en effet, les actions étant surtout en concours quant à la même affaire, l'une ne consume l'autre ».*

[1295] (Note de Groenewegen) Voir D. 9, 1, 1 § 13.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 13 - Clairement, si, avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, l'animal est mort, l'action sera éteinte ».*

fond ou l'a endommagé, le dommage [1296] est ainsi supporté moitié-moitié de l'un comme de l'autre côté [1297], qu'il arrivât de jour ou de nuit, par un beau ou un mauvais temps ; mais, s'il arrivait par une volonté ou une faute de l'un, celui-ci paierait alors seul le dommage [1298].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1296 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici quant à la mise en commun du dommage est sans aucune doute vrai, comme nous l'avons déjà vu, § 11, dans la note 1292. Cependant, la limitation que tient ici Groenewegen dans la note 1296 doit être admise et ainsi aussi a-t-il été répondu le 6 juillet 1624 ; auparavant déjà, cela avait été jugé par la Cour Suprême, voir les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 321. En effet, il convient à peine à l'équité que nos biens nous lient à l'i,nfini sans notre faute et nous protent préjudice au-delà de leur prix, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 20, et cela ainsi été disposé à Hambourg dans le règlement sur l'assurance et les avaries de le ville de Hambourg de 1731, tit. 8, art. 1. À partir de cela, Bijnkershoek conlut aussi que l'action ne doit pas être accordée pour le tout contre l'un de plusieurs propriétaires d'un navire, mieux, pas même sur son entière part, mais seulement sur

---

[1296] (Note de Groenewegen) À savoir par la poussée faite du ci-devant dit navire lui-même, mais non ce qui cause le dommage fait en plus par celui-ci, voir en argument D. 19, 1, 21 § 3, et avec cela, un navire étant devenu si innavigable par la poussée qu'il ne puisse plus rester à flots, au-delà de vingt-quatre heures, était tombé dans les mains des Dunkerquois, il est jugé par le Haut Conseil de Hollande que les armateurs du navire capturé, sur le navire endommagé et ses armateurs, étaient en droit de réclamer les dommages encourus immédiatement et soufferts proprement par le ci-devant dit navire et au-delà, non, le 30 juin 1633 dans l'affaire de Lenert Bouwenszoon, appelant de l'arrêt, et de R. contre Jan Claeszoon, intimé.

[1297] (Note de Groenewegen) Voir placard du 19 juillet 1551 [de l'empereur Charles], art. 46 ; Placard du 31 octobre 1563 [de Philippe II), tit. V, art. 1 ; lois de Wisby, art. 48. Étant entendu que les armateurs peuvent faire satisfaction en faisant un abandon de leur navire ou en payant sa valeur, voir Cooren, obs. 40. Voyez de plus Cooren, obs. 41 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 48, 49 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur *Institutes de Justinien*, IV, vii *(Cette affaire qui, avec celui qui, sous la puissance d'autrui, se trouve, est réputée avoir été faite)*, § 2.

Art. 46 : (notre traduction du néerlandais) *« Item. S'il arrivait que deux navires, faisant voile dans ou en dehors du pays, en faisant voile, arrivassent bord à bord l'un de l'autre, ne pouvant pas s'échapper ni s'éviter et que ce navire, venant bord à bord de l'autre, en le poussant au fond ou en faisant un autre dommage au navire, ainsi, le dommage du patron de navire qui aussi est fait est est arrivé sera compté moitié-moitié, comme celui de ceux qui a souffert le dommage, une moitié et l'autre, une moitié à la charge de celui qui a fait un tel dommage. Aussi bien si le ci-devant dit dommage est arrivé de jour ou de nuit, par une tempête ou un beau temps, de quelque façon que celui-ci ait pu arriver ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, t. IV, p. 61.

Art. 1 : (notre traduction du néerlandais) *« S'il arrivait que deux navires, faisant voile dans ou en-dehors du pays, en faisant voile, vinssent bord à bord l'un de l'autre, ne pouvant pas se retirer ni s'éviter et d'une façon telle que l'un fût poussé au fond ou commît un autre dommage, ainsi, le dommage sera moitié-moitié, que celui-ci fût fait de jour ou de nuit, dans une tempête, un beau temps ou autrement, mais, s'il arrivait avec une volonté ou par la faute de l'un, celui-ci paiera seul le dommage ». ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, t. IV, p. 85.

[292] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dits article 1 et 48.

[293] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de 1563, tit. V, art. 2 ; le ci-devant dit placard de 1551, art. 47 ; les lois de Wisby, art. 49.

Art. 2 : (notre traduction du néerlandais) *« Et, s'il arrivait que l'un des navires, dans ou en dehors du pays, fermement amarré, étant devenu flottant sans une faute du patron et ce navire, à l'autre navire fermement amarré, causât un dommage, ainsi, celui qui a endommagé l'autre sera tenu de payer la moitié du dommage et cela, selon le taux des gens qui l'entendent et, si le ci-devant dit navire qui est devenu flottant, par cela souffrît quelque dommage, celui-ci supportera lui-même le dommage ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, t. IV, p. 85.

Art. 47 : (notre traduction du néerlandais) *« Item. Et, si quelque navire est endommagé par les ancres d'un autre navire restant à l'ancre et n'avait aucune bouée sur elle, ainsi, ce navire dont l'ancre était mise sans bouée, sera tenu, envers le navire endommagé, de payer la totalité du dommage. À moins qu'une telle bouée, en dehors d'une faute du patron ne fût enlevée et qu'au moment du jet de la ci-devant dite ancre, dessus, il n'y ait eu une bouée. Dans lequel cas, le navire endommagé pourra réclamer la moitié de son dommage au patron dont l'ancre, sans bouée, dans l'eau, s'est trouvée ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, t. IV, p. 62-63.

Lois de Wisby, art. 49 : *« Les matelots doivent representer au Maistre les cordages du guindage, et luy donner advis des defauts qu'ils y reconnoistront ; et si le Maistre n'y pourvoit, le dommage qui arrivera sera sur son compte ; mais si les matelots manquent à luy remonstrer, les accidens viendront pour estre amendez à leurs despens ».* Cf. Cleirac, *Us et coustumes de la mer*, *op. cit.*, p. 180-181.

autant que sa part devra, le compte aussi des autres parts ayant été fait ; il rapporte qu'ainsi la Cour Suprême l'avait jugé ; cela ne s'oppose pas au droit romain selon que chacun des armateurs, certes, est tenu pour le tout à partir du contrat du patron, mais il n'avait pas été préposé par les armateurs pour surcharger les navires, comme [le dit] l'auteur lui-même ci-dessus, liv. III, chap. I, § 31, dans la note 43, et § 32, dans la note 49 ; voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 9, nb 10.

Il faut cependant relever sur cette matière que n'importe quel condamné à la réparation du dommage est tenu pour le tout, si les autres ne sont pas solvables, voir Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. 6, § 8, et là, l'illustre Otto dans sa note.]

[*Qu'il arrivât de jour ou de nuit*. Ce que l'auteur dit de la nuit est vrai avec une limitation ; car, si ceux qui naviguent ont écrasé un autre navire qui naviguent sans avoir allumé de lumière, l'action doit être en tout cas refusée aux armateurs du navire écrasé ; dans le cas inverse, si celui qui a causé le dommage a navigué sans feu et n'a pas crié, il est tenu pour le tout, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 22.

Qu'en est-il, quand des bâtiments dont la raison de douter est sérieuse, en rencontrent un qui navigue de nuit, seront-ils hostiles ? Le patron du navire n'est pas tenu de recevoir les personnes envoyées pour enquêter dans son navire, comme s'ils le tentaient avec une violence, il peut les repousser avec une violence et n'est tenu de réparer en aucune façon le dommage causé à cette occasion, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 223.

Il faut le dire de même, celui qui, avec les voiles levées, entre dans un port et porte préjudice aux autres bateaux ou en naviguant à travers les eaux louées pour pêcher a dévié de sa route et se jetentt dans les filets et l'attirail de pêche, ou celui qui a un gouvernail trop saillant avec lequel les filets exposés sont brisés ; car, la faute de l'accusé ayant été prouvée pour tout cela, il sera condamné pour le tout, voir Voet, lib. 9, tit. 2, nb 15.

Quant au dommage causé par une collision sur la mer, il ne subsiste aucune controverse. Mais il est demandé, quand quelque chose de te arrive sur une rivière, ce qu'il faudra statuer. Il a été répondu, voir *Bellum juridicum*, cas. 49, que, certes, le dommage du navire devait être mis en commun, mais que les marchandises transportées sur un tel navire périssaient pour leur propriétaire et n'alourdissaient le propriétaire du navire qui heurtait sans faute ; cette réponse s'appuie sur ce fondement, [à savoir] que, dans une rivière, au regard de la collision, rien n'est trouvé avoir été modifié par les lois maritimes contemporaines et c'est pourquoi il faut s'en tenir au droit romain et au droit naturel selon lesquels la chose périt pour son propriétaire. Cette sentence plus commune et presque communément a été reçue.

Cependant, la [sentence] contraire que défend longuement Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 19, semble plus vraie ; celui-ci n'admet absolument aucune différence entre un navire marin et un navire fluvial et il défend que le même droit triomphe clairement, qu'il navigue sur quelque eau stagnante ou sur l'océan, commecela est largeent clair ; à partir des lois maritimes de Charles Quint et de Philippe II ; de même, à partir des lois frisonnes, clairement, il enseigne que le droit triomphe de même dans celles-ci que dans celles-là. Ici, en effet, il s'agit de *navires qui font voile, se trouvent ou vont dans ou hors du pays*, et il observe que, si les lois de la patrie font défaut, à raison de la parité, il faut statuer clairement la même chose ou, du moins, à partir de la loi de Philippe II, recourir au droit romain. Déjà, le propriétaire fait souvent et à bon droit valoir son droit en justice à partir de ce droit quant au dommage causé à la chaloupe ; il est clair que c'était là aussi la sentence de l'auteur à partir des termes de celui-ci au début des §§ 17 et 18. Voet, lib. 9, tit. 2, nb 15, poursuit plus longuement tout cela.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXII. Ce qui est disposé dans les lois maritimes que le dommage causé avec une collision fortuite des navires, la plupart des jurisconsultes consentent à ce que celui-ci doive être réciproquement mis en commun à la faveur de la moitié, pour autant que cela touche le dommage causé aux navires qui sont entrés en collision eux-mêmes, et à ce qu'il regarde non seulement les navires maritimes, mais aussi les navires fluviaux. Mais cela, que cela ait été contenu dans ces mêmes lois ou dans leur interprétation, il a été reçu 1°. que le dommage est ici entendu avoir été causé aussi aux marchandises transportées, comme nous le dirons dans la thèse suivante, et 2°. Que la moitié du dommage causé soit au navire soit aux marchandises es

réparé, par le moyen de l'avarie grosse, avec la contribution du navire et des marchandises ; ces deux choses sont très controversées [de savoir] si ce sera rapporté aux navires fluviaux et aux marchandises transportées dans ceux-ci. Beaucoup l'affirment et particulièrement Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 19 et 20. Mais la sentence contraire, non sans raison, reçue dans l'usage du tribunal semble avoir été approuvée aussi par la Cour de Hollande elle-même le 31 juillet 1665, voyez Verwer, *Zee-rechten*, p. 128 et suivante dans les notes, §§ 13 et 14, et les *Advysen, certificatien, etc.*, d'après la 3e édition dudit ouvrage [donnée] à Amsterdam en 1739.

DCCCXIII. Le dommage qui a été causé dans une collision de navires est entendu non seulement comme celui qui a été porté aux navires eux-mêmes, mais aussi aux marchandises transportées, comme l'a approuvé Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 18, p. 675 et suivantes, et ainsi l'a jugé la Cour Suprême, voir ledit chapitre. La même chose est vraie, bien qu'un navire soit vide, voir Cooren, *Observationes*, obs. 41, sur lequel endroit, cf. Bijnkershoek, dans ledit livre, cap. 21. La chose est elle-même abondamment déterminée aussi dans la loi de Rotterdam, art. 255, et la loi de Dordrecht, art. 172, où il a aussi été statué qu'à la faveur de la réparation du dommage, le navire et les marchandises sont obligées et qu'à plus forte raison, celles-ci peuvent être retenues par le patron [du navire], d'où, maintenant, l'observation de Nieuwstadt dans les *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 49, louée par Bijnkershoek dans ledit cap. 21, p. 696, n'entre plus dans l'usage.

DCCCXIV. Le dommage doit ici être réparé, non seulement celui qui a été causé dans la collision même, comme le voulait Groenewegen dans ce chapitre, § 165, dans la note 1296, mais aussi celui qui est prouvé s'être ensuivi à partir de cette cause, comme l'a enseigné à bon droit Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 22, p. 708. Voir le désaccord des jurisconsultes dans les *Advijsen over den koophandel, part. I, cons. 28*.

DCCCXV. Le dommage est réparé par n'importe quel navire pour la moitié en employant une proportion arithmétique, comme la loi de Charles Quint [de 1551], art. 46, l'a statué en des termes généralement clairs, d'où doit être expliquée la loi de Philippe II [de 1563], tit. V, art. 1, à partir des art. 2 et 3 de celle-ci aussi, un argument approprié peut être aussi demandé en faveur de cette sentence. Les lois de Rotterdam, art. 255, et de Dordrecht, art. 172, l'approuvent aussi. Ainsi aussi, l'a jugé la Cour Suprême chez Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 48 et 49, voir Cooren, *Observationes*, obs. 40 et 41. Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap.20, p.689 et suivantes, s'est attaché à prouver cependant que la proportion géométrique devait être ici observée.

DCCCXVI. Si le dommage causé dans une collision de navires est arrivé par la faute des deux, celui-ci ne doit pas être commun, comme il a autrefois semblé à la Cour Suprême, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 49 ; mais chacun supporte son dommage, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 22, p. 705 et suivantes, en faveur de laquelle sentence il est aussi permis de demander un argument à partir de les lois de Rotterdam, art. 262, et de Dordrecht, art. 179.]

[428] § 17. Un navire étant flottant dans ou en dehors du pays, sans la faute du patron, et causant un dommage à un autre navire fermement amarré, supporte son propre dommage et la moitié du dommage du navire fermement amarré [1299].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXVII. Si l'un de deux navires qui se tiennent à l'ancre ou sont attachés, sans la faute du patron, avec la force de la mer ou des vents, a commencé à ballotter et qu'il a causé un dommage à l'autre qui était immobile ou que lui-même aussi l'a souffert, il répare la moitié du dommage causé au navire immobile et supporte seul son propre dommage, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 21, p. 701, et cela, bien que le navire qui se tient immobile n'ait pas relâché les cordages des ancres, à moins qu'il n'ait pu le faire sans risque, lorsque cela est demandé par le patron du navire qui chasse, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris*

privati Libri quatuor, lib. IV, cap. 22, p. 704, ce qui a aussi été statué dans les lois de Rotterdam, art. 257 et 258, et de Dordrecht, art. 174 et 175.

DXXXVIII. Dans le stationnement de Texel, si plusieurs navires ont commencé à ballotter dans une tempête et à courir sur d'autres, il est réputé avoir été reçu dans l'usage qu'il est permis à chacun de couper les cordages dont ils sont embarrassés dans le présent péril sans aucune réparation du dommage, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 31. Si le péril n'est pas actuel et le navire ballotant repose à l'ancre, il ne sera pas permis à l'autre navire auprès duquel il s'est approché de couper ses cordages sans nécessité, voir lesdits *Advijsen over den koophandel*, cons. 32 et cons. 33 dans la question 2.

DCCCXIX. Si le navire qui ballotte, sans la faute des matelots, est tombé sur les cordages des ancres du navire qui est immobile et que le second, détaché de ses ancres a fait un naufrage, dans les lois maritimes, n'est pas clairement déterminé ce qu'il en sera du droit, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 29 et 30. Mais, avec l'argument de ces lois de Philippe II [de 1563], tit. V, art. 2, de Charles Quint [de 1551], art. 47, de Rotterdam, art. 257 et de Dordrecht, art. 174, le navire qui est balloté est tenu non seulement de la moitié du dommage, mais de l'entier véritable dommage, du fait que les matelots de celui-ci, contre le gré du patron du navire qui est immobile, ont fait ce que celui-ci n'était pas contraint de faire volontairement, voir les lois de Rotterdam, art. 258, de Dordrecht, art. 175, la thèse DCCCXVII.

DCCCXX. Si deux navires qui se tiennent aux ancres, les cordages des ancres n'étant pas rompus, dans une rencontre et un frottement mutuels, se sont réciproquement porté un préjudice, le dommage n'est pas compensé avec le dommage, comme beaucoup l'ont pensé, mais, à partir de la raison de notre droit, il est commun, comme l'enseigne à bon droit Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. IV, cap. 18, p. 673 et suivante.]

§ 18. Dans le cas où un navire, dans ou en dehors du pays, faisant voile ou en les carguant, fait route vers un autre navire fermement amarré, a commis un dommage, ainsi, celui qui fait voile est tenu à la moitié du dommage et doit se purger avec ses matelots par un serment qu'une telle chose n'est pas arrivée par sa faute, à moins que le navire endommagé ne voulût prouver que celui qui faisait route n'eût eu une faute et que lui-même avait été en dehors d'une faute, dans lequel cas celui qui faisait route doit payer le dommage en entier [1300].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXI. Le navire qui fait voile et qui heurte contre un navire qui se tient à ses ancres n'a pas d'action quant à son dommage propre et répare celui d'autrui pour la moitié, à moins qu'il

---

[1300] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit placard de 1563, tit. V, art. 3 ; le ci-devant dit placard de 1551, art. 47 ; les lois de Wisby, art. 27 ; les *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, part. II, cons. 27.

Art. 3 : (notre traduction du néerlandais) *« Dans le cas où un navire, du ou en dehors du pays, venant, faisant voile ou les carguant, fît voile sur un autre navire fermement amarré et fît un dommage, ainsi, celui qui aussi, en faisant paiera au navire blessé ou endommagé la moitié du dommage et se purgera avec ses matelots avec un serment que, par sa faute, cela n'est pas arrivé. À moins que ce navire endommagé ne voulût prouver le contraire et que lui-même est en dehors de toute faute, dans lequel cas, le ci-devant dit navire venant de l'extérieur paiera le dommage en entier ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, t. IV, p. 85.

Art. 47 : (notre traduction du néerlandais) *« Item. S'il arrivait que ces navires, dans ou en dehors du pays, tenant à leurs ancres et que certains de ceux-ci soient dérivants, que ce soit en perdant leurs ancres ou par un défaut de leurs cordages et que ce navire, étant ainsi sans attache, endommageant un autre navire bien arrimé à son ancre, flottât devant sa proue ou sur son flanc et que ce navire, à l'autre qui tient à son ancre, fît un dommage, ainsi, celui qui est venu bord à bord de l'autre ou devant sa proue sera tenu de payer la moitié du dommage et cela, selon le taux de ceux qui s'entendent de la matière. Et, si celui qui est flottant se fait un dommage [en allant] sur un autre navire (qui est à son acre ou bien amarré), il souffrira lui-même le dommage sans pouvoir en réclamer quelque chose à celui qui était bien amarré et tenait à ses ancres ».* Cf. pour le texte néerlandais, Pardessus, *Collection des lois maritimes* …, *op. cit.*, t. IV, p. 61-62.

Lois de Wisby, art. 27 : *« Un Navire est à l'ancre dans un havre auquel il y a peu d'eau, en sorte qu'il touche ; un autre navire vient moüiller l'ancre au proche ; si l'equipage du navire survenant est requis par ceux du premier de lever et retirer leur ancre, parce qu'ils sont trop prés, et ne le font pas, il est permis aux premiers de le faire de leur authorité ; et si à ce ils sont empeschez par les derniers venus, ils amendront tout le dommage qui sera causé à ce subjet ».* Cf. Cleirac, *Us et coustumes de la mer*, *op. cit.*, p. 173.

n'ait permis cette faute que, si le patron du navire qui se tient immobile peut prouver, il est tenu pour le tout [de réparer] ; s'il ne peut pas la prouver, avec le serment du patron et des mateloits, il doit confirmer son innocence, voir la loi de Rotterdam, art. 259-261. Si le navire qui se tient immobile, sans risque pour lui, a pu éviter le dommage, toute réparation cesse, voir l'art. 262, voyez aussi la loi de Dordrecht, art.176-179 ; dans ces statuts, sur ce dernier point, il semble avoir été dérogé à la loi de Philippe II [de 1563], tit. 5, art. 3.]

*

Chapitre XXXIX
Du paiement [1301]

§ 1. Ayant parlé jusqu'ici du fait d'entreprendre des obligations, venons-en à leur disparition.

§ 2. LES OBLIGATIONS *disparaissent* ou d'une façon telle qu'elles MEURENT ENTIÈREMENT, et avec cela, aussi bien les garants [1302] que les principaux, semblablement, les gages et les hypothèques sont libérés ou de telle façon que les obligations deviennent SANS EFFET *par l'emploi de moyens de secours sûrs*, ceux-ci étant négligés, les **[429]** obligations conserveraient leur force avec la conséquence de cela.

§ 3. Les obligations MEURENT par une DISSOLUTION DU DROIT ou par une DISPARITION DE LA CHOSE.

§ 4. Une DISSOLUTION DU DROIT est faite par une SATISFACTION ou par une REMISE [1303].

§ 5. Une SATISFACTION est *un acte qui, par sa propre force, dénoue le droit* [1304].

[1301] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)* ; C. 8, 42 (43) *(Des paiements et des libérations)*.

Le titre en question du Digeste comporte 108 extraits et celui du Code, 25 constitutions.

[1302] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 43 ; *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, pr.

Extrait du livre II des *Règles* d'Ulpien : *« Dans toutes les sortes de libération, aussi, les accessoires sont libérés, par exemple les garants, les hypothèques, les gages, en dehors de ce dont, entre le créancier et les garants une confusion étant faite, le débiteur n'est pas libéré ».*

« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur ».

[1303] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, ledit pr avec le § 1 ; D. 46, 3, 54.

*« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur. § 1. De même, par le biais d'une acceptilation, l'obligation est supprimée. L'acceptilation est un paiement imaginaire. En effet, ce qui, à partir d'une obligation avec un échange de paroles, à Titius, est dû, si Titius a voulu le remettre, il pourra ainsi être fait qu'il souffre que le débiteur disent ces paroles : "ce que moi, je t'ai promis, l'as-tu reçu ?" et que Titius réponde : "je l'ai [reçu". Mais, en grec, l'acceptilation peut être faite, pourvu qu'elle soit ainsi faite, comme avec des mots latins, il est ordinaire : "*εχεις λαβων δηναριν τοσα *; εχω λαβων" - i. e.* as-tu reçu tant de deniers ? Je les ai [reçus]. *Avec cette façon, comme nous avons dit, seulement ces obligations sont dissoutes qui, à partir d'un échange de paroles, sont faites, non aussi les autres ; en effet, il a été considéré conséquent avec des mots faite, une obligation puisse, avec d'autres mots, être dissoute ; mais ce qui, à partir d'une autre cause, est dû peut, dans la stipulation, être déduit et, par une acceptilation, être dissous. De même que ce qui est dû pour partie, à bon droit, est payé, de même, sur une partie de la dette, une acceptilation peut être faite ».*

Extrait du livre LVI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Le mot de paiement regarde toute libération, avec un quelconque moyen, faite et se rapporte plus à la substance de l'obligation qu'au paiement des espèces [monétaires] ».*

[1304] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 46, 3, 54.

§ 6. Et elle est un PAIEMENT ou SEMBLABLE À UN PAIEMENT.

§ 7. Un PAIEMENT est *une fourniture de la chose dont quelqu'un est redevable, faite par le débiteur ou quelqu'un à raison de lui* [1305]*, avec une capacité à la fournir au créancier, qui est en capacité de le recevoir* [1306].

[**Note de Willem Schorer**
L'auteur définit ici le paiement ; pour que celui-ci soit à bon droit réalisé, la volonté et le pouvoir des deux sont requis tant pour celui qui paie que pour celui qui reçoit le paiement, voir Lauterbach sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, nb 3 et 4.]

§ 8. Une *fourniture*, laquelle peut consister en un faire et un donner et, "donner" est communément à entendre "rendre propre" [1307], pour cela, ceux qui ne peuvent pas aliéner leur bien comme mineurs ne font aussi pas un vrai paiement [1308].

§ 9. *De la chose dont quelqu'un est redevable* : non de quelque chose d'autre ; car, par cela, l'obligation ne serait pas supprimée, si ce n'est avec la volonté du créancier [1309]. La chose

---

[1305] (Note de Groenewegen) Voir ledit prologue des *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*.

[1306] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

[1307] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 75 § 10 ; *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 14 ; D. 50, 17, 167 pr.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - Cette stipulation : "[promets-tu] que le bien-fonds Tusculan soit donné ?" montre qu'elle appartient à quelque chose de certain et contient que la propriété sera totalement faite celle du stipulant de n'importe quelle manière ».*

« § 14. C'est pourquoi, les actions ayant été ainsi distinguées, il est certain que le demandeur ne peut ainsi réclamer à quelqu'un son bien, s'il apparaît qu'il faut que celui-ci le donne. En effet, il ne faut pas que lui soit donné ce qui n'appartient pas au demandeur, à savoir parce que l'on entend qu'est donné à quelqu'un ce qui est donné d'une façon telle que cela devienne sien ; le bien, qui appartient déjà au demandeur, ne peut devenir plus le sien. Assurément, par haine des voleurs, ce par quoi ils seront tenus d'un plus grand nombre d'actions, il a été fait en sorte que, en dehors de la peine du double, ou du quadruple, les voleurs, au titre de la réception de la chose, sont aussi tenus par cette action "s'il appert qu'il faut que ceux-ci donnent" *; bien que cette action, par laquelle quelqu'un réclame que le bien est le sien, soit aussi contre eux ».*

Extrait du livre XLIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« N'est pas considéré comme donné ce qui, au moment où on le donnait, n'est pas devenu la propriété de celui qui le reçoit ».*

[1308] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 2 des *Institutes*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*.

[1309] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, pr ; D. 12, 1, 2 § 1 et là, les docteurs ; Bronckhorst, cent. 4, assert. 65.

« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le

doit être fournie en totalité [1310] ; car le créancier n'a pas besoin d'autoriser un paiement par morceau [1311] ; il doit être fait à la place comprise dans l'obligation [1312] et à l'époque promise, bien avant [1313], mais non plus tard.

---

paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur ».

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - La remise d'un prêt de consommation consiste en ces biens qui, en un poids, un nombre ou une mesure, se présentent, parce qu'avec leur remise, nous pouvons entrer en une dette, parce que, sur leur genre, ils reçoivent une fonction par un paiement plutôt que par un même corps ; car, pour d'autres biens, nous ne pouvons pas entrer en une dette, parce qu'une chose, pour une autre, contre le gré du créancier, ne peut être payée ».*

[1310] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 1, 41 § 1.

Extrait du livre III des *Réponses* de Modestinus : *« 1 - Alors que Lucius Titius devait cent et les intérêts d'une certaine période, il a scellé moins d'argent qu'il devait ; je demande si Titius ne devra pas payer les intérêts de l'argent qu'il a scellé. Modestinus a répondu que, si l'argent n'avait pas été remis sous cette condition qu'il lui serait permis, par morceau, de payer ce qui a été reçu, le paiement des intérêts de toute la dette n'était pas retardé, si, alors que le créancier s'était préparé à recevoir la totalité, le débiteur qui, dans le paiement de la totalité, avait cessé en avait déposé une seule partie ».*

[1311] Voir les docteur sur D. 12, 1 *(Quant au biens prêtés, si un certain montant est demandé, et de la condiction)*, 21 ; Fachinæus, liv. X, cap. 59 ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 17. Voyez de plus Pyrrhus Mauricius, *De solutionum oblatione et retentione*, cap. 30 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, tom. VII, concl. 344, lettre S.

[1312] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 122 et tout le titre de D. 13, 4 *(De ce qui, dans un certain endroit, doit être donné)*.

Extrait du livre XXVIII des *Digestes* de Scævola : *« Celui qui, à Rome, a reçu de l'argent à payer a promis qu'il soit donné au stipulant dans une province lointaine pendant trois mois là-bas ; après peu de jours à Rome, il a dit au stipulant avec un témoin qu'il était prêt à le payer à Rome, une fois déduite la somme qu'il avait donnée à son créancier au titre des intérêts. On a demandé, alors qu'il a offert la somme en totalité, à laquelle, avec la stipulation, il s'est obligé, si, à l'endroit dans lequel la somme promise devait être payée, toute celle-ci pouvait être réclamée en ce jour. [Scævola] a répondu que le stipulant le pouvait en son jour là où il a stipulé qu'elle devait être payée. 1 - Callimaque a reçu un prêt d'argent maritime de Stichus, esclave de Seius à Beyrouth, cité dans la province de Syrie, jusqu'à Brentesium ; cela a été prêté pour tous les deux cents jours de voyage, avec en gage et en hypothèque les marchandises achetées à Beyrouth et à transporter à Brentesium, celles qu'il achèterait à Brentesium et qu'il transporterait par navire à Beyrouth ; il fut convenu entre eux que, quand Callimaque arriverait à Brentesium dès les ides de septembre prochaines, lui-même fît route par mer avec d'autres marchandises achetées et [reçues] dans le navire pour la Syrie ou bien, s'il n'en avait pas de nouveau acquis durant la période ci-devant dite, ni n'avait pris la mer de cette cité, il restituerait tout l'argent immédiatement, comme si le voyage avait été fait, et il paierait tous les frais à ceux qui réclament en justice cet argent, afin qu'ils le transportent à Rome. Callimaque a promis de donner et d'agir ainsi de façon juste envers l'esclave Stichus de Lucius Titius qui demandait sa promesse. Et, alors qu'avant les ides convenues ci-dessus selon la convention, les marchandises une fois placées sur le navire avec Eros, le compagnon d'esclavage de Stichus, il a navigué comme pour se rendre dans la province de Syrie, on a demandé, le navire ayant été coulé, alors que, selon la caution, Callimaque avait remis les marchandises pour les porter en dette sur le navire au moment où il aurait dû rendre à Brentesium l'argent transporté de Rome, si n'était en rien utile le consentement d'Eros qui avait été envoyé avec lui et à qui rien de plus n'avait été permis ou confié au sujet de l'argent ci-dessus mentionné après le terme du contrat, que de transporter ce qui avait été reçu à Rome et si Callimaque n'était pas moins tenu sur le fondement de la stipulation au sujet de l'argent envers le maître de Stichus. [Scævola] a répondu que, suivant ce qui a été exposé, il y était tenu. De même, je demande : si Eros, l'esclave ci-dessus mentionné, avait donné son consentement à Callimaque après le terme fixé pour naviguer, pouvait-il ôter l'action acquise dans le même temps à son maître ? Il répondit qu'il ne le pouvait pas, mais qu'il y aurait lieu à une exception, si le jugement avait été donné à l'esclave de rendre cet argent quand il voulait et là où il le voulait. 2 - Flavius Hermes a livré l'esclave Stichus pour son affranchissement et il a ainsi stipulé à son sujet : "si l'esclave Stichus dont il s'agit, que je t'ai livré en ce jour pour son affranchissement, n'a pas été affranchi avec la baguette par toi et par ton héritier, n'a pas été, [pour] ce qui, avec mon dol, ne sera pas fait, libéré d'une revendication, parce que cela n'est pas fait avec mon dol, à titre de pénalité, Flavius Hermes a stipulé que soient donnés cinquante et Claudius a promis". Je demande si Flavius Hermes peut citer en justice Claudius au sujet de la liberté de Stichus. [Scævola] a répondu qu'il n'exposait en rien pourquoi il ne le pouvait pas. De même, je demande si, quand l'héritier de Favius Hermes a voulu réclamer de l'héritier de Claudius la pénalité ci-dessus mentionnée, l'héritier de Claudius peut donner sa liberté à Stichus, afin d'être libéré de la pénalité. [Scævola] a répondu qu'il le pouvait. De même, je demande, quand l'héritier de Flavius Hermes ne veut pas agir en justice contre l'héritier de Claudius sur le fondement de la raison ci-dessus dite, si, à Stichus, sa liberté, à partir de la convention qu'il y avait entre Hermes et Claudius, comme il est montré avec la stipulation écrite ci-dessus, par l'héritier de Claudius, ne devait pas moins être donnée. [Scævola] a répondu qu'elle le devait. 3 - Alors que des cohéritiers ont partagé les biens-fonds successoraux, ils ont laissé un seul bien-fonds commun avec ce pacte que, si l'un d'eux voulait vendre sa partie, il la vendrait à son cohéritier ou à son successeur, cent vingt-cinq ; s'il agissait autrement, ils ont stipulé réciproquement une pénalité de cent ; je demande, alors qu'une épouse cohéritière a souvent cité en justice les tuteurs des enfants du cohéritier avec témoin et souhaité que, selon la convention, ils l'achètent ou le vendent, et que ceux-ci n'ont rien fait de tel, si, alors que l'épouse a vendu à une personne étrangère, la pénalité de cent peut être réclamée d'elle. [Scævola] a répondu que, suivant ce qui a été exposé, y ferait obstacle*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1311 de Groenewgen van der Made**

Le paiement de parties, selon l'auteur, ne libère pas le débiteur, voir Surdus, *Decisiones*, lib. I,decis. 220, nb 12 , parce l'offre dune partie est préjudiciable, voir Carpzov, *Responsa electoralia*, lib. V, tit. 9, resp. 99, nb 7, à moins que des sommes séparées ne soient dues, qu'une partie de la dette ne soit pas incertaine ou que la loi ne permette de payer par parties, comme pour les héritiers, entre lesquels, selon le droit lui-même, l'obligation est partagée, voir van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 32, nb 10.

Lauterbach, sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, nb 24, tient plusieurs exceptions, de même Gomez, *Resolutiones*, t. II, cap. 10, nb 5.]

[**Sur la note 1312 de Groenewegen van der Made**

Mais, si aucune mention du lieu n'a été faite, le paiement doit alors être fait là où l'obligation a été contractée. Mais il est demandé si le débiteur sera tenu de présenter la dette au domicile du créancier. Cela est refusé, à moins qu'on n'en ait ainsi convenu ou que ce ne se soit affermi dans l'usage, bien que d'autres aient indistinctement voulu que le domicile du créancier soit le lieu du paiement, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 12. D'autres distinguent de nouveau : le créancier et le débiteur usent-ils du même tribunal ou d'un différent ? Dans le premier cas, ils le refusent, dans le second, ils l'affirment et Wesembeck, sur D. 6, 3 *(Si une terre louée pour de l'argent, c'est-à-dire emphytéotique, est réclamée)*, nb 3 vers la fin, signale que, dans le droit commun, cela triomphe ainsi pour l'emphytéose. Van Leeuwen, *Censura forensis*, lib. IV, cap. 32, nb 14, rapporte que cette distinction a été reçue dans les usages, du fait que ce qui a été répondu convient aussi, [à savoir] que l'endroit était celui de la destination du paiement, mais où le paiement approprié du débiteur était fait, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons.1. Mais le paiement qui a une reconnaissance annexe de propriété ou une représentation de respect, comme l'emphytéose, à l'encontre de Wesembeck, le cens qui appartient au propriétaire et le fief doivent être faits là où demeure le débiteur, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. III, cons. 29, nb 17, 18 et 19. Carpzov, *Responsa electoralia*, lib. I, tit. 9, resp. 92, signale qu'à raison de l'emphytéote, cela a été jugé deux fois en Saxe, ce qui, cependant, n'est seulement pas d'un droit aisé ailleurs, comme [il le dit] de même, nb 2.

Mais, pour une juste cause, il peut être offert dans un autre endroit que celui qui a été convenu, par exemple, si l'accès est difficile à raison de la crainte d'ennemis, que l'air a été ici

---

l'exception de dol. 4 - Agerius, un fils de famille, au stipulant Publius Mævius, a promis qu'il donnerait tout ce que son père devait à Publius Mævius ; on a demandé, son père étant mort avant que se présente ce qu'il devait et combien il devait, si, quand, contre son héritier, on a agi en justice ou qu'il y a un autre héritier au sujet de la dette, Agerius en serait tenu. Il a répondu que, si la condition n'était pas remplie, la stipulation n'était pas effective. 5 - Seia, héritière d'un tuteur, un pacte ayant été fait en transaction avec l'héritier d'une pupille, a payé la plus grande partie et stipulé pour le reste ; mais, tout de suite, l'héritier refuse d'observer la transaction et a agi en justice devant le juge de la tutelle, vaincu, il a fait appel au juge compétent et de lui aussi, il a de même fait appel à l'empereur, et son appel a aussi été déclaré injuste. On a demandé, alors que, par le biais de l'héritier de la pupille, un retard était intervenu empêchant que l'argent mis dans la stipulation soit payé par l'héritière du tuteur et qu'il soit jamais réclamé, si aujourd'hui, lui sont dus des intérêts par l'héritière du tuteur. Il a répondu que, si Seia n'avait pas cessé, sur le fondement de la stipulation, d'offrir l'argent, légalement, les intérêts n'étaient pas dus. 6 - Si deux frères ont partagé une succession entre eux et ont stipulé pour eux qu'ils ne feraient rien contre ce partage et que, si l'un agissait au contraire, il promettait une pénalité à l'autre ; après la mort de l'un, celui qui a survécu réclame des héritiers de celui-là la succession comme lui étant due sur le fondement d'un fidéicommis laissé par leur père et on a jugé contre lui, comme si l'on avait aussi transigé de cela ; on a demandé si la pénalité était effective. Il a répondu que la pénalité, suivant ce qui est exposé, était effective ».

Le titre de D. 13, 4 renferme 10 extraits.

[1313] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 38 § 16 ; D. 50, 17, 17. Voyez de plus Pyrrhus Mauricius, *De solutionum obatione et rententione*, cap. 92 ; Bronckhorst, cent. 4, assert. 63 ; Clarus, § *Emphyteusis*, quæst. 12.

Extrait du livre XLIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 16 - Il appert aussi de cela qu'entre un jour incertain et un jour certain, il y a une différence, parce que peut être donné ce qui a été promis un jour certain ou immédiatement ; en effet, tout le temps intermédiaires est laissé au promettant pour un paiement libre ; en revanche, si quelqu'un a promis " si quelque chose a été fait" ou "du fait que quelque chose a été fait", s'il n'a pas donné, alors que quelque chose a été fait, il ne sera pas considéré avoir fait ce qu'il a promis ».*

Extrait du livre XXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Alors qu'un délai est ajouté à un testament, il faut croire qu'il a été ajouté en faveur de l'héritier, à moins que l'intention du testateur n'ait été autre ; de même, dans les stipulations, en faveur du promettant, le délai est ajouté ».*

corrompu par une épidémie ou qu'il n'est en rien de l'intérêt du créancier que la dette soit payée à cet endroit, voir Lauterbach sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, nb 30.]

[**Sur la note 1313 de Groenewegen van der Made**

Bien qu'ils oit vrai que le débiteur offre de façon régulière à bon droit le paiement avant le terme, il est requis cependant qu'il offre ce qui est d'intérêt et les intérêts futurs jusqu'à la date destinée au paiement, voir Lauterbach sur D. 46, 3 *(Des paiements et deslibérations)*, nb 28. Cela est toujours vrai, chaque fois qu'un terme a été ajouté en faveur du créancier et ainsi a-t-il été jugé dans le tribunal saxon, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part.II, const. 28, defin. 12, aussi quand il s'agit de l'avantage des deux, voir Reitz dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, p. 16 à la fin. En outre, pour que l'offre réelle de paiement tire son effet, il est nécessaire que s'ajoutent la consignation et le dépôt de la dette chez un consignataire, voir Voet, lib. 46, tit. 3, nb 29. Dans une telle consignation, si la valeur de la monnaie est par la suite diminuée, pour celui qui la reçoit, cela ne tourne pas à son préjudice, mais à celui de celui auquel le paiement doit être fait, voir Reitz dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, § 41, nb 47, p. 114.]

[430] § 10. *Quelqu'un à raison de soi* : bien que le débiteur n'en eût eu aucune connaissance [1314] ; mais, si l'autre faisait la fourniture en son propre nom, une telle chose ne serait pas utile pour un paiement [1315], à moins que la chose ne concernât celui qui fournit par conséquence, comme, par exemple, s'il était un garant, dans lequel cas l'obligation sera rendue sans effet par un moyen de cette sorte [1316].

[1314] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 40 ; *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, pr.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcellus : *« Si, en ma faveur, quelqu'un a fait paiement à mon créancier, bien que moi l'ignorant, m'est acquise l'action de gage. De même, si quelqu'un a acquitté des legs, les légataires doivent se tenir écartés de leur possession ; autrement, naît pour l'héritier un interdit, afin qu'il puisse les rejeter ».*

« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur ».

[1315] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 17.

Extrait du livre XIX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Cassius dit que, si celui auquel j'ai remis l'argent pour qu'à mon, créancier, il le paie, si, en son propre nom, il l'a remis, aucun des deux n'est libéré, moi, parce qu'en mon nom, il n'a pas été remis, celui-là, parce qu'il a remis l'argent d'autrui ; du reste, de l'action de mandat, celui-ci est tenu. Mais, si le créancier a consommé ces espèces sans dol, celui qui, en son propre nom, les a payées sera libéré, afin que, si une autre chose est observée, le créancier, à son profit, ne les tourne pas ».*

[1316] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3 37 et 76. Voyez de plus D. 46, 1, 36 ; D. 17, 1, 28.

Extrait du livre II *Sur Urseius Ferox* de Julianus : *« Chaque fois que l'un des garants a payé sa part, en tant qu'il a administré l'affaire pour le débiteur, il doit être tenu de la même manière que si le débiteur lui-même avait payé la part d'un seul garant ; cependant, non pour que, du capital, il sorte, mais ce garant seul est libéré, au nom duquel le paiement a été fait ».*

Extrait du livre VI des *Réponses* de Modestinus : *« Modestinus a répondu que, si, après le paiement, sans aucun pacte, de tout ce qui, sur le fondement d'une tutelle, était dû, les actions, après quelque intervalle [de temps], avaient été interrompues, rien, avec cette interruption, n'avait été fait, du fait qu'aucune action n'avait subsisté ; si, avant le paiement, cela a été fait ou, alors qu'on a convenu que les actions seraient données en mandat, alors, le paiement sera fait et le mandat s'est ensuivi, les actions données en mandat sont sauves, du fait que, dans le dernier cas, le prix des actions données en mandat est plus considéré comme payé que l'action qui a été éteinte ».*

Extrait du livre XIV *Sur Plautius* de Paul : *« Contre celui qui, ayant un débiteur et des garants, de l'un des garants, l'argent ayant été reçu, procure les actions, on pourra certes dire qu'il n'y en a maintenant aucune, du faut qu'il a reçu son bien et qu'avec cette réception, tous ont été libérés. Mais il n'en est pas ainsi ; en effet, il ne le reçoit pas en paiement, mais, d'une certaine façon, il a vendu la dette du débiteur et c'est pourquoi il a les actions en justice, parce qu'il est tenu pour cela même qu'il procure les actions en justice ».*

Extrait du livre XIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Papinien, dans le livre II de ses Questions, dit que le mandant du débiteur qui paie, selon le droit lui-même, ne libère pas le débiteur (à cause de son mandat ; en effet, il paie en son propre nom) et c'est pourquoi, au mandant, il pense que, contre le débiteur, des actions doivent être accordées ».*

§ 11. *Étant capable de le fournir* :car, comme il est déjà dit [1317] de ceux qui ne sont pas capables de faire un véritable paiement ; et, pour cela, un pupille ayant donné de l'argent en paiement, peut réclamer en retour, les deniers comme étant restés encore sa propriété [1318] ; mais, s'il ne l'avait pas recouvré, le paiement serait alors tenu comme légalement fait à l'avantage du pupille [1319].

§ 12. Un débiteur chargé de dettes, avant qu'il devienne banqueroutier, peut payer ses créanciers [1320].

§ 13. *Au créancier* : bien qu'il ne le voulût pas [1321] ; aussi, à son procurateur en général pour toutes les affaires [1322], ou en particulier pour ces affaires-ci [1323], avant que le mandat

---

[1317] (Note de l'éditeur) Voir ci-dessus le chapitre XXX, §§ 3-4 et § 11.

[1318] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2 ; D. 46, 3, 14 § 8.

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».*

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 8 - Il est établi que le pupille, sans l'autorité de son tuteur, ne peut pas payer, mais, s'il a remis des espèces, elles ne deviennent pas celles de celui qui les reçoit et elles pourront être réclamées. Clairement, si elles ont été consommées, il sera libéré ».*

[1319] (Note de Groenewegen) Voir ce dit texte de D. 46, 3, 14 § 8.

[1320] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 8, 6 § 6, 10 § 16 et 24. Voyez de plus le livre II, chapitre V, § 4, les notes **8, 9 et 10**.

Extrait du livre LXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« . 6 - Chez Labéon, il a été écrit que celui qui recevra son propre bien n'était considéré commettre aucune fraude, c'est-à-dire celui qui recouvrera ce qu'il lui est dû ; en effet, il n'est pas injuste que celui que le gouverneur, contre son gré, contraint de payer, impunément, ne paie pas ; en effet, la totalité de cet Édit regarde les contrats dans lesquels le préteur ne s'interpose pas, comme par exemple les gages et les ventes ».*

Extrait du livre LXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 16 - Si j'ai rattrapé mon débiteur et celui de plusieurs créanciers, s'enfuyant en emportant avec lui l'argent, et que je lui ai pris ce qui [m'était dû], la sentence de Julianus agrée qui dit qu'il importe beaucoup [de savoir], avant qu'en possession des biens de ce dernier, les créanciers soient mis, si cela a été fait, ou par la suite ; si [c'est] avant, cesse l'action en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, si [c'est] après, à celle-ci, il y aura lieu ».*

Extrait du livre unique des *Questions traitées en public* de Scævola : *« Un pupille, pour son père, comme héritier, s'est présenté et, à un seul des créanciers, a fait le paiement ; bientôt, il s'est tenu à l'écart de la succession paternelle ; les biens du père sont vendus ; ce que le créancier a reçu devra-t-il être rappelé, afin qu'il ne soit pas d'une condition meilleure que les autres créanciers ? Nous distinguons si, par le biais d'une libéralité, il l'aura reçu ou non, de sorte que, si [c'est] par le biais de la libéralité des tuteurs, il sera ramené à la même part que les autres créanciers allaient apporter ; mais, si au contraire, de façon juste, il l'a réclamée et que les autres créanciers ont négligé le recouvrement, que, dans l'intervalle, le bien s'est détérioré avec la mort, avec la soustraction de biens mobiliers ou la mise au niveau du sol de biens [immobiliers], ce que le créancier aura reçu ne peut être retenu avec aucun pacte, parce que les autres créanciers doivent supporter la dépense de leur propre négligence. Qu'[en est-il] donc, si, alors qu'ils se trouvaient dans la situation que les biens de mon débiteur soient vendus, qu'il m'a payé l'argent, avec l'action, pourra-t-il le réclamer de moi ? Doit-on distinguer si celui-ci me l'a proposé ou si je le lui ai arraché contre son gré, de sorte que, si je le lui ai arraché contre son gré, il sera retenu et que, si je ne le lui ai pas arraché, il ne le sera pas ? Mais j'y ai veillé et ai rendu ma condition meilleure, et le droit civil, pour ceux qui sont vigilants, a été rédigé ; c'est pourquoi ne sera pas retenu ce que j'ai perçu ».*

soit révoqué ou au moins, avant que le payeur sût une telle chose [1324] ; mais non à quelque autre [1325], à moins que, dans l'obligation, il ne fût promis qu'à celui-ci, le paiement pût être fait [1326].

[1321] (Note de Groenewegen) Voir *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligationest supprimée)*, pr ; D. 46, 3, 23.

« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur ».

Extrait du livre XXIV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Avec le paiement ou en recevant un jugement en notre faveur, sans notre volonté et l'ignorant, nous pouvons être libérés ».*

[1322] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 12 pr.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Mais, à un procurateur, à bon droit, il est fait paiement. Mais nous devons recevoir comme un véritable [procurateur] celui auquel il a été donné un mandat de façon spéciale ou à celui auquel toute l'administration des affaires a été confiée ».*

[1323] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 46, 3, 12 §§ 1-4.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Parfois cependant, au procurateur, il n'est pas à bon droit fait paiement ; comme par exemple celui dont le nom, dans la stipulation, a été inséré, si quelqu'un stipule pour lui ou pour Titius. 2 - Mais, si quelqu'un a donné mandat qu'à Titius, je paie, qu'ensuite, il a interdit que ce dernier le reçoive, si, ignorant qu'il avait l'interdiction de le recevoir, je paie, je serai libéré, mais, si je le sais, je ne serai pas libéré. 3 - La cause est différente, si, à moi, tu exposes que quelqu'un a, pour lui ou pour Titius, stipulé, en payant, cependant, je serai libéré, parce que la stipulation avait une condition certaine que le stipulant ne pouvait pas changer. 4 - Mais, si, au véritable procurateur, je ne paie pas, mais que le principal a confirmé que cela a été payé, la libération survient ; en effet, le fait de confirmer, à un mandat, est comparable ».*

[1324] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 46, 3, 12 § 2.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si quelqu'un a donné mandat qu'à Titius, je paie, qu'ensuite, il a interdit que ce dernier le reçoive, si, ignorant qu'il avait l'interdiction de le recevoir, je paie, je serai libéré, mais, si je le sais, je ne serai pas libéré ».*

[1325] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 42, 12. Voyez de plus les *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. I, cons. 217.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Eutychus et donnée en 293 : *« Contre son gré ou l'ignorant le créancier, celui qui a payé à un autre ne se libère pas de l'obligation. Si, celui-ci donnant cela en mandat ou l'ayant confirmé, il l'a fait, il n'obtient pas moins la libération que si, à ce même créancier, il avait payé ».*

[1326] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 11, 12 § 1, 38 pr, 59, 71. Voyez de plus Bronckhorst, cent. 4, assert. 64 ; Stracca, *De adjecto*.

Extrait du livre VIII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si j'ai stipulé "à moi ou à mon pupille, [promets-tu] de donner ?", le promettant, sans l'autorité du tuteur, le pupille étant solvable, ne sera pas libéré vis-à-vis de moi ».*

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Parfois cependant, au procurateur, il n'est pas à bon droit fait paiement ; comme par exemple celui dont le nom, dans la stipulation, a été inséré, si quelqu'un stipule pour lui ou pour Titius ».*

Extrait du livre VII des *Questions* d'Africanus : *« Alors que quelqu'un, à lui ou à Titius, a stipulé qu'il soit donné, [Africanus] dit qu'il est mieux que l'on doive dire ainsi seulement qu'à bon droit, à Titius, il est fait paiement, si, dans la même situation dans laquelle il était, il demeure, lorsque la stipulation est intervenue ; du reste, que dans une adoption ou en exil, il aille, que, de l'eau et du feu, interdiction lui ait été faite ou qu'il soit devenu esclave, il ne faut pas dire qu'à bon droit, il lui est fait paiement ; de façon tacite, en effet, cette convention est considérée être présente dans la stipulation "si, dans cette même cause, il demeure" ».*

Extrait du livre II *Sur Plautius* de Paul : *« Si j'ai ainsi stipulé : "à moi ou à Titius, promets-tu de donner ?" et que le débiteur a établi qu'à moi, il paierait, bien qu'à moi, se présente, au sujet de la chose établie, une action en justice, il peut encore, à celui qui a été ajouté, payer. Et, si, d'un fils de famille, à moi ou à Titius, j'ai stipulé [qu'il soit donné], le père peut à Titius payer ce qu'il y a dans son pécule, à savoir, si, en son nom et non au nom de son fils, il a voulu payer ; tandis qu'en effet, à la personne ajoutée, l'on fait le paiement, à moi, on est considéré faire le paiement ; et c'est pourquoi, si un indu, à la personne ajoutée, a été payé, au stipulant, Julianus pense que l'on peut le réclamer avec une condiction, de sorte qu'il n'importe en rien [de savoir] si j'ordonne qu'à Titius, tu paies ou si, dès le début, la stipulation a été ainsi conçue ».*

Extrait du livre XXVII des *Digestes* de Celsus : *« Alors qu'ayant stipulé que dix, à moi ou à Titius, soient donnés, j'ai reçu cinq, le promettant, à bon droit, à Titius, donnera le reste. 1 - Si le garant, au procurateur du créancier, a payé et que le créancier, après le délai dans lequel le garant pourra être libéré, l'a confirmé, cependant, parce que le garant, alors qu'encore, à partir de la cause de la garantie, il est tenu, a payé, il ne peut réclamer, ni ne peut moins agir en justice contre le débiteur avec une action de mandat que si, alors, au [créancier] présent, il avait payé. 2 - De même, si, le créancier, ignorant qu'à son procurateur, cela avait été payé, à l'esclave du débiteur ou à son fils, a fait la recette, mais que, par la suite, il l'a de nouveau appris et qu'il l'a*

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1321 et 1322 de Groenewegn van der Made**

Dans le cas inverse, le procurateur a ce pouvoir de payer non seulement à celui auquel cela a été spécialement donné en mndat, mais aussi à tous, voir Lauterbach sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, nb 5.]

[**Sur la note 1324 de Groenewegen van der Made**

Qu'en est-il s'il y a deux ou plusieurs personnes qui, chacune, se présente comme héritière pour la totalité ou qu'elles annoncent [être] les créancières de toute la dette ? À aucune des deux, il n'et payé en sécurité, mais la dette est plutôt consignée et déposée à l'usage du vainqueur, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 43, tit. 3, nb 6. Cependant, il est à bon droit payé à l'héritier fiduciaire, du fait que, jusqu'ici, il est le seul auquel le droit de réclamer la dette a été obtenu ; et le fidéicommissaire s'imputera le fait que, dans le temps intermédiaire, en faveur de la restitution du fidéicommis, il n'aura pas veillé à soi par le biais d'une caution appropriée, voir Voet, lib. 36, tit. 1, nb 63.

En outre, il faut observer que l'on n'impose à bon droit pas une chose pour une autre en paiement contre le gré du créancier, voir Surdus, *Decisiones*, lib. II, decis. 30, nb 9, p. 57. À partir de là, dans l'espèce, il a été jugé en 1624, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 8, defin.11, nb 7, que le débiteur de pièces d'or n'opposait pas à bon droit la compensation de ce qui lui est dû en monnaie payée ou courante. Cependant, de façon régulière, personne n'est tenu de rendre l'argent reçu en prêt dans la même monnaire, parce que non tant le corps que l'estimation des pièces est considérée avoir été prêtée, voir Voet, lib. 12,tit.1, nb 23 ; Lauterbach sur D. 46, 3 *(Des paiements et des libérations)*, nb 22 ; Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 35, nb 8 ; *Responsa Belgica*, part. II, cons. 195, p. 553, dans le passage *Aangaande het eerste* - "Concernant la première chose" ; de même *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 155, nb 1, 3 et 5. Cela est aussi vrai, bien que l'espèce expresse de la monnaie doive être faite dans le paiement, pourvu que ces espèces monétaires n'existent pas clairement ou puissent être du moins trouvées difficilement ; car le débiteur est alors libéré en en procurant l'estimation, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 56, p.105, et cons. 49, p. 97 ; Mynsinger, *Responsorum centuriæ*,cent. 4, obs. 1, nb 6. Mais, dans un paiement promis en thalers, il a été jugé en 1621, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 29, defin. 9, que des thalers entiers devaient être procurés. Il signale autre part, voir *Responsa electoralia*, lib. V, tit. 9, resp. 95, nb 3, que celui qui est obligé cependant à de l'or ou un poids d'argent est libéré en payant l'argent comptant.

Du reste, quant à la mutation de la monnaie et la valeur intrinsèque et externe des pièces, voyez ce que j'ai relevé ci-dessus, liv. III, chap. X, § 7, sur les notes 430, 431 et 432.]

[**Sur la note 1325 de Groenewegen van der Made**

Un paiement est à bon droit fait à nos domestiques qui ont le mandat exprès ou tacite de recevoir le paiement, bien que, par la suite, ils aient soustrait ou dilapidé ce qui a été payé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXII. Bien que le paiement doive être fait au véritable créancier, cependant, en faveur des administrateurs de la société des Indes, il a été reçu qu'ils seraient libérés en payant les soldes du matelot ou du soldat défunt à ceux qui auront prouvés par le biais de deux témoins qu'il y avait pour le défunt des héritiers, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 5 à la fin, mieux aussi, il a été décrété par les États de Hollande le 22 juin 1751, qu'en payant ainsi la succession, la libération leur échoirait, pourvu que les garants de celui-ci cèdent leur action au véritable héritier qui survient conttre celui auquel les biens avaient été livrés.]

---

confirmé, le paiement est confirmé et la recette qui aura été portée ne sera d'aucune valeur ; [ce sera] le contraire, s'il ne l'a pas confirmé. La recette qu'il a faite est confirmée. 3 - Mais, si, ignorant que cela avait été payé, il a commencé le débat judiciaire, si, le jugement étant en suspens, il l'a confirmé, il faut que soit délié celui contre lequel on a agi en justice et, s'il ne l'a pas confirmé, qu'il soit condamné ».

§ 14. *Pour recevoir* : car ceux qui n'ont aucune administration de leurs biens ne peuvent aussi légalement aucun **[431]** paiement ; et, pour cela, celui qui paie à un pupille n'est pas libéré [1327] ; mais le pupille put seulement poursuivre à partir d'un enrichissement sans cause [1328] ; et, pour cela, celui qui est redevable envers un pupille doit faire le paiement au tuteur

---

[1327] (Note de l'éditeur) À moins que le pupille, par lui et chacun, pour majeur et plus âgé, ne fût tenu et estimé, voir D. 14, 6, 3 ; C. 2, 42, 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 9, defin. 16 ; Montanus, *De tutelis*, cap. 33, nb 478.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un a cru qu'il était un père de famille, non trompé par une vaine simplicité et une ignorance de la loi, mais parce que, de façon publique, il était considéré comme un père de famille par la plupart [des gens], qu'il agissait ainsi, contractait ainsi et s'acquittait ainsi de charges, le sénatus-consulte cessera [d'avoir son effet]. 1 - D'où Julianus, dans le livre XII [de ses Digestes], pour celui qui avait pris à ferme des taxes, écrit (et cela a été souvent établi) que le sénatus-consulte cesse [d'avoir son effet]. 2 - Par conséquent, pour celui qui ne pouvait savoir s'il est un fils de famille, Julianus dit, dans le livre XII [de ses Digestes], que le sénatus-consulte cesse [d'avoir son effet], comme par exemple pour un pupille ou un mineur de [moins de] vingt-cinq ans. Mais, pour le mineur, la cause une fois connue, il doit être secouru par le préteur ; mais, pour le pupille, avec une autre raison, il faut dire aussi que cesse le sénatus-consulte, parce qu'il n'est pas fait de prêt de l'argent que, sans l'autorité du tuteur, le pupille remet ; de même, Julianus lui-même dit, dans son livre XII, que, si un fils de famille a fait un prêt, cesse le sénatus-consulte, parce qu'il n'est pas fait de prêt d'argent, bien qu'il ait eu la libre administration de son pécule ; en effet, le père ne lui a pas accordé de perdre son pécule, quand il lui permet l'administration du pécule ; et c'est pourquoi il dit que la revendication des espèces reste au père. 3 - Aussi celui-là seul offense le sénatus-consulte qui a remis un prêt d'argent à un fils de famille, non celui qui, autrement, a contracté, par exemple, a vendu, loué ou contracté d'une autre façon ; car la remise d'argent a été considérée comme dangereuse pour les parents de ces derniers. Et c'est pourquoi, même si, pour un prêt, il aboutit à un fils de famille sur le fondement d'une cause d'achat ou d'un autre contrat pour lequel je n'ai pas payé l'argent, quoique j'aie stipulé, bien que le prêt d'argent ait commencé à exister, cependant, parce que le paiement de l'argent ne se produira pas, le sénatus-consulte cesse [d'avoir son effet]. Il faudra le dire ainsi seulement si une fraude au sénatus-consulte n'a pas été envisagée, afin que celui qui n'a pas pu prêter lui vende plus pour que celui-ci ait le prix du bien à la place du prêt. 4 - Si, d'un fils de famille, j'ai stipulé et que, devenu père de famille, je lui ai fait un prêt, que son statut ait été amoindri, le père étant mort, ou qu'autrement, il soit devenu autonome en droit sans amoindrissement de son statut, on doit dire que le sénatus-consulte cesse [d'avoir son effet], parce que le prêt a déjà été donné à un père de famille ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Theodatas et donnée en 293 : *« Si, pour circonvenir un autre, tu as pris de la peine à montrer qu'un mineur en âge était majeur par l'aspect, du fait que la malice supplée l'âge, il a été établi que le secours de la remise en l'état initial est refusée tant par les saintes constitutions que par l'autorité des rescrits. 1 - Si, par le biais d'une injure ou d'une circonvenue de l'adversaire, cela a été fait, dure l'avantage avec lequel, aux mineurs, la cause une fois connue, il est donné ordinairement un secours. 2 - C'est pourquoi, ayant été abordé, le gouverneur de la province, une fois examinée la preuve de l'âge, s'il n'a pas trouvé que ton dol était intervenu et que tu avais prouvé qu'il était alors mineur, la cause une fois connue, pourvoira à ce qu'il soit remis dans son état initial. 3 - Si, cependant, dans l'instrument, par la religion d'un serment, tu as affirmé que tu étais plus âgé, tu ne dois pas ignorer qu'est exclu pour toi l'avantage de la remise en l'état initial, à moins que, clairement et de façon évidente, à partir de la présentation des instruments et non par les déposition de témoins, tu es montré avoir été un mineur. 4 - Un serment de cette sorte ayant été prêté matériellement, il est de la règle qu'il ne subsiste pour toi aucun secours ».*

[1328] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 15 ; *Institutes de Justinien*, II, viii *(Ceux auxquels il est permis ou non d'aliéner)*, § 2. Cela a aussi lieu en considération d'un paiement fait à une femme en dehors de la connaissance de son mari, quoique cela fût tel que la dette payée sans la connaissance de celui-ci par la femme, fût acquise, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 89.

Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Paul : *« À un pupille, sans l'autorité de son tuteur, il ne peut pas être fait un paiement ; mais [le pupille] ne peut pas déléguer, parce qu'il ne peut vendre aucun bien. Si, cependant, un débiteur lui a fait paiement et que les espèces sont sauves, le débiteur repoussera le pupille qui réclame avec une exception de dol ».*

« § 2. Nous devons nous rappeler que ni le pupille ni la pupille, sans l'autorité de leur tuteur, ne peuvent aliéner un bien. C'est pourquoi, s'ils ont accordé un prêt d'argent à quelqu'un sans l'autorisation de leur tuteur, ils ne contractent pas d'obligation, parce qu'ils ne font pas de l'argent la propriété de celui qui le reçoit. C'est pourquoi ils peuvent réclamer les espèces s'il y en a quelque part ; mais si les espèces qu'ils ont remises en prêt, par celui qui les a reçues, ont été de bonne foi consommées, ils peuvent les réclamer avec une condiction, si [c'est] de mauvaise foi, ils peuvent agir en justice pour la production de celles-ci. Mais, dans le sens contraire, tous les biens, à un pupille ou à une pupille sans l'autorisation de leur tuteur, peuvent à bon droit être donnés. C'est pourquoi, si un débiteur fait au pupille un paiement, l'autorisation du tuteur est nécessaire [pour le débiteur] ; autrement, il ne sera pas libéré. Mais aussi, avec la raison la plus claire, il a été établi dans une constitution que nous avons promulguée (cf. C. 5, 37, 25) *pour les avocats impériaux sur la suggestion de Tribonien, le très éminent questeur de notre palais, dans laquelle il a été disposé qu'il était permis à un tuteur ou un curateur de payer le débiteur du pupille d'une façon telle que, auparavant, une sentence judiciaire faite sans aucun dommage le permette. Suivant cela, si le juge a prononcé [sa sentence] et que le débiteur a payé, la plus entière sécurité suit un paiement de cette sorte. Mais, si au contraire, le paiement avait été fait autrement que nous l'avions disposé et que le pupille a son argent sauf ou qu'à partir de celui-ci, il s'est enrichi et réclame encore cette même somme*

ou, pour être encore plus sûr, faire ce paiement par un ordre du tribunal ou du maître des pupille [1329].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXIII. Ce qui est dû à un pupille peut, certes, de façon régulière, être payé au tuteur. Mais, sans exclure la Chambre des pupilles, la dette, sur laquelle un chirographe ou un autre instrument a été rédigé, doit être payée aux magistrats des pupilles eux-mêmes, non à leur comptable ou au tuteur datif, voir les lois pupillaires de Leyde, art. 51, et les autres.]

§ 15. Quand quelqu'un, étant obligé à partir de différentes causes, fait un paiement à un créancier, ainsi, il peut indiquer quelle dette il veut avec cela décharger [1330] ; s'il dit qu'une telle dette [n'existe] pas, ainsi, le créancier peut, au même moment [1331], dire sur quelle dette il reçoit un tel [paiement], avec cela, il agit raisonnablement, ne comptant pas le paiement sur ce qui est incertain, non échu ou si la dette est garantie, ainsi, quand une dette est trouvée certaine, échue ou propre [1332]. Par un défaut de déclaration du créancier, le paiement est tenu être fait selon les lois sur la plus lourde dette [1333] ; et dans le cas où les dettes sont également lourdes, sur toutes les dettes proportionnellement [1334].

---

d'argent, par le biais d'une exception de dol, il pourra être repoussé ; s'il l'a mal consommé ou, avec un vol, l'a perdu, l'exception de dol ne sera utile en rien au débiteur, mais il ne sera pas moins condamné, parce qu'à la légère, sans l'autorisation du tuteur et non suivant notre disposition, il a payé. Mais, à l'opposé, les pupilles ou les pupilles féminines, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas faire un paiement, parce que ce qu'ils ont payé ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit, à savoir, du fait que l'aliénation d'aucun bien ne leur a été accordée sans l'autorisation de leur tuteur ».

[1329] (Note de Groenewegen) Le maître Marcellus van Eversdyck a payé une certaine lettre de garantie qui appartenait à un pupille au tuteur lui-même sans la connaissance du maitre des pupilles et le tuteur ayant conservé les deniers par devers lui, ensuite, ne pouvant pas retourner ces deniers au ci-devant dit pupille, le ci-devant nommé Eversdyck, a été condamné par un jugement du tribunal de Middelburg à payer les ci-devant dits deniers une autre fois ; ce jugement a été confirmé par le Haut Conseil le 2 avril 1605 dans l'affaire du ci-devant dit Eversdyck, appelant, contre Joost Pietrszoon van der Per au nom de son épouse, défendeur. Voyez Montanus, *De tutelis*, cap. 31, regula 9, nb 125 avec le suivant ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 5, 37 *(De l'administration des tuteurs et des curateurs, et du prêt à intérêt et du dépôt de l'argent du pupille)*, 25.

[1330] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 1.

Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Chaque fois qu'un débiteur, sur le fondement de plusieurs causes, paie une seule dette, il est au jugement de celui qui paie de dire la dette qu'il a voulu plutôt payer et ce qu'il a déclaré sera payé ; nous pouvons, en effet, déclarer une disposition certaine pour ce que nous payons. Mais, chaque fois que nous ne le déclarons pas, sur ce qui a été payé, c'est au jugement de celui qui reçoit, [de savoir] à quelle dette il affecterait plutôt ce qui a été reçu, pourvu que, sur ce qui a été payé, il l'établisse, ce sur quoi lui-même, s'il avait dû [quelque chose], aurait payé et de quelle dette il se serait déchargé, s'il l'avait due, c'est-à-dire sur cette dette qui n'est pas en litige, sur ce qu'en faveur d'autrui, quelqu'un aurait garanti ou dont le terme n'était pas encore arrivé ; comme très juste, en effet, il a été considéré que le créancier administre ainsi l'affaire du débiteur comme il administrerait la sienne propre. Le créancier se voit donc permettre d'établir ce sur quoi il a voulu être payé, pourvu que nous l'établissions ainsi, comme il l'aurait établi dans sa propre affaire, mais l'établir dans l'affaire présente, c'est-à-dire aussitôt que cela été payé ».*

[1331] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 46, 3, 1 à la fin et D. 46, 3, 3.

Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« (…) Le créancier se voit donc permettre d'établir ce sur quoi il a voulu être payé, pourvu que nous l'établissions ainsi, comme il l'aurait établi dans sa propre affaire, mais l'établir dans l'affaire présente, c'est-à-dire aussitôt que cela été payé ; … ».*

Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« … du reste, par la suite, cela n'est pas permis. Cette chose fera que, dans une situation plus dure, toujours, il est considéré lui devoir et, en recevant, le supporter ; ainsi, en effet, il l'aura établi en son nom. 1 - Si, peut-être, par aucun des deux, il n'a été dit, pour ces dettes certes, quel terme elles ont eu, est considéré avoir été payé ce dont le terme est venu ».*

[1332] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 46, 3, 1 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 7 ; Bronckhorst, *Miscellaneæ centuriæ*, cent. 2, assert. 56. Voyez de plus Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 16, defin. 3.

[1333] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 3 § 1, 4, 5, 7, 97 et 103.

Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 1 - Si, peut-être, par aucun des deux, il n'a été dit, pour ces dettes certes, quel terme elles ont eu, est considéré avoir été payé ce dont le terme est venu ; … ».*

Extrait du livre XIII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« … et plus ce qu'en mon nom que ce qu'à la faveur de l'autre nom de garant, je dois ; et plutôt ce qui, avec une pénalité, que ce qui, sans pénalité, est dû ; et plutôt ce que, en donnant garantie, que ce que, sans garantie, je dois ».*

[**Note de WillemSchorer sur la note 1330 de Groenewegen van der Made**

On peut voir ce que tiennent Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 4, de même Carpzov, *Responsa electoralia*, lib.V,tit.9, resp.103. Le paiement est pleinement prouivé par une *quittance* qui est un écrit libératoire, communément une *KWITANTIE* ; également, le paiement est validement prouvé par le biais de celle-ci et l'obligation elle-même, par un écrit obligatoire,bien que, quant aux usages, il puisse être appris par le biais de deux témoins, voir Lauterbach sur D. 22, 4 *(De la foi des instruments et de leur perte)*, nb 15, Voet, lib. 22, tit. 4, nb 11, et lib. 46, tit. 3, nb 15.]

[**Sur les notes 1333 et 1334 de Groenewegen van der Made**

Dans le doute, que faudra-t-il présumer ? Voyez Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, cons. 81, nb 10.]

[§ 15a. Un écrit qui reconnaît un paiement a, après trente jours, un plein effet, mais, dans le même pouvoir, il a à faire connaître l'écrit au porteur ou, en son absence, au tribunal, que l'argent n'a pas été actuellement payé, mais que l'écrit seulement a été établi dans un espoir de paiement et, dans un tel cas, le porteur est chargé de la preuve du paiement.] [1335]

*

[432] Chapitre XL
De la consignation, de la confusion, de la compensation [1336]

§ 1. Un ÉQUIVALENT DU PAIEMENT est une CONSIGNATION, une CONFUSION et une COMPENSATION.

§ 2. Il y a une CONSIGNATION *quand le débiteur, le paiement ayant été offert et refusé, ce il dépose sous [la garde du] tribunal* [1337] *ce dont il est redevable et en a informé le créancier* [1338].

Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Si quelque chose, à partir d'une cause infamante et d'une [cause] non infamante, est dû, est considéré avoir été payé ce qui, à partir de la cause infamante, est dû. Par conséquent, si quelque chose, à partir de la cause de ce qui a été jugé et de ce qui n'a pas été jugé, est dû, je pense qu'a été payé ce qui, à partir de la cause de ce qui a été jugé, est dû, et ainsi, Pomponius l'approuve. En conséquence, si, à partir d'une cause qui, avec un désaveu, croît ou, avec une [clause] pénale, est dû, il faut dire qu'est considéré avoir été payé ce qui comporte la libération de la pénalité ».*

Extrait du livre II des *Définitions* de Papinien : *« Quand, à partir de plusieurs causes, un débiteur paie l'argent, la désignation des deux cessant [d'apparaître], sera tenue pour plus puissante la cause de cet argent qui, sous peine d'infamie, est due ; bientôt, [la cause] de celle qui contient une pénalité ; en troisième lieu, celle qui, sous une hypothèque ou sous un gage, a été contractée ; après cet ordre, [la cause] propre sera tenue comme plus puissante que la cause d'autrui, comme [celle] du garant. C'est là ce que les anciens ont déterminé, pour la raison qu'il est considéré comme vraisemblable que le débiteur diligent, ainsi averti, aura administré son affaire. Si rien de cela n'intervient, le plus ancien contrat est auparavant délié, si plus d'argent a été payé que le compte de chacun l'a réclamé, n'ayant pas moins été délié le premier contrat qui sera plus puissant, [comme] vain au second rang, il sera considéré avoir été donné en totalité ou, pour partie, en le diminuant ».*

Extrait du livre II *Des fidéicommis* de Mæcianus : *« Quand, à partir de plusieurs causes, un débiteur paie l'argent, Julianus, de façon très fine, pense qu'à partir de cette cause, celui-ci doit être considéré l'avoir payé, à partir de celle-ci, alors, quand il a payé, il pourra être contraint au paiement ».*

[1334] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 8.

Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : *« Pomponius dit qu'il n'a pas été écrit sans finesse que, si égale est la cause des termes et des contrats, à proportion de tous les montants, on est considéré avoir payé ».*

[1335] Ceparagraphe a été rajouté dans le manuscrit de Lund par Grotius, cf. p. 316.

[1336] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 2 *(Des compensations)* et C. 4, 31 *(Des compensations).*

Ce titre du Digeste renferme 24 extraits et celui du Code, 14 constitutions.

[1337] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 32, 2. Voyez ci-dessus la fin du chapitre VII.

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1337 et 1338 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne que la déclaration du dépôt doit être faite au créancier. La raison en est que, dans l'intervalle, s'il le voulait, il userait du bien déposé, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 29. Cependant, elle tient le rôle du dépôt, quand le débiteur a offert le dépôt et que le créancier a déclaré qu'il avait l'argent à la faveur de ce qui a été consigné et déposé, voir Voet, lib. 22, tit.1, nb 17. Voyez ce que j'ai relevé ci-dessus, liv. III, chap. VII, § 12, sur la note 372.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXIV. Pour que le dépôt offert au créancier de l'argent et la consignation faite chez le juge libèrent le débiteur, il est certes requis que l'offre soit faite en présence de témoins, mais il n'y a pas besoin de la citation du créancier, comme il a semblé à van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. IV, cap. 35, nb 1 et 2.]

§ 3. Car une telle chose a autant d'effet qu'un paiement propre [1339].

§ 4. Il y a une CONFUSION *quand le créancier devient héritier du débiteur ou le débiteur, héritier du créancier* [1340].

Constitution de Sévère et Antonin adressée à adressée à Lucius (sans date) : *« L'acheteur auquel la possession du bien a été livrée, s'il n'a pas, au vendeur, offert le prix, bien qu'il ait eu l'argent consigné dans la cause d'un dépôt, avec une raison d'équité, est contraint de payer des intérêts ».*

[1338] (Note de Groenewegen) Voir Menochio, *De arbitrariis judiciis*, cas. 232, nb 3 ; Reinking, *De retractu*, quæst. 6, nb 476 ; Charondas le Caron, *Pandectes du droict françois*, liv. II, chap. 39.

[1339] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 41, 9 ; D. 46, 3, 19 et là, les docteurs ; C. 4, 32 *(Des intérêts)*, 6 et là, Groenewegen, *De legibus abrogatis.*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Cassius et donnée en 286 : *« la consignation de tout l'argent dû ayant été solennellement faite, il est clair que la libération arrive. Mais ainsi seulement, l'offre de ce qui est dû égale la libération, si, dans cet endroit où est dû le paiement, elle a été faite ».*

Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Mon [esclave] fugitif, alors qu'à la faveur d'un homme libre, il se comporte, t'a prêté des espèces à moi soustraites ; Labéon dit que tu es obligé envers moi et que, si, jugeant qu'il était libre, tu les lui as payées, tu es libéré de moi, mais, si, à un autre, tu les as payées sur l'ordre de ce dernier ou que celui-ci l'a confirmé, tu n'es pas libéré, parce que, dans le premier cas, les espèces ont été faites miennes, comme s'il était entendu qu'à moi, cela avait été payé. Et c'est pourquoi mon esclave, en réclamant ce qu'au titre de son pécule, il a prêté, libérera le débiteur, mais en déléguant ou en novant, il n'obtiendra pas la même chose ».*

Constitution d'Antonin adressée au soldat Antigone et donnée en 212 : *« Si, à la créancière qui, à partir de la cause d'un gage, tient la chose obligée envers elle, tu as offert l'argent dû avec des intérêts en présence de témoins et que, celle-ci ne le recevant pas, tu l'as déposé consigné, à partir du temps où tu l'a offert, tu ne seras pas contraint de fournir les intérêts. Mais, la créancière étant absente, tu devras t'adresser au gouverneur sur cela ».*

[1340] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 3, 75 et 95 § 2 ; C. 2, 3, 7 ; C. 4, 16, 5.

Extrait du livre VIII des *Règles* de Modestinus : *« De même que l'acceptilation éteint les actions qui précèdent ce terme, de même, la confusion ; car, si le débiteur, est, pour le créancier, un héritier, la confusion de la succession éteint l'action de la réclamation ».*

Extrait du livre XXVIII des *Questions* de Papinien : *« 2 - L'acceptation d'une succession, parfois, légalement, confond l'obligation, comme si le créancier du débiteur ou, au contraire, le débiteur du créancier a accepté la succession. Parfois, à la faveur d'un paiement, cela échoit, si, peut-être, le créancier qui, à un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a prêté des espèces est pour lui un héritier ; en effet, pour autant que le pupille en a été rendu plus riche, il l'obtiendra, mais, pour la totalité du prêt, il conserve son bien à partir de la succession. Parfois, il arrive qu'une obligation vaine, avec l'acceptation de la succession, soit confirmée. Car, si l'héritier qui a rendu, sur le fondement du [sénatus-consulte] Trébellien, la succession, pour le fidéicommissaire, a été un héritier ou qu'une femme qui, en faveur de Titius, est intervenue a été pour lui une héritière, l'obligation civile commence à raison de la succession de celui qui, légalement, était tenu, elle a perdu le secours de l'exception. Le fait est qu'il est désordonné de donner un secours au sexe d'une femme qui, en son nom, en a fait l'essai ».*

Constitution d'Antonin le Pieux adressée à Julius Maximus et donnée en 214 : *« Si tu étais un héritier pour ton débiteur, l'action que tu vais contre lui a été mêlée à l'héritage accepté. Mais, si, après que tu as conservé cet héritage lors d'un jugement, tu l'as remis à celui sur lequel tu l'avais emporté, avec cette condition et cet accord qu'il ferait satisfaction tant aux autres créanciers qu'à toi pour ce qui t'était dû, si tu n'acceptais pas cet héritage, la foi de l'accord et de la convention doit être respectée, si on ne l'observait pas, on accordera une action sur le fondement d'une stipulation, si seulement elle a été soumise à l'accord, ou bien "avec des mots écrits en tête"* (præscriptis verbis)*, si une stipulation n'est pas intervenue ».*

§ 5. À savoir simplement, non sous un bénéfice d'inventaire des biens [1341]. Car celui qui devient simplement un héritier reçoit tout le profit et tout le fardeau du défunt [1342] et, en outre, est entendu se payer lui-même ou, de lui-même, recevoir le paiement [1343].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1341 de Groenewegen van der Made**
Voyez aussi Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 27, et lib. 48, tit. 8, nb 24.]

[**Sur la note 1343 de Groenewegen van der Made**
[Pour savoir] comment les obligations sont supprimées par différentes confusions, on peut voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit.3, du nb 18 au nb 27.]

§ 6. Une COMPENSATION est *une contribution d'un crédit contre une dette existant entre les mêmes personnes pour une semblable valeur* [1344].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCCXXV. La compensation est à bon droit critiquée envers un créancier qui n'est pas solvable, voir *Hollandsche consultatien*, part.III, 2re st., cons. 75, et envers celui qui a obtenu un rescrit moratoire, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 16, tit. 2, nb 9, et beaucoup plus envers celui auquel un rescrit actuel de sursis du paiement (*surcheance)* a été accordé.
DCCCXXVI. Celui pour lequel, au nom d'autrui, une assurance a été faite, celui du principal lui-même, du bien duquel il s'agit, ayant été exprimé, la compensation de ce que lui-même doit ne peut pas lui être objectée par l'assureur qui a été cité en justice pour réparer le dommage, voir les *Hollandsche consultatien*, part. III, cons. 80 ; le nom n'en ayant pas été exprimé, elle le peut, voir *Advijsen over den koophandel*, part. I, cons. 17.]

§ 7. Celle-ci doit être bien alléguée en justice [1345], parce que l'on ne peut rien en savoir autrement ; mais elle fait **[433]** son effet avec cela, de telle façon que celui qui tomberait

---

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Julius et donnée en 294 : *« Pour qu'une dette, auparavant, quant à la succession, te soit payée et qu'alors, si elle t'appartenait, nous ordonnions qu'elle soit demandée, la demande est intervertie. Le fait est que, alors qu'il était clair qu'à toi, le beau-père, la succession était obtenue, il n'est pas douteux que la réclamation de la dette, par une confusion, est éteinte ».*

[1341] (Note de Groenewegen) Voyez le liv. II, chapitre XXI, § 8.

[1342] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 16, 44.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« … et les autres choses, dont, pour protéger et soigner notre corps, nous usons, sous cette appellation, sont signifiées ».*

[1343] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 46, 3, 95 § 2.

Extrait du livre XXVIII des *Questions* de Papinien : *« 2 - L'acceptation d'une succession, parfois, légalement, confond l'obligation, comme si le créancier du débiteur ou, au contraire, le débiteur du créancier a accepté la succession. Parfois, à la faveur d'un paiement, cela échoit, si, peut-être, le créancier qui, à un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a prêté des espèces est pour lui un héritier ; en effet, pour autant que le pupille en a été rendu plus riche, il l'obtiendra, mais, pour la totalité du prêt, il conserve son bien à partir de la succession. Parfois, il arrive qu'une obligation vaine, avec l'acceptation de la succession, soit confirmée. Car, si l'héritier qui a rendu, sur le fondement du [sénatus-consulte] Trébellien, la succession, pour le fidéicommissaire, a été un héritier ou qu'une femme qui, en faveur de Titius, est intervenue a été pour lui une héritière, l'obligation civile commence à raison de la succession de celui qui, légalement, était tenu, elle a perdu le secours de l'exception. Le fait est qu'il est désordonné de donner un secours au sexe d'une femme qui, en son nom, en a fait l'essai ».*

[1344] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 2, 1 ; C. 4, 31, 4.

Extrait du livre VI des *Pandectes* de Modestinus : *« La compensation est la contribution de la dette et de la créance entre elles ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Flavius et Lucianus, donnée en 229 : *« S'il est établi que de l'argent, réciproquement, est dû, selon le droit lui-même, pour ayant été payé, il faut que la compensation soit tenue à partir de ce moment à partir duquel, par les deux parties, il est dû, en tout cas, jusqu'à ce à quoi concourent les montants ; de cela seul qui est en plus chez l'un, les intérêts sont dus, si seulement leur réclamation subsiste ».*

[1345] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 14 au mot *obici* ; Wesembeck, *Paratitla*, D. 16, 2 *(Des compensations), nb 8 ; Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 23, defin. 4 ; coutumes d'Anvers, tit. 64 *(Des paiements, de la ^preuve, de la compendation et reconvention)*, art. 8.

par un défaut de paiement dans quelque amende ou un autre dommage, par cela, est libéré [1346].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXVII. La compensation, aussi après la sentence, est à bon droit opposée à l'excution, comme l'a décidé la Cour, voir *Decisien enresolutien van den Hove van Holland*, decis. 272, bien qu'auparavant, le contraire ait agréé à la Cour Suprême chez Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 95.]

§ 8. *La contribution* exige que, sans difficulté, il apparaisse que l'un soit d'une aussi grande valeur que l'autre [1347].

§ 9. Et, pour cela, elle a lieu en argent contre de l'argent ou en dettes que le débiteur peut payer avec de l'argent [1348] ; aussi, dans tous les choses qui consistent en une mesure, un

---

Constitution de Justinien à Joannes, Préfet du Prétoire, et donnée en 531 : *« Nous consacrons que soient faites des compensations sur le fondement de toutes les actions selon le droit lui-même, nulle différence ne devant être observée entre elles, actions portant sur la chose ou actions sur la personne. 1 - Nous ordonnons cependant que les compensations soient ainsi opposées, si la cause sur le fondement de laquelle compensation est faite, est claire et non embrouillée de nombreuses obscurités, mais peut garantir à son juge une issue facile ; il est en effet suffisamment misérable que, après de nombreuses et différentes luttes, quand une affaire a déjà été approuvée, alors de la part de l'autre partie, qui maintenant a presque été confondue, une compensation soit opposée à une dette maintenant certaine et indubitable et que soit exclu l'espoir d'une condamnation par des obscurités dilatoires. C'est pourquoi les juges observeront ceci et ne seront pas plus enclins à admettre des compensations et ils ne les prendront pas avec un esprit amolli ; mais recourant au droit strict, s'ils découvrent que celles-ci exigent une plus importante et plus large recherche, ils les réserveront du moins à un autre jugement ; aussi termineront-ils le litige primitif presque prêt par une sentence finale ; étant exceptée l'action de dépôt suivant notre sanction, dans laquelle nous avons disposé qu'il n'y a pas lieu à compensation. 2 - La compensation ne sera pas donnée à ceux qui occupent faussement la possession d'autrui ».*

[1346] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 4 ; D. 16, 2, 4, 11 et 12 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur ledit texte de C. 4, 31, 4.

Constitution d'Alexandre adressée à Flavius et Lucianus, donnée en 229 : *« S'il est établi que de l'argent, réciproquement, est dû, selon le droit lui-même, pour ayant été payé, il faut que la compensation soit tenue à partir de ce moment à partir duquel, par les deux parties, il est dû, en tout cas, jusqu'à ce à quoi concourent les montants ; de cela seul qui est en plus chez l'un, les intérêts sont dus, si seulement leur réclamation subsiste ».*

Extrait du livre III *Sur Sabinus* de Paul : *« Est vrai que ce qui a agréé à Neratius et que ce que dit Pomponius, [à savoir] que, selon le droit lui-même, le garant lui doit moins sur le fondement de tout contrat que ce qu'à partir d'une compensation, le débiteur peut retenir ; en effet, de même que, quand je réclame la totalité du débiteur, je le réclame de mauvaise façon, de même, le garant n'est pas tenu selon le droit lui-même sur une part plus grande que [celle à laquelle] le débiteur peut être condamné ».*

Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Quand l'un doit à l'autre de l'argent sans intérêt et l'autre avec intérêt, il a été établi [dans une constitution] par le divin Sévère que les intérêts du montant concurrent, aux deux, ne devaient pas être payés ».*

Extrait du livre LXIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« De même, cela a été établi [dans une constitution] non seulement pour les personnes privées, mais aussi pour la cause du fisc. Mais, si l'argent avec intérêts est réciproque, que, cependant, les intérêts sont différents, une compensation n'a pas moins lieu pour ce qui est réciproquement dû ».*

[1347] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 14 § 1 et là, les docteurs.

Constitution de Justinien à Joannes, Préfet du Prétoire, et donnée en 531 : *« 1 - Nous ordonnons cependant que les compensations soient ainsi opposées, si la cause sur le fondement de laquelle compensation est faite, est claire et non embrouillée de nombreuses obscurités, mais peut garantir à son juge une issue facile ; il est en effet suffisamment misérable que, après de nombreuses et différentes luttes, quand une affaire a déjà été approuvée, alors de la part de l'autre partie, qui maintenant a presque été confondue, une compensation soit opposée à une dette maintenant certaine et indubitable et que soit exclu l'espoir d'une condamnation par des obscurités dilatoires. C'est pourquoi les juges observeront ceci et ne seront pas plus enclins à admettre des compensations et ils ne les prendront pas avec un esprit amolli ; mais recourant au droit strict, s'ils découvrent que celles-ci exigent une plus importante et plus large recherche, ils les réserveront du moins à un autre jugement ; aussi termineront-ils le litige primitif presque prêt par une sentence finale ; étant exceptée l'action de dépôt suivant notre sanction, dans laquelle nous avons disposé qu'il n'y a pas lieu à compensation ».*

[1348] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 2, 10 § 2, et 22.

Extrait du livre LXIII sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Chaque fois que, sur le fondement d'un crime, naît une action, comme par exemple sur le fondement d'une cause de vol et des autres crimes, si, sur ce point, on agit en justice en matière pécuniaire, la compensation a lieu ; il en est de même, si l'on réclame avec une condiction à partir d'une cause de vol. Mais celui qui, avec une action noxale, est cité en justice peut opposer une compensation ».*

poids et un nombre, contre une semblable chose [1349], comme aussi dans les délits et négligences qui sont notoirement d'une même grandeur [1350].

§ 10. Mais non quand la dette consiste d'un côté ou de l'autre en un simple bien certain [1351], aussi dans quelque sorte de biens sous laquelle de nombreux de nombreux choix tombent [1352] ou quand la dette n'est pas claire [1353].

Extrait du livre II des *Questions* de Scævola : *« Si tu dois dix ou bien un esclave, celle des deux choses que l'adversaire veut, la compensation de cette dette est ainsi permise, si l'adversaire a ouvertement dit laquelle des deux il voulait ».*

[1349] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 12, 1, 2 § 1 ; D. 5, 4, 1 § 4 ; D. 28, 5, 79 (78) pr ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 16, 2 *(Des compensations)*, nb 6.

Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - La remise d'un prêt de consommation consiste en ces biens qui, en un poids, un nombre ou une mesure, se présentent, parce qu'avec leur remise, nous pouvons entrer en une dette, parce que, sur leur genre, ils reçoivent une fonction par un paiement plutôt que par un même corps ; car, pour d'autres biens, nous ne pouvons pas entrer en une dette, parce qu'une chose, pour une autre, contre le gré du créancier, ne peut être payée ».*

Extrait du livre XV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - De même, si, lorsque je me dis, pour la moitié, héritier, que je possède le tiers de la succession, qu'ensuite, je veux poursuivre le sixième restant, voyons comment j'agirai en justice. Et Labéon écrit qu'en tout cas, je devrai réclamer la moitié de chacun, qu'il est ainsi fait que, de chacun, j'obtienne un sixième, et j'en aurai la moitié ; ce que je pense vrai ; mais je serai moi-même tenu de rendre le sixième du tiers que je possède. Et c'est pourquoi, avec l'office du juge, réciproquement, une compensation devra être permise de ce que je possède, si, peut-être, les cohéritiers sont ceux desquels je réclame la succession ».*

Extrait du livre LX des *Réponses* de Papinien : *« Celui qui n'assurait pas de service armé a institué comme héritier un affranchi pour des biens maternels qu'en Pannonie, il possédait, et Titius, pour des biens paternels qu'en Syrie, il avait. À la loi, il s'accorde que les deux [héritiers institués] ont la moitié, mais que l'arbitre du partage la succession suit la dernière volonté [du défunt], les adjudications ayant été faites et étant intervenus les garanties à raison des actions, étant sauvegardée la Loi Falcidia, à savoir que, ce que, réciproquement, ils ont payé à raison d'un dol, en en conservant le quart, soit compensé ».*

[1350] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 2, 10 ; D. 4, 3, 36 ; D. 24, 3, 39.

Extrait du livre LXIII sur l'*Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si deux personnes associées ont employé une égale négligence envers la société, il faut dire que nous cessons d'être réciproquement obligés selon le droit lui-même, une fois faite la compensation de la négligence. De la même manière, il est approuvé que, si l'un a perçu, à partir du bien commun, quelque chose et que l'autre a employé une si grande négligence qui est évaluée au même montant, on considère la compensation comme faite et, selon le droit lui-même, de façon réciproque, la libération. 1 - En conséquence, si quelqu'un qui peut compenser a payé, il pourra le réclamer avec une condiction, comme s'il avait payé un indu. 2 - Chaque fois que, sur le fondement d'un crime, naît une action, comme par exemple sur le fondement d'une cause de vol et des autres crimes, si, sur ce point, on agit en justice en matière pécuniaire, la compensation a lieu ; il en est de même, si l'on réclame avec une condiction à partir d'une cause de vol. Mais celui qui, avec une action noxale, est cité en justice peut opposer une compensation. 3 - Dans les stipulations aussi, qui sont l'équivalent des actions, c'est-à-dire dans les stipulations prétoriennes, la compensation a lieu et, suivant Julianus, tant dans la stipulation elle-même que dans l'action sur le fondement de la stipulation, pourra être opposée une compensation ».*

Extrait du livre II des *Règles* de Marcianus : *« Si deux [personnes], avec un dol, ont agi, réciproquement, quant au dol, elles n'agiront pas en justice ».*

Extrait du livre XI des *Questions* de Papinien : *« Il a été déclaré qu'au mari et à son épouse qui accusent réciproquement leurs mœurs, l'un et l'autre ont donné la cause de la répudiation. Cela doit être reçu d'une façon telle que, selon cette règle que les deux ont méprisée, aucun des deux ne sera vengé ; en effet, des délits égaux, avec une compensation mutuelle, sont dissous ».*

[1351] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 23, 4 ; D. 13, 7, 18 pr ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 43 ; Fachinæus, liv. I, cap. 6, et liv. X, cap. 7.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Faustina et donnée en 294 : *« Sous le prétexte d'une dette, on ne refusera pas avec vraisemblance la restitution d'un commodat ».*

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« S'il est convenu que la dette de ton débiteur, en gage envers moi, se trouve, doit être protégée par le préteur cette convention, afin qu'il te protège, toi, pour la réclamation de l'argent, et le débiteur contre moi, si, contre lui, je fais valoir en justice mon droit. En conséquence, s'il y avait une dette d'argent, tu paieras l'argent réclamé contre toi, mais, si [c'est une dette] de quelque objet, ce que tu as reçu sera pour toi à la place d'un gage ».*

[1352] (Note de Groenewegen) Voir Tyndarus, *De compensationibus*, art. 1, nb 8 ; Sebastianus Medicus, *De compensationibus*, quæst. 2, nb 4.

[1353] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 14 § 1 et là, les docteurs. Voyez de plus Cooren, *Observationes*, obs. 28 ; Munnoz, *De ratiocinibus*, quæst. 21, nb 12 aux mots *et tenendo*.

Constitution de Justinien à Joannes, Préfet du Prétoire, et donnée en 531 : *« 1 - Nous ordonnons cependant que les compensations soient ainsi opposées, si la cause sur le fondement de laquelle compensation est faite, est claire et non embrouillée de nombreuses obscurités, mais peut garantir à son juge une issue facile ; il est en effet suffisamment misérable que, après de nombreuses et différentes luttes, quand une affaire a déjà été approuvée, alors de la part de l'autre partie, qui maintenant a presque été confondue, une compensation soit opposée à une dette maintenant certaine et indubitable et que soit exclu l'espoir*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1353 de Groenewegen van der Made**

Il est fait une exception à cette règle [qui dit] que la compensation d'un argent certain n'est pas à bon droit faite avec un argent incertain I. à moins que ce qui est incertain puisse immédiatement être rendu certain, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.16,tit. 2, nb 17 ; II.si quelque chose est demandé à partir d'un contrat obligatoire de part et d'autre, voir Cooren, *Observationes*, obs. 28, p. 163 ; III. si, par le moyen d'une exception, le dbiteur oppose au début du procès un prêt dû, voir Lauterbach, lib. 16, tit. 2, nb 23 ; IV. si une partie de la dette est certaine, une partie non certaine et que la garantie de la partie incertaine est offerte, voir Voet, lib.46, tit. 3, nb 29.]

§ 11. Une dette arrivant à partir du droit naturel [1354], quoiqu'il y ait que le droit civil ne l'assiste pas pourvu que ce droit civil n'annule pas celle-ci ou donne un appui contre elle [1355], elle peut être portée en compensation ; mais celui qui a reçu quelque chose à garder [1356]

---

d'une condamnation par des obscurités dilatoires. C'est pourquoi les juges observeront ceci et ne seront pas plus enclins à admettre des compensations et ils ne les prendront pas avec un esprit amolli ; mais recourant au droit strict, s'ils découvrent que celles-ci exigent une plus importante et plus large recherche, ils les réserveront du moins à un autre jugement ; aussi termineront-ils le litige primitif presque prêt par une sentence finale ; étant exceptée l'action de dépôt suivant notre sanction, dans laquelle nous avons disposé qu'il n'y a pas lieu à compensation ».

[1354] (Note de Groenewegen) Voir D. 16, 2, 6.

Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Même ce qui est dû par nature vient en compensation ».*

[1355] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 2 ; D. 16, 2, 14 ; en argument D. 12, 6, 40 ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 45.

Constitution d'Antonin adressée à Claudius et Asclepiades (sans date) : *« À partir de la cause, certes, de ce qui a été jugé, ce qui a été payé ne peut pas être répété, pour la raison que la compensation de cela ne peut pas être reçue. Mais, à personne, il n'est douteux que celui qui, avec l'action de ce qui a été jugé, est cité en justice puisse implorer la compensation de l'argent à lui dû ».*

Extrait du livre XV *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Tout ce qui peut, par l'intermédiaire d'une exception, être anéanti, dans la compensation, n'entre pas ».*

Extrait du livre III des *Règles* de Marcianus : *« Celui qui a une exception perpétuelle peut réclamer ce qui a été payé par erreur ; mais ceci n'est pas perpétuel. Car, si, certes, à cause de cela, l'exception est accordée contre celui contre lequel on agit en justice, il peut réclamer ce qui a été payé, comme il arrive dans le sénatus-consulte quant aux entremises ; mais, quand, en haine de celui auquel cela est dû, l'exception est accordée, ce qui a faussement été payé n'est pas réclamé, comme si un fils de famille, à l'encontre du sénatus-consulte Macédonien, a reçu un prêt d'argent et que, devenu père de famille, il l'a payé, il ne le réclame pas. 1 - Si une partie de la maison qui, à une date, par le biais d'un fidéicommis, a été laissée a brûlé avant la date d'échéance du fidéicommis et que l'héritier, à ses frais, l'a refaite, il est établi que la dépense doit être déduite du fidéicommis et que, si, sans la déduction, il a délivré la maison, on peut, avec une condiction pour un montant incertain, le réclamer, comme s'il avait donné plus qu'il est dû. 2 - Si un patron a conclu avec son affranchi que des services, de lui, ne soient pas réclamés, tout ce qui, par la suite, a été acquitté par l'affranchi peut être réclamé ».*

[1356] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 30 ; C. 4, 31, 14 § 1.

« § 30. Dans les actions de bonne foi, un libre pouvoir est considéré être permis au juge d'évaluer en équité combien, au demandeur, il devra être rendu. Dans cela, il est compris que, s'il faut que, réciproquement, le demandeur fournisse quelque chose, ceci étant compensé, sur le reliquat, celui contre lequel on a agi en justice devra être condamné. Mais, dans les actions strictes, à partir d'un rescrit du divin Marc, l'exception de dol ayant été opposée, la compensation était introduite. Mais notre constitution (C. 4, 31, 14) *a plus largement introduit ces compensations qui, sur un droit clair, s'appuient, afin qu'elles diminuent, selon le droit lui-même, les actions sur le bien, personnelles ou n'importe quelles autres, étant exceptée la seule action de dépôt, à laquelle nous avons cru qu'il était impie que quelque chose, au titre d'une compensation, soit opposé, afin que, sous le prétexte d'une compensation des biens déposés, quelqu'un, à partir de l'action, soit trompé ».*

Constitution de Justinien à Joannes, Préfet du Prétoire, et donnée en 531 : *« 1 - Nous ordonnons cependant que les compensations soient ainsi opposées, si la cause sur le fondement de laquelle compensation est faite, est claire et non embrouillée de nombreuses obscurités, mais peut garantir à son juge une issue facile ; il est en effet suffisamment misérable que, après de nombreuses et différentes luttes, quand une affaire a déjà été approuvée, alors de la part de l'autre partie, qui maintenant a presque été confondue, une compensation soit opposée à une dette maintenant certaine et indubitable et que soit exclu l'espoir d'une condamnation par des obscurités dilatoires. C'est pourquoi les juges observeront ceci et ne seront pas plus enclins à admettre des compensations et ils ne les prendront pas avec un esprit amolli ; mais recourant au droit strict, s'ils découvrent que celles-ci exigent une plus importante et plus large recherche, ils les réserveront du moins à un autre jugement ; aussi termineront-ils le litige primitif presque prêt par une sentence finale ; étant exceptée l'action de dépôt suivant notre sanction, dans laquelle nous avons disposé qu'il n'y a pas lieu à compensation ».*

ou a reçu quelque possession illégalement [1357] ou celui qui est redevable de quelque chose en matière de moyens et de charges des pays et des villes [1358] ne peuvent pas compenser contre cela, aussi ceux qui sont redevables de quelque chose au pays ne sont pas autorisés à compenser ce qui leur arrive d'un autre département [1359].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1359 de Groenewegen van der Made**

La compensation a la force d'un paiement, voir Merlin, *Decisiones Rotæ Romanæ*, decis. 41, nb 14. Si quelqu'un a payé quelque chose, il pourra opposer une compensation au paiement ; il est demandé s'il usera à bon droit de la condiction de l'indu et si la compensation, après la sentence portée pourra être à bon droit opposée pour que l'exécution soit empêchée. En outre, [si elle le pourra] contre l'instrument qui contient une clause de condamnation volontaire ; de nouveau, si la compensation sera à bon droit alléguée devant le juge supérieur, quand aucune mention n'en a été faite devant le juge inférieur. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 16, tit. 2, nb 2, l'affirme quant au droit. Cependant, le débiteur qui allègue la compensation, avec cela même, ne reconnaît pas la dette.

Dans le cas inverse, quand quelqu'un n'a pas compensé alors qu'il peut le faire, mais aura donné satisfaction au demandeur, il n'est pas jugé avoir remis avec cela même ce que celui-ci doit à son tour, du fait que, dans le doute, personne n'est présumé avoir voulu rejeter son bien. Il faut le répondre autrement si, plus souvent, le sachant, le débiteur n'en a pas usé, la cause pour laquelle il n'aura pas compensé n' apparaissant pas, surtout entre des personnes conjointes quand la présomption de libéralité est plus facilement admise, voir Voet, lib.16, tit.2, nb 3. En outre, il faut relever que la compensation cesse dans les changes, à moins que le porteur n'y consente, voir Phoonsen, *Wisselrecht*, cap. 16, art. 27. Il indique plusieurs exceptions de même, cap. 41, art. 35 et suivant.

Elle n'est pas admise entre les dettes de plusieurs personnes ni quant à un crédit particulier pour une dette sociale, voir *Decisiones Rotæ Romanæ*, decis. 47, nb 11. L'effet de la compensation est que, par le biais de celle-ci, la course des intérêts cesse, voir *Decisiones Rotæ Romanæ*, decis. 67, nb 12.]

*

[434] Chapitre XLI
De la remise en donation [1360] et de la promesse de ne pas réclamer

---

[1357] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 4, 31, 14 § 2.

Constitution de Justinien à Joannes, Préfet du Prétoire, et donnée en 531 : *« 2 - La compensation ne sera pas donnée à ceux qui occupent faussement la possession d'autrui ».*

[1358] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 3 ; [noter que cette dernière référence est indiquée de façon très imprécise par Groenewegen] D. 49, 14, 46 § 5.

Constitution d'Alexandre adressée à Ætrius Capitonus et donnée en 223 : *« Sur ce que tu as dit, à la République, devoir, celui auquel, quant à cette affaire, la connaissance appartient ordonnera que soit compensé ce qui, par celle-ci, t'est dû, si, ni à partir du registre ni à partir des taxes ni à partir de l'argent du blé ou de l'huile publique, tu n'es débiteur, ni [de l'argent] des tributs ni des aliments ni de celui qui, aux frais statués, sert, ni d'un fidéicommis de la cité ».*

Extrait du livre VI des *Résumés du droit* d'Hermogenianus : *« 5 - Il a souvent été établi par les constitutions qu'alors qu'aux débiteurs du fisc, ce que le fisc doit est compensé, étant exceptée la cause des tributs et des contributions, de même, pour le prix d'un bien, par le fisc, acheté et de ce qu'à partir de l'annone, il est dû ».*

[1359] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 31, 1 ; coutumes d'Anvers, tit. 52 *(De la compagnie et communauté des biens)*, art. 7.

Constitution d'Antonin adressée à Dianensis (sans date) : *« Et le Sénat a jugé et il a été souvent dit dans un rescrit qu'à une compensation, dans une cause fiscale, il y avait ainsi lieu seulement si le même département devait qui réclame. Cela doit être observé solidement à raison de la confusion des différents offices. S'il est établi que quelque chose, à partir de ce même département dont tu as fais mention, était dû, aussitôt, tu le recevras ».*

[1360] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 4 *(De l'acceptilation)* et C. 8, 43 *(Des acceptilations).*

Le titre en question du Digeste comprend 23 extraits et celui du Code, 3 constitutions.

§ 1. Il y a une REMISE *quand la résolution naît de la volonté du créancier* [1361].

§ 2. Celle-ci est faite par un ACTE DE L'HOMME ou par la LOI.

§ 3. Par un ACTE DE L'HOMME *sans une novation de la dette* ou avec *une novation de la dette.*

§ 4. SANS UNE NOVATION DE LA DETTE*, par une donation* ou en dehors d'*une donation.*

§ 5. *Par* une DONATION, *quand le créancier, sans une jouissance [de quelque chose], délie le débiteur de la dette* [1362].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1362 de Groenewegen van der Made**

De façon ordinaire, bien que l'acceptilation soit faite à partir de la libéralité, cependant, parfois, elle est rapportée à titre onéreux ; en effet, elle intervient parfois afin qu'à la place de l'obligation supprimée par l'acceptilation, une autre soit substituée, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 8, nb 7.]

§ 6. Et une telle chose est toujours entendue être faite par une donation, bien qu'une telle chose ne fût pas exprimée [1363], bien qu'en ce qui concerne l'obligation, autrement, cela soit observé [1364], parce qu'une résolution mérite plus de faveur qu'une obligation [1365].

§ 7. Chez les Romains, il était coutumier que la remise dût être faite en donation avec certains mots [1366] ; mais chez nous, comme dans une promesse [1367], ainsi aussi dans une

---

[1361] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, § 1.

« § 1. De même, par le biais d'une acceptilation, l'obligation est supprimée. L'acceptilation est un paiement imaginaire. En effet, ce qui, à partir d'une obligation avec un échange de paroles, à Titius, est dû, si Titius a voulu le remettre, il pourra ainsi être fait qu'il souffre que le débiteur disent ces paroles : "ce que moi, je t'ai promis, l'as-tu reçu ?" et que Titius réponde : "je l'ai [reçu". Mais, en grec, l'acceptilation peut être faite, pourvu qu'elle soit ainsi faite, comme avec des mots latins, il est ordinaire : "εχεις λαβων δηναριν τοσα ; εχω λαβων" - i. e. as-tu reçu tant de deniers ? Je les ai [reçus]. *Avec cette façon, comme nous avons dit, seulement ces obligations sont dissoutes qui, à partir d'un échange de paroles, sont faites, non aussi les autres ; en effet, il a été considéré conséquent avec des mots faite, une obligation puisse, avec d'autres mots, être dissoute ; mais ce qui, à partir d'une autre cause, est dû peut, dans la stipulation, être déduit et, par une acceptilation, être dissous. De même que ce qui est dû pour partie, à bon droit, est payé, de même, sur une partie de la dette, une acceptilation peut être faite ».*

[1362] (Note de Groenewegen) Voir ledit § 1 des *Institutes*, III, xxix ; D. 46, 4, 1.

Le passage en question des *Institutes* est donné dans la note précédente.

Extrait du livre II des *Règles* de Modestinus : *« L'acceptilation est la libération par le biais d'une question réciproque, avec laquelle vient, vis-à-vis du lien lui-même, la décharge des deux ».*

[1363] (Note de Groenewegen) Voir en argument ledit § 1 des *Institutes*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)* ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 46, 4 *(De l'acceptilation)*, nb 2 et début au mot *benigna.*

[1364] (Note de Groenewegen) Voir D. 22, 3, 25 § 4 ; D. 44, 4, 2 § 3.

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« 4 - Mais cela, quand, quant au paiement de l'indu, la question se trouve. Mais, si au contraire, une garantie est réputée, de façon indue, avoir été exposée et, confusément, le dit, alors celui pour lequel la garantie a été exposée est contraint de prouver qu'il y a une dette qui, dans la garantie, est amenée, à moins que celui-là même, spécialement, qui a exposé la garantie n'ait expliqué les causes pour lesquelles il avait écrit celle-ci ; alors, en effet, il faut que celui-ci s'en tienne à sa confession, à moins qu'avec les très claires preuves, dans des écrits, tenues, il ne se soit préparé à prouver qu'il n'avait pas indûment promis ».*

Extrait du livre LXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Pour la première espèce, les causes à partir desquelles cette exception aura lieu sont celles qui peuvent être traitées. Si, quelqu'un, sans cause, de quelqu'un [d'autre], a stipulé, qu'ensuite, à partir de cette stipulation, il a fait valoir son droit en justice, l'exception de dol, en tout cas, lui portera préjudice ; bien qu'en effet, à l'époque où il a stipulé, il n'ait rien commis avec un dol, cependant, il doit être dit que celui-ci, alors que le débat judiciaire a commencé, avec un dol, agit qui continue, à partir de cette stipulation, de réclamer ; et, si, alors qu'elle est interposée, il avait une juste cause, cependant, maintenant, il est considéré n'avoir aucune cause appropriée. Par conséquent, si, allant prêter de l'argent, il a stipulé et ne l'a pas prêté, et si la cause de la stipulation était certaine, qui, cependant, ne s'est pas ensuivie ou a été terminée, il faudra dire que porte préjudice l'exception ».*

[1365] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 47.

Extrait du livre XIV *Sur Plautius* de Paul : *« Arrianus dit qu'il y a une grande différence que tu demandes si quelqu'un est obligé ou si quelqu'un est libéré ; quand, sur le fait de s'obliger, on s'interroge, nous devons être plus enclins, si nous en avons l'occasion, à le refuser ; quand [c'est] sur le fait de libérer, à l'opposé, afin que tu sois plus disposé à une libération ».*

[1366] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'oblgation est supprimée)*, § 1.

« § 1. De même, par le biais d'une acceptilation, l'obligation est supprimée. L'acceptilation est un paiement imaginaire. En effet, ce qui, à partir d'une obligation avec un échange de paroles, à Titius, est dû, si Titius a voulu le remettre, il pourra ainsi

décharge, il est suffisant que l'on emploie des mots de cette sorte qui portent avec eux un abandon de son droit [1368] et qu'une telle chose, par le débiteur ou à raison de lui, soit acceptée [1369].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1368 et 1369 de Groenewegen van der Made**
Du fait que, dans les usages, il s'est affermi qu'une stipulation et un pacte produisent le même effet, il est à bon droit défendu que l'acceptilation qui est faite sous condition ou aussi par une personne interposée est valide, dans la mesure où un pacte utile est soutenu, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 3, nb 29.]

§ 8. Tous ceux qui ne sont pas en puissance de leur bien propre [1370], aussi ceux qui sont placés sur les biens d'autres personnes sans **[435]** avoir le pouvoir de les donner, ne peuvent pas non plus remettre en donation [1371].

§ 9. Une promesse de ne pas réclamer la dette, que celle-ci soit faite à l'un ou à plusieurs codébiteurs, ou aussi au garant, délie la dette [1372] ; mais là où la promesse est propre à une

---

être fait qu'il souffre que le débiteur disent ces paroles : "ce que moi, je t'ai promis, l'as-tu reçu ?" et que Titius réponde : "je l'ai [reçu". Mais, en grec, l'acceptilation peut être faite, pourvu qu'elle soit ainsi faite, comme avec des mots latins, il est ordinaire : "εχεις λαβων δηναριν τοσα ; εχω λαβων" - i. e. as-tu reçu tant de deniers ? Je les ai [reçus]. *Avec cette façon, comme nous avons dit, seulement ces obligations sont dissoutes qui, à partir d'un échange de paroles, sont faites, non aussi les autres ; en effet, il a été considéré conséquent avec des mots faite, une obligation puisse, avec d'autres mots, être dissoute ; mais ce qui, à partir d'une autre cause, est dû peut, dans la stipulation, être déduit et, par une acceptilation, être dissous. De même que ce qui est dû pour partie, à bon droit, est payé, de même, sur une partie de la dette, une acceptilation peut être faite ».*

[1367] (Note de l'éditeur) Voir ci-dessus liv. III, chapitre I, §§ 51-52.

[1368] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 2, 14, 27 § 9. Voyez ci-dessus le liv. III, chapitre I, § 52.

Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 9 - Si l'acceptilation est sans effet juridique, avec un pacte tacite, on est considéré avoir fait en sorte de ne pas réclamer ».*

[1369] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 39, 5, 10 aux mots *non acceperit*.

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« À un absent, que tu envoies celui qui le lui apporte ou que lui-même ait ce que tu ordonnes qu'il ait, à bon droit, il peut être donné. Mais, s'il ignore que le bien qui, chez lui, se trouve a été donné ou qu'il n'a pas reçu celui qui lui a été envoyé, il ne devient pas le propriétaire du bien donné, même si, par l'intermédiaire de l'esclave de celui auquel il était donné, il avait été envoyé, à moins qu'il n'ait été donné par l'intermédiaire de l'esclave de celui-ci, de sorte qu'immédiatement, il devienne le sien ».*

[1370] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 28.

Extrait du livre Ier *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Les pactes convenus à l'encontre des règles du droit civil ne sont pas tenus pour confirmés, comme quand un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a fait un pacte de ne pas réclamer à son débiteur ou de ne pas réclamer pas durant un certain délai, comme par exemple, cinq ans ; car il ne peut être payé sans l'autorité de son tuteur. Mais, en sens inverse, si le pupille a fait un pacte que ne lui sera pas réclamé ce qui est dû par lui, le pacte convenu est tenu pour confirmé, parce qu'il a été accordé qu'il rende sa condition meilleure sans l'autorité du tuteur. 1 - Si le curateur d'un fou ou d'un prodigue a fait un pacte de ne pas réclamer au fou ou au prodigue, il est de loin utile que les pactes du curateur soient reçus, mais non le contraire. 2 - Si un fils ou un esclave, a fait le pacte que lui-même ne fera pas de réclamation, le pacte est sans effet juridique. Mais, s'ils ont fait un pacte sur un bien, c'est-à-dire, de ne pas réclamer de l'argent, leur pacte devra être tenu pour valide contre le père ou le maître, s'ils avaient la libre administration du pécule et si le bien, pour lequel ils ont fait le pacte, appartenait au pécule. Cela même n'est pas aisé. Car, tandis qu'est vrai ce qui a été décidé par Julianus, [à savoir] qu'il ne dispose pas du droit de donner, même s'il dispose précisément de la libre administration du pécule, il s'ensuit que, si, à l'occasion d'un don, il a fait le pacte de ne pas réclamer l'argent, le pacte convenu ne devra pas être tenu pour valide. Si, à la faveur de ce que l'on a ainsi agréé, il avait obtenu quelque chose qui ne serait pas de moindre valeur ou même, vaudrait plus, l'accord devra être tenu pour valide ».*

[1371] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 4, 13 § 10 ; ledit texte de D. 2, 14, 28.

Extrait du livre L *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« 10 - Un tuteur, un curateur, à un fou, n'a pu porter un crédit, ni un procurateur, certes, ne peut faire une acceptilation ; mais tous ceux-ci doivent nover (ils le peuvent, en effet) et ainsi, en crédit, le faire. Envers ceux-ci, certes, en crédit, cela ne peut être fait, mais, une novation ayant été faite, ils pourront être libérés par le biais d'une acceptilation. Car, pour la personne des absents, de ce remède, nous usons ordinairement ; nous stipulons de quelqu'un pour nover ce qu'à nous, un absent doit et ainsi, avec un reçu, nous libérons de celui duquel nous avons stipulé ; ainsi, il se fera que l'absent, avec une novation, le présent, avec une acceptilation, seront libérés ».*

Le texte suivant est présenté dans la note précédente.

[1372] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 21 § 5.

personne [1373], comme le fait que, d'elle, la dette ne serait pas réclamée, une telle chose n'épargnerait ni ses héritiers ni ses codébiteurs [1374] ; cependant, tant que le débiteur principal ne peut pas être cité en justice, le garant sera libéré [1375].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXVIII. Bien que l'acceptilation ne requière plus chez nous les paroles de celui qui interroge et du promettant et que, quant au pacte de non réclamation, à partir de la raison de notre droit, l'obligation soit anéantie selon le droit lui-même, cependant, cette différence entre les actes entre les deux [contractants] semble subsister, [à savoir] que, le premier, une actuelle et pure rémission de la dette sera faite qui libère le codébiteur du promettant et ne porte pas préjudice au codébiteur qui stipule ; le second, que la promesse faite pour le futur quant à la non réclamation de la dette qui contient la confection de la dette future du créancier par celui qui va la réclamer, ou son héritier, à celui avec lequel il a stipulé, qui, par conséquent, n'est pas utile au codébiteur de la dette, ni inversement, mieux, consistant seulement dans le propre acte du créancier qui promet, ne porte pas préjudice au cocréancier du crédit, voir D. 2,14 *(Des pactes)*, 27. D'où, le premier ne peut pas être fait sous condition ou à terme, le second est ainsi fait à bon droit.

DCCCXXIX. Le pacte entre le débiteur obéré et la majorité des créanciers chirographaires, à l'exception du seul cas seulement de D. 2, 14 *(Des pactes)*, 7, §§ 17 et 19, et des lois suivantes, chez les Romains, la minorité des créanciers n'oblige pas ; ce qu'a approuvé Charles Quint dans l'édit de 1544, art. 35, et les États dans le rescrit du 26 juillet 1596, voir les *Resolutien van Holland 1596*, p. 307 à la fin et suivante, semblentl avoir eu sous les yeux. Par la suite, cependant, il a été reçu dans différentes lois particulières hollandaises que la minorité des créancier devait suivre la majorité, chaque fois que les trois quarts des créanciers auxquels les deux tiers de la dette sont dus ou que les deux tiers des créanciers auxquels les trois quarts sont dus, consentent au pacte, pourvu cependant, que ce pacte soit conclu avec l'autorité public et en employant d'autres précautions pour écarter les collusions et les fraudes, comme il a été statué à Leyde, dans les *Keuren* de Leyde, art. 204, nb 14, et le 2 mars 1665, le 26 décembre 1672, le 27 mars 1699, le 26 septembre 1768, et à Haarlem, le 10 août 1709, voir les *Keuren* de Haarlem, t. I, p. 127 et suivante. Il en était ainsi du droit autrefois à Amsterdam dans la loi du 13 septembre 1659, voir les *Handvesten van Amsterdam*, p. 687 ; du 29 janvier 1729, ici même, p. 690. Mais, dans la nouvelle loi du 30 janvier 1777, voir la *Tweede vervolg der Handvesten*, p. 104 et suivantes, il a été disposé que, tant que les biens du débiteur publiquement endetté sont seulement gardés, deux ou plusieurs créanciers auxquels le vingtième de la dette est dû, ou aussi un seul auquel au minimum un sixième est dû, pourront empêcher le pacte convenu avec les autres créanciers soit confirmé par l'autorité publique et, par conséquent, cette garde des biens ou ce séquestre est bientôt supprimé, voir les art. 13-17 de ladite loi. Mais, si, avec cet empêchement ou aussi à raison d'un soupçon de fraude, il a été fait en sorte que le débiteur soit déclaré n'être pas solvable, comme dans ce cas, ayant été payé aux créanciers ce qui a pu être ramené à partir des biens, le débiteur

---

Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Pour ceux qui ont un recouvrement du même argent pour le tout ou qui sont débiteurs du même argent, il est demandé dans quelle mesure l'exception de pacte est utile ou porte préjudice à l'autre. Les pactes sur un bien sont utiles à tous ceux dont il était de l'intérêt de celui qui a fait le pacte que l'obligation ait été dissoute. C'est pourquoi la convention du débiteur profitera aux garants ».*

[1373] (Note du traducteur) Grotius note dans la marge ici qu'il s'agit d'un *pactum personale* ou "pacte personnel".

[1374] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 25 § 1.

Extrait du livre III sur l'*Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Labéon dit qu'un pacte personnel ne concerne pas autrui, de même que l'héritier ».*

[1375] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 32 et 62.

Extrait du livre III *Sur Plautius* de Paul : *« Il a été dit que, si l'on a fait un pacte avec le débiteur de ne pas réclamer, l'exception appartient aussi au garant à raison de la personne du débiteur, afin qu'elle ne soit pas évoquée en justice par une action de mandat. En conséquence, s'il n'existe nulle action du mandat, si, d'aventure, il avait donné garantie avec l'intention de donner, il faut déclarer que l'exception ne serait pas utile au garant ».*

Extrait du livre I[er] *Sur l'Édit du préteur* de Furius Anthianus : *« Si le débiteur, après qu'il a fait un pacte, de sorte que l'argent ne lui soit pas réclamé et que, pour cette raison, ce pacte a commencé à être valide pour le garant, a fait un pacte, de sorte qu'il soit permis de lui faire réclamation, on demande si la validité du premier pacte a été supprimée envers le garant. Mais il est plus vrai que l'exception de pacte, une fois acquise au garant, ne peut plus tard lui être ôtée des mains contre son gré ».*

qui est tombé seulement dans un défaut de fortune et n'est pas frauduleux est libéré de tout lien et se le voit rendre, si la moitié des créanciers auxquels les cinq huitièmes de la dette sont dus, ou les cinq huitièmes des créanciers auxquels la moitié de la dette est due, consentent à la restitution, art. 42 de ladite loi. La loi de Dordrecht du 20 décembre 1668, art. 11-14, dans le *Groot Placaet-boek*, part. IV, p. 468 et suivante, ne s'écarte pas beaucoup de ce que nous avons dit des autres places hollandaises.

DCCCXXX. Clairement, les créanciers qui abandonné leur droit aux garant avec des hypothèques d'immeubles ou des gages de meubles à eux livrés, ou, comme, certes, il me semble plus vrai (quoiqu'étant en désaccord Voet, lib. 2, tit. 14, nb 30), aussi ceux qui, dans les mains desquels la possession, avec les gages des meubles, mais, étant cependant payé au trésor public le quarantième, reste dans les mains du débiteur, ou aussi sont protégés avec un droit de rétention, voir D. 2, 14 *(Des pactes)*, 10 pr ; les lois d'Amsterdam de 1659, art. 9, et de 1777, art. 19 ; la loi de Dordrecht, art. 14 ; de Leyde de 1672.

DCCCXXXI. De semblables choses ont été établies en Zélande dans la loi générale du 11 décembre 1649, et la nouvelle du 27 juin 1776, art. 10, 11, 12, 13, 14, 15 et 16.

DCCCXXXII. Dans le cas de la loi de D. 2, 14 *(Des pactes)*, 7 § 19, dans lequel aussi, selon le droit romain, pour attirer l'héritier à accepter avec cela en plus la succession du débiteur endetté, la minorité des créanciers devait suivre la majorité, mais la minorité à partir du surcroît de la dette, n'étant tenu aucun compte du nombre des créanciers, était estimée, voir D.2, 14, 8, cette même définition doit être expressément approuvée dans le droit actuel, étant seulement exceptés les places où, pour les pactes [faits] avec les créanciers, de même pour l'héritier, cela a été établi pour le débiteur endetté vivant, comme à Amsterdam, Dordrecht, Leyde et Haarlem ; ce qui n'apparaît pas avoir été fait en Zélande, voir la loi citée.]

§ 10. La restitution d'un chirographe est tenu pour une remise en donation [1376].

§ 11. Toutes les remises de la totalité de la dette ou d'une partie de celle-ci, aussi, toutes les remises accordées des non-solvables sont nulles comme préjudiciables au bien public [1377].

*

Chapitre XLII
Du retrait du contrat et de la satisfaction

§ 1. En dehors d'une DONATION, *une remise* est faite par un RETRAIT DU CONTRAT ou par une SATISFACTION.

§ 2. Il y a un RETRAIT DU CONTRAT *quand ceux qui ont contracté ensemble se libèrent réciproquement avec un retour de ce qu'ils pourraient avoir reçu* [1378].

[1376] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 2 § 1. Voyez de plus les docteurs là et sur D. 22, 3 *(Des preuves et des présomptions)*, 24 ; Menochio, *De præsumptionibus*, liv. III, præs. 140-141 ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 38 ; Mascardus, *De probationibus*, concl. 477.

Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - et c'est pourquoi, si j'ai rendu à mon débiteur la caution, on considère que l'on a convenu entre nous que je ne réclamerai pas et l'on a décidé que l'exception de la convention lui sera utile ».*

[1377] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540, art. 2 ; Giasone del Maino et les autres sur D. 12, 5 *(De la condiction à raison d'une cause honteuse ou injuste)*, 9.

[1378] (Note de Groenewegen) Voir D. 2, 14, 58.

Extrait du livre III des *Parchemins* de Neratius : *« D'un achat, d'une vente, d'une offre de bail, d'une prise de bail et des autres obligations semblables, mieux, de toutes celles [faites] par le consentement de ceux qui, entre eux, se sont obligés, il n'est pas douteux que l'on peut se retirer. À Aristo, il a semblé de façon plus large que, si ce qu'il faut que moi, je te fournisse, tu ne m'en as pas remis le prix et que toi, tu me l'as payé, tu cesses devoir le prix, parce que l'interprétation de la bonne foi, à laquelle tout cela est ramené, reçoit aussi cette convention. Il n'importe en rien [de savoir] si pour tout ce à quoi nous avons été obligés, on a fait un pacte de renoncer à cette affaire ou si, ayant été remis dans son état initial, [pour] ce que moi, je t'ai fourni, nous avions*

[***Theses selectæ*** **der Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXXIII. La dissolution du contrat faite non à titre gratuit avec un consentement mutuel est plus largement claire et est différente de ce moyen avec lequel les obligations consensuelles sont supprimées avec un consentement contraire, voir les *Institutes*, III, xix, § 4 ; car elle regarde n'importe quels contrats et la restitution est toujours faite avec ce qui a été procuré ou en supprimant la cause du contrat.]

[436] § 3. Cela tient libres tous ceux qui ont contracté ensemble en tout temps [1379].

§ 4. Une SATISFACTION ou une ACCEPTILATION est *une fourniture de quelque chose d'autre à la place de ce dont quelqu'un est redevable avec la volonté du créancier d'une décharge* [1380].

[**Note de Willem Schorer**

Est appelée une SATISFACTION la dation en paiement.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXXIV. Par le mot *satisfaction*, Grotius a entendu ici non n'importe quelle satisfaction qui epeut consister en une remise de gages ou de garant, l'obligation demeurant, voir les *Institutes*, II, i, § 41, ni l'acceptilation, mais la dation en paiement.]

§ 5. Nous avons dit –dessus que l'on doit payer au créancier lui-même ce dont on lui est redevable, mais puisque chacun peut céder de son droit [1381], le créancier peut ainsi accorder

---

fait un pacte, pour que toi, tu ne me paies rien à ce titre. Assurément, avec le pacte qui regarde la résolution de ce qui a été fait, cela ne peut être accompli, afin que toi, ce que je t'ai déjà fourni, tu sois contraint, dans le sens contraire, de me le fournir, parce que, de cette façon, il ne s'agit pas tant que nous renoncions à la première affaire que d'établir certaines nouvelles obligations entre nous ».

[1379] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 2, 14,58 ; D. 2, 14, 48 ; *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façon l'obligation est supprimée)*, § 4.

Le premier texte cité est proposé dans la note précédente.

Extrait du livre III *Sur la Loi des XII Tables* de Gaius : *« Dans les traditions des biens, il est très évident que tout pacte est valide ».*

« § 4. En plus de cela, ces obligations qui, avec le consentement, sont contractées, par une volonté contraire, sont dissoutes. Car, si Titius et Seius ont entre eux consenti à ce que Seius ait l'achat du bien-fonds Tusculan pour cent pièces d'or, qu'ensuite, la chose ne s'étant pas encore ensuivie, , c'est-à-dire le prix n'ayant pas été payé ni le bien-fonds livré, on a agréé entre eux que l'on se retire de l'achat et de la vente, réciproquement, ils sont libérés. Il en est de même pour la prise de bail et l'offre de bail et tous les contrats qui, du consentement, proviennent, comme il a été déjà dit ».

[1380] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, III xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, pr ; D. 46, 3, 52.

« Mais toute l'obligation est supprimée avec le paiement de ce qui est dû ou si quelqu'un, le créancier y consentant, a payé un chose pour une autre. Cependant, il n'importe pas [de savoir] qui paiera, si c'est celui-là même qui doit ou un autre pour lui ; en effet, il sera libéré et, un autre ayant payé soit avec le consentement du créancier soit celui-ci l'ignorant ou contre son gré, le paiement est fait. En sens contraire, la même chose arrive, si le garant a payé ; en effet, seul, lui-même, il n'est pas libéré, mais aussi le débiteur ».

Extrait du livre XIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La satisfaction, pour un paiement, est [tenue] ».*

[1381] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 3, 29.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Si quelqu'un a confessé en rédigeant un instrument, qu'il n'usera pas du prétexte du tribunal à raison de son baudrier de service, de sa dignité ou du privilège du sacerdoce, bien que l'on ait douté auparavant qu'il faille tenir ce même écrit et que celui qui a accordé cela ne doive pas venir contre sa convention ou [qu'il ne faille pas] lui donner la possibilité de s'écarter de son écrit, mais d'user de son droit, nous consacrons qu'il ne sera permis à personne d'aller contre ses propres accords et de tromper ses cocontractants. 1 - En effet, si, selon l'Édit même du préteur, les accords convenus qui ne sont faits ni contre les lois, ni de mauvaise foi, doivent absolument être respectés, pourquoi, dans cette cause, les accords seraient-ils sans valeur, du fait qu'il existe une autre règle de l'ancien droit [qui dit] que tous ont licence de renoncer à ce qui a été introduit en leur faveur ? 2 - C'est pourquoi tous nos juges observeront cela et une observation de ce type s'étendra aux juges subalternes, aux juges compromissoires et aux arbitres choisis ; ils sauront que, s'ils ont négligé cela, ils seront entendus faire leur le procès ».*

que le débiteur le satisfasse par quelque chose d'autre et une telle fourniture vaut alors autant qu'un paiement [1382].

*

Chapitre XLIII
De la novation en général [1383]

§ 1. Il y a NOVATION *quand une obligation est ainsi remise que, dans le même temps, à la place de celle-ci, une autre obligation survient* [1384].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1384 de Groenewegen van der Made**
Bien que, de façon ordinaire, l'exécution puisse être demandée d'après la chose jugée, cependant, une novation s'étant ajoutée, toutes les obligations sont supprimées à un point tel que tout effet de la chose jugée disparaît clairement, voir C. 7, 53 *(De l'exécution de la chose jugée)*, 2 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 2, nb 10, et lib. 42, tit. 1, nb 47.]

§ 2. Peuvent faire cela tous ceux qui peuvent contracter des obligations [1385] et de toutes les choses qui entrent dans une obligation [1386].

[1382] (Note de Groenewegen) Voir ledit prologue des *Institutes*, III, xxix *(Der quelles façons l'obligation est supprimée)*, ledit texte de D. 46, 3, 52 et C. 2, 3, 17 et 24.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Deximachus et donnée en 286 : *« Le pacte qui sera montré être intervenu de bonne foi, si, n'y ayant pas d'écrit, avec d'autres preuves, la vérité de la chose faite peut être prouvée, le gouverneur de la province, selon le droit, fera en sorte qu'il soit gardé ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Domna et donnée en 293 : *« S'il est prouvé que tu avais remis l'action de legs ou de fidéicommis que, contre les héritiers de ton mari naguères, avec affection, à d'autres des héritiers, tu entends que l'exception de pacte, contre les débiteurs qui intentent les actions, ne peuvent pas te porter préjudice »..*

[1383] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2 *(Des novations et des délégations)* ; C. 8, 41 (42) *(Des novations et des délégations)*.

Le titre en question du Digeste renferme 34 extraits et celui du Code, 8 constitutions.

[1384] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 1.

Extrait du livre XLVI *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« La novation est le transfert* (transfusio) *ou le transport* (translatio) *d'une première dette en une autre obligation, c'est-à-dire, alors qu'à partir d'une cause précédente, ainsi, une nouvelle est établie, afin que la première soit éteinte. La novation, en effet, de ce qui est nouveau, reçoit son nom, et de la nouvelle obligation. 1 - Il n'importe pas [de savoir] quelle obligation s'est présentée, si [elle est] naturelle, civile ou honoraire et, si [elle est] avec un échange de paroles* (verbis)*, réelle* (re) *ou consensuelle* (consensu) *; quelle que soit, en conséquence, l'obligation qui s'est présentée, on peut faire novation avec un échange de paroles* (verbis)*, pourvu que l'obligation qui suit tienne civilement ou naturellement ; comme par exemple si un pupille, sans l'autorité de son tuteur, a promis [quelque chose] ».*

[1385] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 3 et 20 ; *Institutes de Justinien*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, § 3.

Extrait du livre Ier *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Celui auquel, de ses biens, il a été fait interdiction, ne peut pas nover son obligation, à moins qu'il n'ait rendu meilleure sa condition ».*

Extrait du livre LXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Nous pouvons nover nous-mêmes, si nous sommes autonomes en droit* (sui juris)*, ou par le biais d'autres qui, selon notre volonté, stipulent. 1 - Un pupille, sans l'autorité de son tuteur, ne peut pas nover ; le tuteur le peut, si cela est, pour ce pupille, avantageux ; de même, le procurateur de tous les biens ».*

« § 3. En outre, avec une novation, est supprimée l'obligation. Comme si, ce que toi, à Seius, tu dois, de Titius, tu as stipulé que ce soit donné. Car, avec l'intervention d'une nouvelle personne, naît une obligation et la première est supprimée, ayant été transférée dans la suivante, à un point tel que, parfois, bien que la seconde stipulation soit sans effet, cependant, la première, selon la droit de la novation, est supprimée, comme si ce qu'à Titius, toi, tu devais, d'un pupille sans l'autorisation de son tuteur, tu avais stipulé, dans ce cas, le bien est perdu ; car le premier débiteur est libéré et la seconde obligation est nulle. Il n'en va pas de même du droit, si, d'un esclave, quelqu'un a stipulé ; car, alors, le premier reste par conséquent obligé comme si, par la suite, de personne, il n'avait stipulé. Mais, si la personne est la même, de laquelle, par la suite, tu as stipulé, ainsi seulement, une novation est faite, s'il y a quelque chose de nouveau dans la seconde stipulation, peut-être, si une condition ou un terme ou un garant est ajouté ou retiré. Ce que nous avons dit que, si une condition était ajoutée, une novation était faite, doit être ainsi entendu de sorte qu'ainsi, nous disions que la novation a été faite s'il y a eu une condition ; autrement, si elle a fait défaut, dure la première obligation. § 3a. Mais, du fait que, certes, parmi les anciens, il était clair qu'alors, était faite une novation lorsqu'avec l'intention

§ 3. Cela est fait aussi de toutes les manières qu'une obligation est conclue et, en particulier aussi, par une action en justice [1387] ; car, par une plaidoirie, il est entendu que l'on s'oblige réciproquement de ce qui sera entendu extérieurement par un jugement [1388].

§ 4. Mais, lorsque l'on doute de la signification des contractants, ainsi, chez nous, une novation n'est pas entendue **[437]** avoir été faite [1389] ; comme par exemple quand le délai est allongé ; car, par cela, les garanties, ni les gages ne sont entendus avoir été supprimés [1390], ce qui, cependant, devrait suivre dans le cas où une novation avait été faite [1391].

---

de nover, dans une seconde obligation, on était allé, par cela, il était douteux [de savoir] quand, avec l'intention de nover, cela serait considéré être fait et d'autres introduisaient certaines présomptions dans d'autres cas ; c'est pourquoi a procédé notre constitution (C. 8, 41 (42), 8) *qui, très clairement, a déterminé qu'alors seulement, une novation était faite chaque fois qu'entre les contractants, avait été exprimé que ce qu'ils avaient, à raison de la novation de la première obligations, convenu, autrement, restait la première obligation et que la seconde, à celle-ci, s'ajoutait, afin que demeure, à partir des deux causes, l'obligation selon les déterminations de notre constitution, qu'il est permis, à partir de la lecture de celle-ci, de connaître ».*

[1386] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 2.

Extrait du livre XLVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : *« Toutes les choses peuvent passer en novation ; quoi qui, en effet, avec un échange de paroles* (verbis)*, ait été contracté ou sans échange de paroles peut être nové et passer en une obligation verbale à partir de n'importe quelle obligation, pourvu que nous sachions que la novation est ainsi faite seulement si l'on a fait en sorte que l'obligation soit novée ; du reste, si cela n'est pas fait, il y aura deux obligations ».*

[1387] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 29.

Extrait du livre XXIV des *Questions* de Paul : *« De nombreux exemples montrent que la cause de la novation volontaire est une [et qu'est] autre celle de la réception de l'action. Le privilège de la dot et de tutelle disparaît, si, après un divorce, la dot, dans une stipulation, est introduite ou qu'après la puberté, l'action de tutelle est novée, si cela a été spécialement fait ; ce que personne n'a dit, une fois commencé le débat judiciaire ; en effet, nous ne rendons pas notre cause plus mauvaise en exerçant l'action, mais meilleure, comme on le dit ordinairement pour ces actions qui, avec le temps ou par la mort, peuvent être terminées ».*

[1388] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 15, 1, 3 § 11.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 11 - De même, il écrit que le père [de famille] est aussi tenu, quant au pécule, de l'action en justice, ce qu'aussi, Marcellus pense, aussi au titre de son action, à partir de laquelle le père n'a pas pu souffrir, quant au pécule, l'action ; car, de même que, dans une stipulation, on contracte avec le fils, de même, avec une action, on contracte ; par conséquent, il pense de même que l'origine de l'action ne doit pas être examinée, mais l'obligation elle-même [qui naît] de l'action, pourquoi et si, comme défenseur, il a été condamné ».*

[1389] Voir C. 2, 3, 30 et là, les docteurs. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur les *Institutes*, III, xxix *(De quelles façons l'obligation est supprimée)*, § 3.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Au sujet d'une telle question, nous avons été interrogés lors d'un conseil impérial [pour savoir si] à deux ou plusieurs personnes, l'espoir de la succession d'autrui devrait peut-être leur être dévolu sur le fondement d'une parenté et des accords ont été conclus entre eux en faveur de la succession à venir ; il leur était spécialement déclaré que "si ce dernier était mort et que la succession leur était parvenue, on observerait certaines mesures sur cette même succession", ou bien "si peut-être à certains d'entre eux était parvenu le profit de la succession, se produiraient certains accords". L'on doutait [de savoir] si l'on devait observer des pactes de cette sorte. Cela leur faisait aussi question, parce que, celui dont on espérait la succession étant encore vivant, un accord de ce type réussissait et parce qu'ils n'ont pas été faits ainsi faits comme si la succession leur parviendrait entièrement, mais ils ont été faits sous deux conditions, [à savoir] "si ce dernier est mort" et "si sont appelés à la succession ceux qui ont fait un pacte de ce type". Mais, pour nous, tous les accords de cette sorte sont considérés comme odieux et emplis d'un dénouement très triste et dangereux ; en effet, pourquoi, quelqu'un étant vivant et l'ignorant, certains conviennent-ils de ses biens ? C'est pourquoi, nous consacrons selon les anciennes règles qu'absolument tous les pactes de cette sorte, qui sont conclus contre les bonnes mœurs, seront repoussés et que l'on n'observera rien à partir de ces accords, à moins peut-être que celui-là même, au sujet de la succession duquel on s'est accordé, ne leur ait prêté sa volonté et n'ait persévéré jusqu'à la dernière limite de sa vie ; le fait est qu'alors, une fois ôté un espoir très prématuré, il leur sera permis, celui-ci le sachant et l'ordonnant, d'observer des accords de cette sorte, ce qui n'a pas été inconnu des lois et des constitutions antérieures, bien que cela ait été plus clairement introduit par nous. Le fait est que nous ordonnons que ni les donations de tels biens, ni les hypothèques ne doivent absolument pas être reçues, ni quelque autre contrat, du fait que la manière de vivre de notre époque ne souffre pas que, sur les biens d'autrui, quelque chose soit fait ou contracté contre la volonté du propriétaire ».*

[1390] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 2, 3, 30 ; *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, part. I, cons. 213.

[1391] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 18.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Une novation ayant été légalement faite, sont libérés les hypothèques et les gages, et les intérêts ne courent pas ».*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1389 de Groenewegen van der Made**

Autrefois, à partir de présomptions et de conjectures, la novation était contractée, mais cette jurisprudence arbitraire a déplu à Justinien à une tel point qu'il a expressément statué qu'à l'avenir, la novation ne devrait pas être approuvée à partir de conjectures, mais à partir de la volonté des parties ; ce pour quoi il a été fait en sorte qu'il a rejeté aussi, quant aux usages, les claires et très pressantes présomptions et conjectures, voir Lauterbach sur D. 46, 2 *(Des novations et des délégations)*, nb 10, parce qu'autrement, cette volonté impériale n'aurait tiré aucun effet.

Cependant, Voet, avec Grotius, doute à peine de souscrire à la sentence contraire, d'une façon telle qu'il a admis les présomptions vraisemblables et pressantes à un tel point qu'à partie de celles-ci, il est clair que les parties s'étaient retirées de la première obligation et que celle-ci étaient passée dans une autre, surtout quand la seconde ne peut pas subsister avec la première obligation, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 2, nb 3. Paul van Christijnen, sur les coutumes de Malines, tit. 7, art. 16, est aussi de la même opinion.

Mais il est ici demandé si la novation sera présumée quand le créancier n'a pas seulement prolongé le terme du paiement, mais aussi, une stipulation s'étant ajoutée, il est convenu entre les contractants de procurer des intérêts plus élevés ou moindres, ou que cet acte est fait pour qu'une chose soit domméenen paiement pour une autre. Cela est refusé, voir Voet, lib. 46, tit. 2, nb 5, comme par le biais de la seule stipulation d'une pénalité ajoutée à l'autre obligation, voir de même, nb 4. La novation n'est pas admise quand un mineur, après la puberté, les comptes lui ayant été rendus, a stipulé les intérêts des reliquats, voir Voet, nb 5.

Enfin, il faut relever que la novation n'est pas faite si les contractants ont donné garantie de ne pas nover, voir Voet, nb 7.]

[**Sur la note 1390 de Groenewegen van der Made**

Cette question [de savoir] si le garant, le terme ayant été prolongé par le créancier, sera libéré de l'obligation ou non et appelée par Berlich dans ses *Conclusiones practicabiles*, part. II, concl. 25, une belle question, subtile et double. Il indique ici les diverses sentences et disticntions des auteurs. Mais la distinction que suit aussi Berlich est la suivante, [à savoir] qu'il examine si le garant se sera obligé simplement ou seulement pour un certaintemps. Dans le premier cas, il reste, ce manière efficace, obligé, même si le créancier a prorogéle terme du paiement. Dans l'autre, il est libéré par la prorogation, voir Brunemann sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)*, 7 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit. 1, nb 36 ; Huber, *Hedendaagsche rechtsgeleerdheyt (Jurisprudence contemporaine)*, liv. III, chap. 26, nb 32 ; Paul van Christijnen sur les coutumes de Malines ,tit. 7, art. 16, nb 2 et 3, et dans les additions, nb 4 ; *Bellum juridicum*, cas. 74 ; Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, cas. 64 à la fin ; Arthur van Zurk, *Codex Batavus*, au mot *Borgen* - "Garantie", § 2, note 3. Cependant, on a jugé le 11 décembre 1766 à Middelburg selon la sentence de l'auteur.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXXV. La novation, chez nous aussi, comme dans le droit romain, voir C. 8, 41 *(Des novations et des délégations)*, 8, n'est pas jugée avoir été faite à moins que l'intention de nover ne soit reconnue, comme le décide la Cour le 11 novembre 1609 dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 201 ; voyez aussi la thèse DXXII ; *Consilia Ultrajectina*, part. I, cons. 113 ; *Bellum juridicum, cas. 30*.

DCCCXXXVI. Le prolongement du terme du paiement n'est pas une novation et, à plus forte raison, il ne libère pas le garant, voir Vinnen, *Selectæ quæstiones*, lib. II, cap. 42 ; *Nerderlandsche advijsen*, part. IV, cons. 247. Une autre chose doit être dite du prolongement de l'obligation elle-même contractée pour un certain temps ; cf. la thèse D, sur quoi peut-être rapporté le *Bellum juridicum*, cas 74.]

*

Chapitre XLIV

De la délégation [1392]

§ 1. Sous cela, vient la DÉLÉGATION.

§ 2. Il y a une DÉLÉGATION *quand un débiteur est libéré en mettant un autre, qui y est volontaire, à sa place* [1393].

[**Note de Willem Schorer**

Qui y est volontaire. Selon l'auteur, le consentement est à bon droit requis dans une délégation, à un point tel qu'entre le délégant et le débiteur de celui-ci, un mandat intervient ; c'est pourquoi il n'y aura pas de délégation, si le débiteur cède au créancier son action contre son débiteur, parce que la cession de l'obligation peut aussi être faite contre le gré de débiteur de cédant, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 46, tit.2, nb 12.

L'effet de la délégation et de la novation est le même, à savoir que la première obligation est supprimée ; mieux, la délégation tire son effet, bien que le débiteur délégué ne soit pas solvable, à moins que le dol du délégant ne puisse être prouvé, voir Voet, lib. 46, tit . 2, nb 13.

En outre, il faut relever que l'exception qui se présente au débiteur contre le délégant ne peut pas être à bon droit opposée à celui auquel la délégation a été faite, si vous exceptez la seule exception de solennité ou du sénatus-cpànsulte Velléien, non celle du sénatus-consulte Macédonien, voir Voet, lib. 46, tit. 2, nb 14. En effet, le délégué obtient le fait qu'il s'imputera qu'il aura voulu que la première obligation soit éteinte et soit clairement reportée sur une autre, voir Lauterbach sur D. 46, 2 *(Des novations et des délégations)*, nb dernier.]

§ 3. Nous disons *qui est volontaire* :car, bien que l'on puisse bien vendre une dette contre la volonté du débiteur [1394], ainsi, on ne peut contraindre personne de faire un paiement à un autre que celui avec lequel il n'a pas contracté [1395].

§ 4. Chez nous une délégation n'est jamais entendue être faite, à moins qu'il apparaisse clairement qu'il y a eu la volonté que le premier débiteur serait libéré [1396].

§ 5. Et pour cela, une assignation, étant déjà reçue, ne comporte aucune délégation [1397].

[1392] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2 *(Des novations et des délégations)* ; C. 2, 4 *(Des novations et des délégations).*

[1393] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 11 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 8. Voyez de plus *Codex Fabrianus*, liv. VIII, tit. 29, defin. 2.

Extrait du livre XXVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Déléguer, c'est, à sa place, donner un autre débiteur au créancier ou à celui auquel on l'a ordonné. 1 - Mais la délégation est faite par le biais d'une stipulation ou pendant le début du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio) *».*

[1394] (Note de Groenewegen) Voir en argument tout le titre de D. 18, 4 *(De la vente d'une succession ou d'une action)* et de C. 4, 39 *(De la vente d'une succession et d'une action).*

Pour le Digeste, ce titre comprend 25 extraits et pour le Code, 9 constitutions.

[1395] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 41 (42), 1 et ici, Bartole ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 46, 2 *(Des novations et des délégations)*, nb 9.

Constitution d'Alexandre adressée à Quintinus et Timotheus, donnée en 223 : *« La délégation d'une dette, si ce n'est le stipulant y consentant et le débiteur le promettant , l'également, ne peut pas être faite ; mais la vente d'un titre [de dette], l'ignorant ou contre son gré celui contre lequel les actions confiées, est ordinairement contractée ».*

[1396] (Note de Groenewegen) Voir C. 8, 41 (42), 8 aux mots *aliam personam*. Voyez de plus le précédent chapitre XLIII, note 7.

Constitution de Justinien adressée au Sénat et donnée en 530 : *« Corrigeant les coupables replis des novations et supprimant les ambiguïtés de l'ancien droit, nous consacrons que, si quelqu'un ou bien a employé une autre personne, ou bien l'a changée, ou bien a reçu un gage, ou a cru que cela devait accroître ou diminuer le montant, ou bien a jouté une condition ou un délai, ou bien les a retirés, ou bien a reçu une caution moindre ou fait quelque chose par lesquels les fondateurs de l'ancien droit introduisaient des novations, on n'innove absolument en rien à la protection du premier, mais que l'on s'en tienne aux choses antérieures et que l'on accède pour les postérieures à ce qui les a développées, de sorte qu'eux-mêmes ne remettent point du moins particulièrement la première obligation et qu'ils aient déclaré ce qu'ils aient choisi plus la seconde devant ce qui est antérieur ; et, de façon générale, nous établissons que l'on doit faire novation seulement par la volonté, non par la loi ; et, si cela n'était pas exprimés en des termes [clairs] que la cause continuerait sans novation (ce que les Grecs appellent par une expression commune* ανευ καινοτητος,- *i.e.* sans nouveauté -*, nous voulons en effet que cela soit présent dans les affaires naturelles et que cela ne survienne pas de termes de l'extérieur ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXXVII. L'assignation, bien qu'acceptée par le débiteur de l'assignant, n'est pas un paiement et, reçue par le créancier consentant, n'a pas la force d'une novation ou d'une délégation, voir Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ deicsiones*, decis. 38 ; Schrassert, *Observationes practicæ*, obs. 420, à moins qu'au titre d'une dation en paiement ou de la vente de l'action, elle ne soit prouvée avoir été reçue ; cf. les coutumes d'Anvers, tit. 64 *(Des paiements, des preuves, des compensations et des délégations)*, art. 1 et 2.]

*

Chapitre XLV
De l'assignation et en particulier des lettres de change [1398]

§ 1. Une ASSIGNATION est faite *quand un débiteur demande à son créancier de faire un paiement à raison de soi* [1399].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXXXVIII. Quoiqu'en général, dans l'assignation, se voit demander de payer celui qui est le débiteur de l'assignant, cependant, rien n'empêche et, non au débiteur, mais à l'assignant qui va faire foi, la confection du paiement soit donnée en mandat. Cf. Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 3, § 20.

DCCCXXXIX. À partir de la définition de la lettre de change qu'a donnée Grotius, liv. III, chap. XIII, § 1, avec cette définition de l'assignation, Lybrechts, *Beredeneerend verloog over't notarisambt*, part. II,cap. 39, § 3 joint au chap. 38 au début, semble conclure qu'un *ordre* intervient dans la lettre de change, dans l'assignation, une *demande* ; ce qui n'a pas pu venir à l'esprit de Gerotius qui n'ignore pas la doctrine de D. 17, 1 *(De l'action de mandat et de l'action en sens contraire)*, 1 § 2.

DCCCXL. Une autre différence ne doit pas plus être approuvé, [à savoir] que, dans les lettres de change, quatre personnes interviennent ou sont imaginées être intervenues, dans l'assignation, seulement trois, voir Reitz sur Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 3, § 21 dans la note 42. Cela même n'est pas perpétuel, non moins que, pour cette raison qu'il y aurait trois personnes seulement, le paiement du crédit peut être confié par le biais d'une lettre de change que par une assignation.

DCCCXLI. La principale différence est que, dans le change, deux affaires sont faites, voir la thèse DLXXV, un achat-vente entre l'émetteur et le tireur, voir la thèse DLXXVI ; pour cette raison, dans la lettre de change, sont employés des termes avec lesquels la valeur reçue est reconnue, voir la thèse DXCVIII, et un mandat de payer l'argent entre le tireur et le tiré, voir la thèse DXCVI, alors qu'au contraire, dans l'assignation, intervient un simple mandat de payer l'argent à l'assignataire ; voir Savary, *Le parfait négociant*, t. II, parère 47, p. 375.

DCCCXLII. En général, une autre différente s'y ajoute, le fait qu'il est ordinairement fait dans une lettre de change, ou à partir de certaines lois, il doit être fait mention du change, une chose qui, à Amsterdam aussi, semble produire un droit différent entre celle-ci et la simple assignation pour ce qui regarde la lettre de change donnée en Hollande et qui doit être payée

---

[1397] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 21 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 38, ; coutumes d'Anvers, tit. 64 *(Des paiements, de lap^reuve, de lacompensation et reconvention)*, art. 2 ; Pyrrhus Mauritius, *De solutionum obatione et retentione* cap. 6, nb 7 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 10, defin. 10, nb 9 ; Gail, *Practicarum observationum … Libri duo*, liv. II, obs. 30, nb 8 ; Stracca, *De adjecto*, quæst. 14, nb 2.

Extrait du livre I[er] *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Si je t'ai ordonné que tu paies mon débiteur, immédiatement, toi aussi, en stipulant, tu ne pourras pas nover, bien que le débiteur, en te payant, soit libéré ».*

[1398] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change).*

[1399] (Note de Groenewegen) Voir D. 46, 2, 21.

Extrait du livre I[er] *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Si je t'ai ordonné que tu paies mon débiteur, immédiatement, toi aussi, en stipulant, tu ne pourras pas nover, bien que le débiteur, en te payant, soit libéré ».*

dans cette ville (même si, pour autant que cela touche le procès du change, à partir de la loi du 26 janvier 1679, art. 8, on n'en use pas dans le droit du change, voir la thèse DXCVII).

DCCCXLIII. Il n'y a pas de véritable change, à moins que les lettres n'aient été rédigées dans une place et ne doivent être payées dans une autre, voir la thèse DXCVII, ce qui n'est pas requis dans l'assignation. Semblablement, dans celles-ci, l'époque du paiement est inscrite, voir les thèses DLXXIV et DCV, pas toujours dans l'assignation.

DCCCXLIV. Ces affaires sont différentes dans leur effet. Car la lettre de change ne peut pas être révoquée de façon régulière, voir les thèses DLXXIX et suivante ; l'assignation le peut, à moins qu'un achat ne soit intervenu avec le paiement de la valeur.

DCCCXLV. À partir d'une lettre de change, naît le procès du change, à partir de l'assignation, [naît] une action ordinaire, comme celle du paiement de l'assignation.

DCCCXLVI. La lettre de change n'ayant pas été payée, le tireur est tenu semblablement dans le procès du change, non de même, l'assignant, le paiement de l'assignation n'ayant pas été fait.

DCCCXLVII. La lettre de change n'ayant pas été payée à la date inscrite, un protêt solennel doit être fait par le tireur, qui n'est pas requis dans l'assignation, bien que l'assignant doive être assuré de la non réalisation du paiement. La date n'ayant pas été inscrite dans l'assignation, l'action de paiement peut être différée. Cependant, dans les quittances qui sont écrites pour les banquiers (*quittances pour caissiers)* ; il appartient au droit d'Amsterdam qu'ayant été entreprises par le créancier lui-même dans les trois jours, celles qui ont été livrées dans les trois jours doivent être demandées ou que la foi soit jugée avoir été tenue par ce banquier qui les tient, voir la loi du 20 janvier 1776 dans la *Tweede vervolg der handvesten*, p.83.

DCCCXLVIII. Celui auquel l'assignation, le jour du paiement n'ayant pas été ajouté, a été livrée, doit se garantir qu'avec un retard immodéré, il ne néglige pas le paiement à lui remis en mandat, du fait qu'atrement, à partir de la nature du mandat, il est encore plus tenu de réparer le dommage que le tireur du change pour lequel une date incertaine a été ajoutée, voir la thèse DLXXXII.

DCCCXLIX. L'assigné ne peut en acune façon être contraint d'accepter l'assignation, bien que le terme de la dette il s'est vu demander de payer n'ait pas seulement cessé, mais aussi soit arrivé.

DCCCL. Bien que l'assignation, comme la lettre de change, puisse être endossée, il y a cpendant cette différence, [à savoir] que le second endosseur, le paiement ne lui ayant pas été fait, a seulement un recours contre celui qui le précède immédiatement, non comme dans le change, contre n'importe quel premier [endosseur], voir la thèse DXCII ; Verwer, *Van bodemerye,* dans les notes, pour moi p. 188 ; Reitz sur Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 3, § 21, note 42, nb 10, p. 120, et p. 125, note 48 à la fin.

DCCCLI. C'est à peine que l'on puisse approuver encore l'autre différence que livre Reitz sur Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 3, § 21, note 42, nb 11, p. 120 et p. 128, que les assignations peuvent être bloquées avec un arrêt, la lettre de change ne le peut pas ; cat, à Amsterdam , certes, dans la loi du 24 janvier 1651, confirmée le 31 janvier 1656, voir chez Phoonsen, *Wisselstijl*, dans l'appendice, p. 9, voir les *Handvesten van Amsterdam*, p. 542 et 543, il a seulement été interdit de détenir les lettres de change protestées avec un arrêt, en premier lieu, chez un notaire ; sur cette loi, cf. Phoonsen, chap. 19, nb 11, dans la note. L'autre interdiction ne se rencontre pas dans les lois de Hollande portées sur cette affaire. Bien qu'il soit considéré mal avisé de circonscrire ainsi l'arrêt, afin qu'un préjudice ne puisse pas être porté à la lettre de change et pour que cet argent qui doit être payé à la faveur de celle-ci reste plutôt sous arrêt plutôt. Il ne semble pas devoir être distingué si elle doit être payée sur dans un comptoir public ou au domicile, bien que l'argent lui-même, sur l'étal public, ou le droit d'en disposer ne puisse pas être bloqué avec l'arrêt, voir la loi d'Amsterdam du 31 décembre 1670 ; cf. sur ce point, Reitz sur Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 3, § 21, note 53 à la fin.]

§ 2. Semblablement, les lettres de change (dont il a été parlé ci-dessus [1400]) n'ont aucun effet de délégation [1401].

[1400] (Note de Groenewegen) Voir le chapitre XIII dans ce livre.

[1401] (Note de Groenewegen) Voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 12 ; *Decisiones Rotæ Genuensis*, decis. 1, nb 3-6.

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLII. L'assignation et la lettre de change s'accordent en ce que, par elles-mêmes, elles n'ont pas la foirce d'une délégation et que le rédacteur n'est pas libéré si ce n'est le paiement ayant été fait, voir Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 50, art. 3 ; Dupuis, *L'éryt des lettres de change*, chap. 11, p. 38-39.]

§ 3. Mais le porteur de la lettre de change ou son fondé de pouvoir, ainsi quand cette même lettre de change est refusée, est immédiatement tenu ou, dans les trois jours par la suite, d'en faire le protêt [1402].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLIII. Celui qui tient la lettre de change, que ce soit l'émetteur, le porteur, l'endosseur ou un autre, auquel il a été donné mandat, si elle ne détermine pas une période de paiement certaine et que cela, par exemple, dépend du moment dans lequel elle a été vue, doit offrir au tireur de l'accepter en son temps ; cependant, le temps dans lequel elle doit être présentée, n'a pas été statué dans nos lois, voir Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 10, nb 21 et 22. Dans une lettre de cette sorte pour le paiement de laquelle une date certaine a été fixée, cette offre de l'accepter, est utile certes, mais pas nécessaire, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 6, nb 4 et 5 ; Savary, *Le parfait négociant*, t. I, première partie, liv. III, chap. 5, p. 149 ; Reitz sur Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 4, § 26, p. 187. Il a été répondu dans les *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 34, que cela semblait regarder de telles lettres ; voyez aussi la *Verzameling van casus- positien*, cas. 15, p. 132 et suivantes.

DCCCLIV. L'acceptation ayant été refusée, dans les trois jours, un protêt doit être fait non seulement pour les lettres de change dans lesquelles une date certaine n'a pas été ajoutée, mais aussi pour celles dans lesquelles elle a été ajoutée, du fait qu'ici, les lois ne font pas de distinction, voir Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 50, art. 4. [Savoir] si, dans ce cas, quant au paiement non fait par la suite, de nouveau, un protêt devra être fait semble dépendre de l'espèce variée des facteurs, voir Phoonsen, *Wisselstijl*, tout le chap. 13, principalement les nb 4 et 8 ; Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 7, nb 7 ; les thèses DCCCLXI et DCCCLXII ci-dessous ; cf. *Advijsen over den koophandel*, part.II, cons. 33.]

§ 4. Et, dans le cas où la lettre de change circule bien, mais n'est pas satisfaite au jour de sa production, il est tenu d'en faire faire le protêt dans les huit ou quatorze jours ou, autrement, dans un court délai d'après la circonstance des choses [1403].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1403 de Groenewegen van der Made**

L'auteur a déjà enseigné ci-dessus dans le chapitre XIII, dans le § 6, que n'importe qui est astreint à accepter le change ou à refuser le paiement. [Pour savoir] comment l'acceptation sera faite, voyez Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 10, nb 12.

Cependant, le contrat de change est privé d'effet après l'acceptation , si l'acceptant, le joàur du paiement arrivant, est en retard ou le mandant, la chose étant encore entière, révoquel le mandat, voit Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 6.

Qu'en est-il si le mandataire délibère [pour savoir] s'il voulait accepter le change ou non et que, la délibération étant en suspens, la mauvaise réputation du mandat intervient ? Dans ce cas, le change est tenu de livrer le paiement à qui le presse, pourqu'il soit clair [de savoir] s'il l'aura accepté ou refusé, voir Phoonsen, chap. 10, nb16. C'est pourquoi agira avec plus de précaution celui qui pressera une acceptation simple et illimitée, car, quoi qu'il fasse à l'insu du mandant, il le fait à son risque, voir Phoonsen, chap. 10, nb 29, et chap. 11, nb 9. Il n'est pas contraint, en

[1402] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 8.

(Note du traducteur) C'est Grotius lui-même qui indique en latin dans la marge le sens qu'il faut donner au mot néerlandais *kennisse* qui signifie plus généralement "connaissance". On aurait donc pu aussi traduire ce mêm terme par "en donner connaissance".

[1403] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 9.

effet, de devoir se contenter d'une acceptation conditionnelle, voir l'avisé Reitz sur Heinecke, *Elementa juris cambialis*, cap. 3, § 12, note 18, p.54.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLV. L'acceptation du paiement ayant été faite, si le paiement lui-même ne s'est pas ensuivi le jour étant arrivé, non certes, ce jour qui est en entier l'aissé au jugment du débiteur, voir les *Institutes*, III, xv, § 2, mais le suivant, un protêt êut être fait quant au paiement non fait, voir les statuts d'Amsterdam du 6 février 1663 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 544 ; La loi de Rotterdam du 24 août 1720, art. 8, chez Reitz sur Heinecke, dans l'appendice, p. 630, et la loi de Middelburg du 24 mars 1736, art. 7, ici même, p. 624. Il est cependant généralement d'usage et plus sûr que celui-ci ne soit pas fait avant le quatrième jour du répit que le titeur ne perde pas les dépenses faites en vain pour lui, voir la thèse DCXXVII ou, le paiement ayant été encore offert avant cela, ne soit pas autrement versé dans un dommage. Assurément, le jour même arrivant, le protêt fait est sans effet, voir *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 44 ; Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 7, nb 3 et maxime 1, p. 26 et 27, à moins qu'avant cette date, l'acceptant n'ai cessé d'être solvable, voir *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 38, p. 143 et suivantes, cons. 43, p. 166, cons. 44, p. 171, et cons. 45, p. 176 et suivantes.

DCCCLVI. Le délai dans lequel le protêt doit être fait, selon le droit récent, étant employée la distinction entre les lettres dechange écrites ici et à payer à l'étranger, a été déterminé d'une façon telle que, pour les premières, certes, le protêt doive être fait selon lle droit de la place où elles doivent être payées ; quant à cette affaire, Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 14, nb 14 et suoivants, tient plusieurs choses ; mais pour les secondes, dans les six jours continus après le jour du paiement, voir la loi d'Amsterdam du 31 juillet 1660, art.1 et 2, dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 543 ; la loi de Rotterdam, art. 7 et 8 ; la loi de Middelburg, art. 2 et 3. Cependant, si les lettres de change doivent être payées dans un comptoir public et que celle-ci a été fermée dans les six jours courants, le protêt doit être fait au plus dans les trois jours après l'ouverture de l'étal, voir ladite loi d'Amsterdam de 1660, art. 2 ; la loi du 6 février 1663, art. 2 et 3 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p.544 ; et la loi du 26 janvier 1679, art. 4, ici même, p. 545 ; ce qui a aussi été étendu à ces lettres qui, l'entier délai de six jours n'étant pas encore écoulé, pourvu que le comptoir soit ouvert, auraient pu être payées le cinquième ou le sixième jour, voir la loi du 31 janvier 1764 à la fin, dans la *Tweede vervolg der handvesten*, p. 81.]

§ 5. S'il ne faisait pas une telle chose, il perdrait ainsi son recours contre le tireur de la lettre de change [1404].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLVII. Le protêt n'ayant pas été fait dans ce délai, le porteur perd le recours contre le tireur et les endosseurs qui a été spécialement disposé à Amsterdam le 29 mars 1661, voir les *Handvesten van Amsterdam*, nb 5, p. 543. Mais ce protêt est nécessaire aussi dans les changes endossés sur lui-même écrits par le tireur, si le porteur voulait aussi avoir un recours contre les endosseurs, voir Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 17, nb 13 ; *Verzameling van casus-positien*, cas. 9, p. 92 et suivantes.

DCCCLVIII. Ce protêt quant à un paiement non fait, pour ce qui touche le tireur, n'est pas nécessaire si ce n'est clairement pas de son intérêt, par exemple s'il n'a pas tiré les lettres sur le débiteur ou du moins, s'il n'a pas eu l'argent d'où le tiré paiera dans les mains de celui-ci au terme fixé, voir les *Hollandsche consultatien*, part. III, 1er st., cons. 59, part. VI, cons. 37 ; Phoonsen, *Wisselstijl*, chap.17, nb 12 dans la note ; Savary, *Le parfait négociant*, t. I, 1ère partie, liv. III, chap. 6, p. 160-161, et chap. 10, p. 248. Mais, si le tiré était débiteur du tireur et le porteur, s'étant trompé avec une erreur d'un jour, n'a pas protesté dans le délai légal, il a été à bon droit répondu que le titeur était libéré, bien que, peut-être, on n'ait pas pu prouver qu'il avait ressenti un dommage à partir d'un protêt plus tardif, voir *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 11. D'autres sont en désaccord, voir ici même, les cons. 9 et 10.]

[1404] (Note de Groenewegen) Voir ledit art. 9, [tit. 55 *(Des lettres de change)* des coutumes d'Anvers].

§ 6. Cependant, dans le cas où duquel il tient la lettre de change refusait ouvertement le paiement, ou à raison de son insolvabilité, était en fuite ou se cachait, ou autrement, était reconnu pour insolvable, dans un tel cas, une protestation devrait en être faite immédiatement ou dans les trois jours [1405].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLIX. Celui qui a accepté ayant refusé de payer, s'étant caché ou étant publiquement tenu pour être non approprié à un paiement, le protêt, comme dans l'ancien droit, doit être fait dans le nouveau, d'après la loi d'Amsterdam de 1660, art. 2, dans les trois jours à partir de l'attestation du 17 mars 1663, dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 544.]

§ 7. De cela, le porteur de la lettre de change ne peut faire avec lui aucun accord avec lui, mais il doit seulement l'exhorter au paiement [1406].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLX. Bien que le porteur ne puisse conclure aucune convention quant à l'accord d'un retard ou à la remise d'une partie de la dette avec l'acceptant, le délai du répit étant en suspens (voir les coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 10 ; Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 50, art. 7 ; Savary, t. I, 1ère partie, liv. III, chap. 6, p. 161), ne se voit cependant pas interdire de recevoir une partie de la dette, allant protester du non-paiement du reste, voyez Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 17, nb 19 et 20 ; *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 35. Mieux, après ce répit, il ne peut pas stipuler ou arriver à la convention des autres, à moins qu'il ne l'annonce à tous ceux dont c'est l'intérêt, le tireur, l'émetteur et les endosseurs antérieurs, et ne conserve tout son droit dans cet accord même, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 16, rmaximes 4 et 5, p. 86.]

[439] § 8. Et, dans tous les cas, il est tenu de renvoyer la lettre de change avec la protestation au tireur et le lui faire savoir à la première occasion [1407].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1407 de Groenewegen van der Made**

Chaque fois que le mandataire refuse d'accepter la lettre de change, celui qui demande le paiement est tenu d'interposer un protêt, à partir de la coutume, dans les trois jours depuis le refus de l'acceptation, qui doit être fait quant au dommage et à ce qui est d'intérêt ; du fait que, celui-ci ayant été négligé, il est privé d'un recours contre celui qui confie le paiement, à moins que ce ne soit pas de l'intérêt du mandant que le protêt n'ait pas été fait dans les trois jours, pourvu que le mandant ne soit le créancier du mandataire, par conséquent, si le mandataire a reçu le change, il n'aura pas le mandant obligé envers lui, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 6.

Si le paiement du change offert est promis en son temps par le mandataire, mais que, le jour du paiement étant arrivé, il est en retard, la nécessité de remettre au mandant l'interposition d'un semblable protêt incombe à celui qui le produit ; autrement, à celui qui sera privé de tout recours contre le mandant ; de la même façon, comme si l'acceptation avait été refusée, ainsi cependant, de sorte que le protêt ne soit pas si catégoriquement restreint à trois jours, pourvu qu'il soit fait dans les huit ou dix jours, et chez les Anversois, dans les quatorze jours, à moins que le mandataire ne refuse clairement le paiement, n'échoit au tribunal ou ne se cache ; en effet, dans ce cas, il faut tout à fait observer le délai de trois jours, voir Voet, lib. 22, tit. 2, nb 7.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXI. Les protêts quant à la non acceptation ou au non paiement des lettres de change, doivent être transmis à la première occasion à celui de qui le porteur a reçu la lettre, ou,

---

[1405] (Note de Groenewegen) Voir ledit art. 9, [tit. 55 *(Des lettres de change)*des coutumes d'Anvers].

[1406] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 10.

[1407] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dites coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 11.

cependant, celui-ci ayant été averti, directement au tireur, voir les statuts d'Anvers, tit. 55 *(Des lettr(es de change)*, art.11 ; Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap. 50, art. 8 ; Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 19, nb 3, 4 et 5. Mais [savoir] quand la lettre de change elle-même devra être émise et s'il sera peut-être plus sûr de la transmettre à un certain ami ne peut pas être compris dans une seule détermination. Cependant, si un protêt quant à la non-acceptation de la lettre de change a été fait, il peut être plus utile et parfois nécessaire de ne pas transmettre la lettre, afin que, la date du paiement étant arrivée, elles puissent être de nouveau présentées et que, le paiement ne s'en étant pas ensuivi, un nouveau protêt soit fait ; ce qui doit être jugé à partir de l'espèce même des faits, cf. ci-dessus la thèse DCCCLIV et Phoonsen, dans l'endroit cité plus haut ; voyez Savary, t. I, 1ère partie, liv. II,chap. 6, p. 161.]

§ 9. Le porteur de la lettre de change peut, avant que le délai de la protestation soit écoulé, en trouvant quelque difficulté, faire en sorte que le tireur mette une garantie pour le capital avec les frais de change et de rechange si un défaut de paiement pouvait arriver [1408].

[**Note de Willem Schorer**
L'auteur enseigne ici que, le paiement ayant été différé, dans l'intervalle, celui auquel le change doit être payé demande à bon droit une garantie ; cependant, il a été répondu autrement dans la Belgique autrichienne les 2 janvier et 11 décembre 1717, voir *Précis du droit Blelgique*, p. 157. Toutefois, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, suit la sentence de l'auteur, si un soupçon subsiste. Reitz, dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap. 3, § 3, note 2, signale que le droit des changes a été privilégié à Amsterdam et à Rotterdam.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCCLXII. Le protêt quant au non paiement de la lettre de change ayant été fait, l'émetteur lui-même, du tireur, le porteur aussi, de l'émetteur ou du tireur, ou enfin, les derniers endosseurs aussi, des premiers, demandent à bon droit une garantie et une autre sécurité quant au paiement de la somme dite dans la lettre, avec l'argument du prix du change et du rechange, si, peut-être, la lettre de change revient par la suite avec un protêt de paiement non fait, voir les statuts d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 2 ; Savary, *Le parfait négociant*, t. I, 1ère partie, liv. III, chap. 6, p. 161 ; Phoonsen, *Wisselstijl*, chap.13, § 7 et suivant. Dans les mêmes statuts, un second cas est aussi tenu, dans lequel une sembable garantie peut être demandée, à savoir quand, après l'acceptation faite, la date étant arrivée, le paiement n'est pas fait et que les jours de répit ne sont pas encore passés. Car, ceux-ci étant passés, si, certes, le protêt a été fait selon les règles, le porteur peut demander de plein droit une indemnité ou, s'il n'a pas été fait, il est destitué de tout droit contre les endosseurs et le tireur,voir ci-dessus la thèse DCCCLVII ; voyez aussi les thèses DLXXIX et DLXXXV.]

§ 10. La lettre, par lui dont celui-ci la tient, étant acceptée, l'acceptant devient ainsi bien un débiteur par le biais de sa promesse [1409], mais le tireur de la lettre de change n'est pas

---

[1408] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant titre 55 *(Des lettres de change)* [des coutumes d'Anvers], art. 2. Voir en argument D. 5, 1, 41.

Extrait du livre XI des *Questions* de Papinien : *« Dans toutes les actions de bonne foi, quand le terme du paiement de l'argent n'est pas encore arrivé, si quelqu'un agit en justice pour interposer une caution, à partir d'une juste cause, la condamnation est faite ».*

[1409] (Note de Groenewegen) *Decisiones Rotæ Genuensis*, decis. 104, nb 6. Voir en argument D. 2, 14, 1 et C. 2, 3, 5.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« La justice de cet Édit est naturelle. Qu'y a-t-il de si approprié à la foi humaine que ces choses que les hommes ont décidé d'observer entre eux ? 1 - Le pacte est dérivé de l'accord (d'où vient aussi l'appellation de paix) 2 - et un accord de deux personnes ou de plusieurs, est un agrément et un consentement. 3 - Le terme général de convention est ce qui se rapporte à toutes choses dont ont consenti pour contracter et transiger des affaires ceux qui agissent entre eux ; car, de même que sont dits se rassembler* (convenire) *ceux qui viennent de diverses places en une seule, de même consentent ceux qui, animés de différents motifs, en viennent à un seul, c'est-à-dire qu'ils en viennent à une seule décision. L'appellation de convention est à ce point générale que Pedius dit élégamment qu'il n'y a ni contrat, ni obligation, qui n'aient en eux une convention, qu'ils soient conclus à partir de la remise d'un bien* (re) *ou par des paroles* (verbis) *; car une stipulation qui*

libéré par cela [1410] ; mais le porteur peut, après avoir pris une protestation comme ci-devant [1411], tâcher de trouver son recours sur le tireur, lequel, la lettre de change lui ayant été montrée avec le ci-devant dit protêt, est tenu de la satisfaire avec les frais, dommages et les manques ou au moins, faire un paiement provisionnel sous une bonne sécurité [1412].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1409 et 1410 de Groenewegen van der Made**

Celui auquel le paiement est dû a comme obligés envers lui le mandant et le mandataire et il peut choisir lequel il voulait citer à comparaître ; s'il a choisi l'un quelconque, ne se présente pas à lui le bénéfice du rang pour examiner d'abord l'un, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 12 ; ainsi cependant, de sorte qu'après l'acceptation de la lettre, le mandataire devienne le débiteur principal, voir Jacques Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 8, nb 1, à un point tel qu'il reste obligé jusqu'au paiement, ainsi, de sorte qu'aucune négligence ou écoulement de temps ne lui soit utile et, au regard du mandant lui-même, il est plus strictement obligé, voir Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 10, nb 20. La raison en est que le mandataire, au regard du mandant, est considéré avoir contracté une action de mandat, mais, au regard de l'accepptant, une certaine sorte de garantie, voir de Munk, *Dissetratio juridica*, p. 71, à un tel point qu'une telle personne, bien qu'acceptant taciltement la lettre, est présumée avoir approuvé tout ce qui est contenu dans celle-ci, voir Berlich, *Conslusiones practicabiles*, lib. I, concl. 36, nb 52.

Si un procès est soulevé sur le change, pour le décider, la loi de la place vers laquelle la lettre de change a été envoyée doit être observée, voir Phoonsen, chap.14, nb 3 ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 22, tit. 2, nb 10.

Du reste, il faut relever que les lettres de change, ou le protêt, ne sont pas à bon droit présentées ou arrêtées, à moins que celui qui les a acceptées ne les détiennent lui-même avec l'arrêt et ne prouve en même temps que le montant des espèces [monétaires] compris dans le change a été transcrit par le banquier (communément *le teneur du registre de la banque de change*) dans les comptes de celui auquel le paiement doit être fait, voir Roseboom, *Costumen van Amsterdam*, chap.50, art. 22, 23, 24 et 28.

En outre, il faut faire attention à ce que le contrat de change ne soit pas du genre des choses interdites ; par conséquent, il est permis à n'importe qui d'exercer l'art du change, même aux *Juifs*, pourvu qu'ils n'usent pas du caractère rabbinique, ce qui a été interdit sous peine de nullité, voir Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, chap.5, § 16. Mais les clercs, les interprètes de l'Ecriture sainte, les maîtres de jeu, de même les courtiers se le voient spécialement interdire, voir de Munk, *Dissertatio juridica*, p. 92 ; Heinecke, chap.5, § 13, p. 134.

Enfin, il faut observer que chacun, en souscrivant unelettre de change, sera tenu pour le tout sans aucune autre stipulation et ainsi l'a jugé la Cour de Flandre en 1678, voir *Précis du droit Belgique*, p. 156, à un tel point qu'il ne jouit pas du bénéfice de rang ni de partage, comme [le dit] le savant Reitz dans ses notes sur Heinecke, *Grondbeginselen van het wisselrecht*, note 27, p. 97.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

---

se fait par des paroles (verbis) *est nulle, s'il n'y a pas de consentement. 4 - Mais un grand nombre de conventions est fait sous une autre appellation, comme pour l'achat, le louage, le gage ou la stipulation ».*

Constitution d'Antonin adressée à Demagoras et donnée en 213 : *« À ton créancier, si tu as payé une partie de l'argent, mais que, quant à la réclamation de cette partie, entre toi et lui, on n'a pas convenu à raison des causes et des affaires défendues avec ton patronage et ta foi, de cette obligation, en partie selon le droit civil, en partie selon le droit honoraire, tu es libéré. Car l'exception de pacte convenu ou de dol repousse la réclamation du reste, alors que ce qui a été payé, par ignorance, pouvait être répété ».*

[1410] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 8, 42, 23 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 12 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 38 ; *Decisiones Rotæ Genuensis*, decis. 1, nb 6-21, et decis. 4, nb 8 ; coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*, art. 2-3, et tit. 64, art. 2.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Vatius et donnée en 294 : *« Si, en considération de la lettre d'Auxamo qu'à Aristo, quant à te payer l'argent, il avait donnée, tu as écrit avoir reçu la dette d'Aristo, le mandat n'ayant pas été accompli, du fait que la réclamation de la dette reste entière, il ne peut en rien empêcher une réclamation légale ».*

[1411] (Note de l'éditeur) Voir le § 3 [de ce chapitre].

[1412] (Note de Groenewegen) Voir [les coutumes d'Anvers, tit. 55 *(Des lettres de change)*], le ci-devant art. 3.

DCCCLXIII. À partir de l'acceptation de la lettre de change, le tiré est obligé à tout ce qui est de l'intérêt du tireur, voir la thèse DXC, de l'émetteur, du porteur et des endosseurs, voir la thèse DXCI, et certes, du procès du change, voir la thèse DCXXIV. Cependant, la nature de la chose ne souffre pas qu'il ait lui-même un recours contre les endosseurs, voyez le témoignage des gens d'Amsterdam du 27 février 1662 dans les *Handvesten van Amsterdam*, p. 544.

DCCCLXIV. N'étant pas solvable celui qui a accepté la lettre de change, l'émetteur, comme aussi le porteur ou les endosseurs, le protêt ayant été fait selon les règles, ont un recours contre le titeur. Mais celui-ci, si, avec le mandat d'autrui, il a donné la lettre de change, aura cet autre obligé envers lui avec l'action de mandat en sens contraire. D'où, les jurisconsultes et les marchands ont répondu le 29 juillet 1788, voir *Verzameling van casus-positien*, cas. 6, que le tireur, les tiré qui a accepté et le mandant, ont chacun comme obligés envers eux pour le tout.

DCCCLXV. Le second endosseur aussi qui tient la lettre peut citer en justice les premiers endosseurs et n'a pas besoin de faire d'abord valoir en justice son droit contre le tireur ou, si la lettre avait été déjà acceptée, après un protêt fait selon les règles pour son non-paiement contre l'acceptant, de faire d'abord un autre protêt contre le tireur, voir la loi d'Amsterdam du 31 janvier 1764. Mais il peut citer en justice celui de plusieurs endosseurs qu'il voulait, voir la thèse DXCII.

DCCCLXVI. Cependant, si l'endosseur, avec le mandat d'un autre marchand, a acheté une lettre de change déjà rédigée qu'il croyait de bonne foi en en employant la diligence due, appropriées et s'est préoccupé, en en payant la valeur, qu'elle soit pour lui endossée, mais que lui-même, avec son mandat, celui-ci l'a endossée en troisième, il peut, certes, être cité en justice par ce troisième [endosseur], voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 16, nb 11, mais non par le mandant pour lequel il avait immédiatement la propriété de la lettre, comme il a été répondu par les jurisconsultes le 26 août 1788 et confirmé par plusieurs marchands le 29 août 1788, voir *Verszameling van casus-positien*, cas. 7. Ce que d'autres limitent cependant, s'il a reçu un salaire pour son service, dans les *Advijsen over den koophandel*, art. II, cons. 41, mais, comme il me semble, à moins bon droit, cf. la thèse DLXX.

DCCCLXVII. Le tireur qui, la valeur ayant été acceptée a remis avec un dol la lettre de change à celui qu'il savait ne pas être ici trouvé ou que cette lettre ne serait pas payée, est non seulement tenu du capital, du prix du change et du rechange et de tout dommage restant, mais, à raison de l'usage de l'argent d'autrui, est obligé à plus. D'où, de façon générale, il a été établi à Amsterdam le 26 janvier 1679, art. 2, que le tireur, si la lettre de change n'a pas été acceptée ou payée, paierait à l'émetteur 4 % des espèces, voir les *Handvesten*, p. 545 ; la même chose a agréé à Middelburg le 20 mars 1736, art. 8, chez Reitz dans l'appendice, p. 625. À Rotterdam, 4 % d'intérêts doivent être payés, voir la loi du 24 août 1724, art. 16, ici même p. 632.

DCCCLXVIII. Si la lettre de change est passée à travers diverses places et que le porteur a voulu recouvrer le rechange du tireur, de façon régulière, il doit tirer directement la lettre de rechange à la place d'où la première a été émise, voir Savary, *La parfait négociant*, t. I, 1ère partie, liv. III, chap. 11, p. 263 et suivante, à moins que, de la place où le paiement devait être fait, l'affaire de change ne soit faite à la place d'où elle a été rédigée, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 15, nb 16 e suivants, p. 55 et suivantes.

DCCCLXIX. Du rechange et des autres dommages, le tireur et le tiré qui a accepté, certes, sont chacun tenus envers le porteur ; mais le tireur lui-même obtiendra seulement du tiré la réparation de ce dommage ou se protégera avec une exception contre lui, si, la lettre ayant été acceptée, il était débiteur ou, du moins, il a commencé à l'être du tireur avant le jour du paiement ou, la lettre n'ayant pas été acceptée, que le débiteur du tireur ait auparavant consenti ou non à ce qu'elle soit rédigée sur lui, t. I, 1ère partie, liv. III, chap. 11, p. 264 ; en dehors de ces cas, il sera lui-même lié au dommage, voyez aussi la thèse DCXVI.]

§ 11. Cependant, le porteur ne recevant aucun paiement du tireur peut de nouveau prendre son tour à l'acceptant et le contraindre au paiement comme ci-dessus en présentant la lettre de change avec le protêt ou la preuve d'un défaut de paiement [1413].

[1413] (Note de Groenewegen) Voir les décisions [rapportées] ci-dessus et le ci-devant tit. 55 *(Des lettres de change)* [des coutumes d'Anvers], art. 3.

***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXX. Du fait que le porteur a l'acceptant, le tireur, les endosseurs et l'émetteur chacun obligé pour le tout envers lui, le bénéfice du partage et de l'examen ayant cessé, , voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 16, nb 1 et suivants, tous ceux-ci n'étant pas solvables ni appropriés, il peut régler son acceptation contre n'importe lequel de ceux-ci et, certes, contre celui qui a cité en premier lieu pour la somme entière ; mais contre les autres, seulement sur ce qu'il n'a pas pu obtenir à partir des premiers biens ; car ce qu'il en a obtenu en réalité diminue, selon le droit lui-même, sa demande contre les autres et il doit céder au curateur des biens son action à la faveur de cette partie, et ainsi de suite, voir Dupuis, dans ledit chap. 16, nb 20 et suivants, p. 60-61 ; Phoonsen, *Wisselstijl*, chap. 41, § 45 et suivants. Cependant, il ne peut pas consentir à un pacte de remise d'une partie de la dette à celui qu'il cite en justice en premier lieu sans le consentement de ceux desquels, ensuite, sans une cession de l'action, il ne pourra pas obtenir le reliquat, voitr Dupuis, chap. 16, p. 68 et 70.]

[§ 11a. Tout paiement d'une lettre de change au-dessus de 600 florins doit être fait à Amsterdam à la banque.] [1414]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel sur la fin du chapitre**

DCCCLXXI. Janus Bondt, dans sa *Dissertation inauguralis De periculo damni ex falso in literis cambialibus commisso (Du risque du dommage à partir du faux commis dans les lettres de change)* publiée à Leyde en 1788, a à bon droit écrit et à partir de ces principes certains et très simples que 1° personne, sans son consentement, n'était obligé à partir d'un contrat, voir aussi D. 50, 17 *(Des règles du droit ancien)*, 34 ; 2° que personne, à partir de sa malhonnêteté ne pouvait obtenir un droit, voir D. 47, 2 *(Des vols)*, 12 § 1, et C. 9, 22 *(Sur la Loi Cornelia des faux)*, 18 ; 3° que quelqu'un n'avait pas de droit qu'il ne pouvait pas transférer à un autre, voir D. 50, 17 *(Des règles du droit ancien)*, 54 ; 4° que celui qui avait contracté avec autrui devait voir en qui il mettait sa confiance, voir D. 50, 17 *(Des règles du droit ancien)*, 19 pr, et C. 6, 2 *(Des vols et de la corruption d'esclave)*, 2 ; il en a fait cette unique règle générale : *le dommage qui a été causé avec un faux commis dans les lettres de change, si le faussaire ne peut pas être trouvé, revient à celui qui a contracté avec le faussaire et a la cause à partir de lui.*

DCCCLXXII. Cette règle entre en usage, que le faux ait été commis dans les lettres de change, dans les endossements, au nom des personnes qui souscrivent aux lettres, sur la somme qu'elle contiennent ou enfin, avant ou après l'acceptation ; mieux, s'il a été fait par le biais d'une fausse somme, pour que l'acceptant paie plus, le tireur, en tant que mandant, n'est pas tenu de rendre plus que ce qu'il a donné en mandat, Reitz sur Heinecke, *Grondbeginselen over het wisselrecht*, chap. 7, part. 2, § 11, p. 433 et suivante, étant en vain en désaccord.

DCCCLXXIII. Si un faux endossement a été fait par le voleur d'une lettre de change, il est certes certain que le porteur auquel elle a été soustraite peut ma réclamer du voleur lui-même avec un droit de propriété ou aux endosseurs qui ont la cause de celui-ci, voyez les *Advijsen over den koophandel*, part. II, cons. 39. Mais, si elle a déjà été payée au faussaire ou à ses endosseurs, il n'est pas privé de doute [de savoir] si le porteur pourra la réclamer au au tiré. En faveur de la sentence affirmative, joue le fait qu'avec cet acte, la propriété du paiement n'a pas pu être enlevée au juste porteur et que le tiré devait savoir à qui il payait, voir Dupuis, *L'art des lettres de change*, chap. 13, § 13 et maxime 3. En faveur de la négative, voyez Verwer dans ses notes sur le *Tractaet de bodemeria*, § 31, p. 195 et suivante, ajoutez D. 17, 2 *(De l'action en faveur de l'associé)*, 52 § 3, joint à D. 50, 17 *(Des règles du droit ancien)*, 128 pr.]

*

[440] Chapitre XLVI
De la remise par prescription [1415]

[1414] Ce paragraphe a été rajouté dans le manuscrit de Lund par Grotius, cf. p. 322.

[1415] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans).*

§ 1. Une REMISE par la LOI *est faite* par une *prescription, quand, un certain temps s'étant écoulé, la dette est tenue pour remise* [1416].

§ 2. Il est bien vrai que, selon les lois romaines, les obligations ne disparaissent pas par le temps [1417], mais que seulement un secours contre cela a été accordé [1418] ; mais, en examinant

---

Ce titre contient 9 constitutions.

[1416] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 3.

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Asclepiodotus, Préfet du prétoire, et donnée en 424 : *« De même que pour un bien, les actions spéciales, de même pour une communauté, les actions personnelles ne seront pas étendues au-delà d'un délai de trente ans ; mais, si de l'une, on réclame un bien ou quelque droit ou si l'on est poursuivi avec une action personnelle quelconque ou une poursuite judiciaire, il ne faudra pas moins, pour celui qui agit en justice, redouter la prescription de trente ans. Ce même droit étant aussi valide contre la personne de celui qui s'efforce de réclamer un gage ou une hypothèque, non de son propre débiteur, mais d'un autre qui possède durant une longue période. 1 - En conséquence, les actions qui n'ont pas été agitées antérieurement, avec le silence du joug des trente années à partir duquel ils ont commencé à faire application du droit, ils n'auront pas la faculté de l'envisager plus au-delà et ils ne se contenteront pas d'avoir mérité une certaine réponse par des prières offertes particulièrement, bien que par l'intermédiaire d'une annotation, ou bien aussi de l'avoir produit devant les juges, si ce n'est, une fois allégué le rescrit impérial ou la demande déposée en justice, que la convention se soit ensuivie par le biais d'une exécution. 1a - Sans se défendre contre cette loi avec la faiblesse du sexe, une absence ou un service, mais cette sanction ayant été seulement supprimée à raison de l'âge du pupille, bien qu'il soit placé sous la protection du tuteur. Car, tandis qu'ils arrivent à ces âges qui regardent la sollicitude du curateur, il leur est semblablement nécessaire de devoir observer cet intervalle de trente années. 2 - Mais ces actions s'éteindront dans les trente années continues, qui étaient considérées [être] sans interruption, non celles qui se limitaient à des temps anciens. Mais, après cette définition du délai, nous estimons que la faculté d'agir en justice plus au-delà n'est accordée à personne, même s'il tentait de s'en excuser par l'ignorance de la loi ».*

[1417] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 7, 44.

Extrait du livre LXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Il existe en général quatre causes d'obligations : il y a pour elles, en effet, un terme ou une condition, une limite convenable ou un ajout. 1 - Pour le terme, l'examen est double : car, ou bien, à partir du terme, l'obligation commence, ou bien elle est reportée à un terme, comme : "aux calendes de mars, promets-tu de donner ?". La nature de celle-ci est la suivante, [à savoir] qu'avant le terme, elle ne sera pas réclamée. À terme : " jusqu'aux calendes, promets-tu de donner ?". Mais on décide que, pour un temps, une obligation ne peut pas être établie, pas plus qu'un legs : car ce qui, à quelqu'un, commence à être dû cesse, avec certains moyens, d'être dû. Clairement, après le terme, le stipulant, avec l'exception de pacte convenu ou de dol, ne pourra pas être repoussé. Ainsi, en le délivrant, si quelqu'un a dit qu'il livrait un terrain sans superficie, il n'est en rien utile d'empêcher qu'il remette une superficie qui, par nature, au terrain, est attachée. 2 - Mais est une condition efficace celle qui, en établissant l'obligation, est insérée, non celle qui, après qu'elle a été accomplie, est placée, comme "promets-tu de donner cent si le vaisseau n'est pas arrivé en provenance d'Asie ?". Mais, dans ce cas, la condition se réalisant, il y aura lieu à une exception de pacte convenu ou de dol. 3 - Il y a une limite convenable de l'obligation, quand nous stipulons dix ou un esclave : car l'acquittement de l'un détruit toute l'obligation et l'autre ne peut être réclamée, en tout cas aussi longtemps que les deux choses existent. 4 - Mais l'ajout, dans une obligation, soit d'une personne soit d'un bien, est fait. D'une personne, quand, pour moi ou pour Titius, je stipule. D'un bien, quand pour moi, je stipule dix et pour Titius, un esclave ; du fait qu'il est demandé si, selon le droit lui-même, sera faite la libération, l'esclave ayant été acquitté à Titius. 5 - Si j'ai ainsi stipulé : "si tu ne m'as donné pas ce bien-fonds, promets-tu de donner cent ?", les seuls cent, dans la stipulation, se trouvent, dans l'acquittement, le bien-fonds. 6 - Mais, si j'ai stipulé que l'on fabrique un navire et que, si tu ne l'as pas fabriqué, [tu me remettes] cent, il faut voir s'il y aura deux stipulations, une pure et simple, l'autre conditionnelle et si la condition qu'il y a dans la seconde ne supprimera pas la première, ou si elle [la] transfère sur elle, comme si novation de la première était faite. Cela est plus vrai ».*

[1418] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 9. Voyez de plus van Christijnen, *Decisiones*, vol. IV, decis. 84, nb 1 ; Fachinæus, liv. I, cap. 70 ; Vasquez, *Controversiæ*, cap. 54.

Constitution de Justinien adressée à Démosthène, Préfet du prétoire, et donnée en 529 : *« Souvent, certains qui appellent en justice leurs dépendants, en excitant des conflits judiciaires, ne menaient pas à un fin certaine les procès, mais, en employant le silence dans le temps intermédiaire, à raison du pouvoir de ceux qui fuient ou de leur faiblesse ou de n'importe quelles autres cas (du fait que beaucoup appartiennent au sort humain qui ne pourront être dits ni énumérés), ensuite, ils étaient considérés, de leur droit, être tombés parce qu'après la dernière connaissance, un espace de trente ans s'était écoulé et qu'une exception de cette sorte ayant été opposée, voyant leurs fortunes transférées à d'autres à juste titre, certes, sans un remède, ils se lamentaient. 1 - Nous, corrigeant cela, nous ne souffrons pas que cette même exception qui, à partir de trente ans, naît, dans un cas de cette sorte, soit opposée, mais, bien qu'une action personnelle, dès le début, ait été intentée, cependant, à quarante ans, nous l'étendons du fait que ne sera pas semblable celui qui s'est tu, celui qui a déposé une demande, est venu en justice et a supporté des conflits, il a été empêché d'accomplir le procès par certains accidents. 2 - Mais, bien que le demandeur lui-même ait fait défaut, à sa postérité, nous déterminons que celui-ci peut laisser le cours d'une cause de cette sorte, afin qu'à ses héritiers ou successeurs, il soit permis de l'accomplir sans avoir été renforcée en aucune façon avec une exception de trente ans. 3 - Ce délai, c'est-à-dire*

de plus près ce qui est entendu chez nous depuis autrefois, on trouvera que, comme chez nous, la propriété elle-même est acquise par une prescription (ce dont il a été ci-devant parlé [1419]), aussi, puisque la dette disparaît clairement par un cours de temps et, comme certaines lois [1420] le disent clairement, elle est tenue pour remise d'une façon telle que de cela, aucun réclamation ne peut en naître ; d'où, il s'ensuit qu'au juge, lorsque lui apparaît le cours du temps, il appartient de déclarer le demandeur non recevable [1421].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1417 et 1418 de Groenewegen van der Made**
Voyez sur cet endroit Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit. 3, nb 10.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**
DCCCLXXIV. Cettte doctruine de Grotius quant à la prescription [qui dit] que l'action est personnelle non avec le secours d'une exception, mais le droit lui-même disparaissant, quoiqu'elle semble convenir avec les termes emphatiques de certains anciens statuts, voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 97, et les coutumes du Rijnland, art.102, ne manque cependant pas de difficulté ; car, si l'action de la dette principale est supàpirmée selon le droit lui-même en trente ans, comment l'action hypothécaire contre le débiteur lui-même pourra-t-elle être sauvegardée jusqu'à quarante ans ? Ce que Grotius a cependant enseigné, liv. II, chap. XLVIII, § 44 à la fin, et qu'approuve aussi C. 8, 30 *(Du paiement du gage)*, 2 ; ajoutez Giuseppe Averani, *Interpretationum juris Libri duo*, lib. II, cap. 12.]

§ 3. Cette prescription est faite chez nous en général avec le cours d'un tiers de cent années [1422].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1422 de Groenewgen van der Made**

---

l'espace quarante ans, à partir de celui-ci, nous décrétons qu'il est compté, à partir duquel la dernière connaissance a procédé après que les deux parties ont cessé ».

[1419] (Note de Groenewegen) Voir dans le liv. II, le chapitre VII.

[1420] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540.

[1421] (Note de Groenewegen) Voir Vasquez, *Controversiæ*, dans ledit cap. 54 à la fin ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 41, 3 *(Des usurpations et des usucapions)*, nb 14.

[1422] (Note de Groenewegen) Voir Goris, *Adversariæ miscellaneæ*, cap. 9. Mais, selon les lois romaines, en 30 ans, voir C. 7, 39, 3 et tout ce titre 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans)*. Ces lois romaines, pensent beaucoup de juristes concernant cela, comme encore être observées à l'égard des biens meubles avec les actions réelles et personnelles ; étant remarqué que les privilèges qui mentionnent le tiers de cent années parlent seulement des biens immeubles. Voyez ci-dessus le liv. II, chapitre VII, § 9, note 239, à la lettre C [on ne voit pas à quoi il est fait ici allusion, car cette note ne mentionne aucune lettre C], le chapitre XLVIII, § 5, note 60 [il doit y avoir ici une erreur, également reprise dans les autres éditions postérieures car ce chapitre ne comporte en tout que 33 notes ; on suppose donc qu'il s'agit de la note 1440] , et Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans)*.

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Asclepiodotus, Préfet du prétoire, et donnée en 424 : *« De même que pour un bien, les actions spéciales, de même pour une communauté, les actions personnelles ne seront pas étendues au-delà d'un délai de trente ans ; mais, si de l'une, on réclame un bien ou quelque droit ou si l'on est poursuivi avec une action personnelle quelconque ou une poursuite judiciaire, il ne faudra pas moins, pour celui qui agit en justice, redouter la prescription de trente ans. Ce même droit étant aussi valide contre la personne de celui qui s'efforce de réclamer un gage ou une hypothèque, non de son propre débiteur, mais d'un autre qui possède durant une longue période. 1 - En conséquence, les actions qui n'ont pas été agitées antérieurement, avec le silence du joug des trente années à partir duquel ils ont commencé à faire application du droit, ils n'auront pas la faculté de l'envisager plus au-delà et ils ne se contenteront pas d'avoir mérité une certaine réponse par des prières offertes particulièrement, bien que par l'intermédiaire d'une annotation, ou bien aussi de l'avoir produit devant les juges, si ce n'est, une fois allégué le rescrit impérial ou la demande déposée en justice, que la convention se soit ensuivie par le biais d'une exécution. 1a - Sans se défendre contre cette loi avec la faiblesse du sexe, une absence ou un service, mais cette sanction ayant été seulement supprimée à raison de l'âge du pupille, bien qu'il soit placé sous la protection du tuteur. Car, tandis qu'ils arrivent à ces âges qui regardent la sollicitude du curateur, il leur est semblablement nécessaire de devoir observer cet intervalle de trente années. 2 - Mais ces actions s'éteindront dans les trente années continues, qui étaient considérées [être] sans interruption, non celles qui se limitaient à des temps anciens. Mais, après cette définition du délai, nous estimons que la faculté d'agir en justice plus au-delà n'est accordée à personne, même s'il tentait de s'en excuser par l'ignorance de la loi ».*

Nous avons déjà vu plus haut sur le liv. II, chap. VII, que, sur cette prescription d'un tiers de siècle, ni la bonne foi ni un juste titre n'était requis et que l'on recherchait uniquement si quelqu'un avait joui durant un si grand espace de temps d'une possession paisible et ininterrompu ; ce que l'on approuve quant au droit quand, durant tout ce temps où il a possédé les biens d'autrui avec l'intention de les avoir pour lui, il n'a souffert d'aucun trouble par le véritable propriétaire et en aucune façon, ne l'a reconnu comme propriétaire ; il en est ainsi pour les biens corporels. Mais la possession des biens incorporels n'est pas jugée avoir été interrompue quand, dans le délai fixé à l'avance, il n'a jamais été appelé au paiement par le véritable propriétaire ; en aucune façon, il n'a reconnu la dette et le propriétaire du bien-fonds dominant n'a jamais tenté l'exercice d'une servitude, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit. 3, nb 9.

Du reste, Groenewegen doute ici dans sa note [de savoir] si, pour la prescription des actions personnelles, un tiers de siècle sera requis ou si un écoulement de trente ans suffira. Cependant, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 15, a hardiment affirmé que, dans le droit hollandais, sur ce point, trente ans suffisaient et qu'ainsi, lui étant président, cela avait été jugé par la Cour Suprême de façon constante.]

§ 4. Étant bien entendu que, de ce délai, sont retirées la minorité [1423], l'absence du pays et d'autres empêchements par lesquels quelqu'un n'a pu faire valoir aucun droit [1424].

[1423] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 39, 3 [§ 1a].

[1424] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 4, 6, 1 § 1, 15, 26 § 9 ; Goris, dans ledit cap. 9, nb 4 ; Paul van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 12, art. 8, nb 6 ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 41, 3 *(Des usurpations et des usucapions)*, nb 14 ; Oddi, *De restitutione in integrum*, part. I, quæst. 90, nb 16. Voyez avec Fachinæus, liv. I, cap. 69 et les jurisconsultes ici cités. Voyez de plus ci-dessus le liv. II, chapitre VII, note **11**, lettre B [encore une fois, on ne sait pas à quoi se rapporte cette indication qui n'existe pas dans ladite note].

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais les termes de l'Édit sont les suivants : "Si quelque chose des biens de quelqu'un [vient à être perdu par non-usage], alors qu'à raison d'une crainte ou sans dol envers la République, il est absent ou se trouve dans les liens de la servitude et au pouvoir des ennemis, ou à raison l'action de celui de ceux pour qui le délai est réputé être épuisé ; de même, si quelqu'un, avec un usage, a fait sien quelque chose ou, en ne l'utilisant pas, l'a perdu, l'ayant obtenu ou avec une action, ayant été libéré à raison du fait que sa date a expiré, alors qu'étant absent, il n'est pas défendu, que, dans les fers, il se trouve, qu'il n'avait pas, contre lui, le pouvoir d'agir en justice, alors qu'il ne lui est pas permis d'être cité en justice contre son gré et qu'il n'est pas défendu, quand appel a été fait auprès d'un magistrat pour cette affaire, qu'à celui pour qui, par le biais du magistrat, sans le dol de celui-ci, l'action sera réputée avoir expiré, je remettrai dans son état initial l'action pour ces biens dans l'année durant laquelle, d'abord, quant à cette affaire, il y aura le pouvoir de faire valoir son droit en justice, de même, si, par quelque moyen, pour moi, une autre juste cause est considérée exister, ce qui sera permis par les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les édits et les décrets des empereurs" ».*

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Mais, à ceux qui, par les ennemis, ont été capturés et, avec le droit de postliminie, sont rentrés, il est donné un secours, ou à ceux qui sont ici morts, parce qu'ils ne peuvent avoir un procurateur ; du fait qu'aux autres ci-dessus écrits, par l'intermédiaire d'un procurateur, il peut être donné un secours, en dehors de ceux qui, en servitude, sont retenus. Mais moi, aussi au nom de celui qui est au pouvoir des ennemis, si un curateur (comme de façon générale) avait été, pour les biens, établi, je pense qu'un secours se présente. 1 - Mais, non moins pour celui qui, par des ennemis, a été capturé, ici, est né et qui a le droit de postliminie, un secours est envisagé. 2 - Si, avec une stipulation pour dommage non encore survenu* (damni infecti)*, [quelqu'un] a été mis en possession de la maison d'un soldat, si, certes, en sa présence, le préteur a ordonné qu'elle soit possédée, il n'est pas remis dans son état initial, mais si au contraire, [c'est] en son absence, il faut dire qu'il doit être secouru. 3 - Mais ce que, simplement, le préteur a édicté "ou par la suite" doit être reçu d'une façon telle que, si a été commencée la détention du possesseur de bonne foi avant son absence, mais, celle-ci ayant pris fin et lui étant rentré, le secours de la remise en l'état initial ait lieu, non un jour, mais ainsi seulement, si, durant la petite période [après] qu'il est rentré, cela arrive, c'est-à-dire, pendant que l'on prend à bail un logement, car Neratius écrit que celui qui diffère la remise en l'état initial ne doit pas être entendu ».*

Extrait du livre XII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - "De même", dit le préteur, "s'il y a quelque cause qui me semble juste, j'accorderai la remise en l'état initial". Cette clause, dans l'Édit, a été insérée de façon nécessaire ; en effet, beaucoup d'accidents ont pu survenir qui fourniront le secours de la remise en l'état initial et ils ne peuvent pas, individuellement, être énumérés, de sorte que, chaque fois que l'équité suggère une remise en l'état initial, à cette clause, il faudra en venir. Par exemple, d'une légation, quelqu'un, en faveur de sa cité, a été mis en charge : il est très juste qu'il soit remis en son état initial, bien qu'à raison de la République, il ne soit pas absent et, très souvent, il a été établi que celui-ci devait être secouru, qu'il ait eu un défenseur ou non. De même, je le pense, si, à raison d'un témoignage, il a été appelé hors de n'importe quelle province, dans la Ville ou auprès de l'empereur ; car, à celui-ci, il a été très souvent été dit dans les rescrits de venir en aide. Mais, à ceux qui, pour*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1424 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici est vrai à raison de la règle connue sur cette matière : ENVERS CELUI QUI NE PEUT PAS AGIR, LA PRESCRIPTION NE COURT PAS, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 15. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit. 3, illustre cette règles avec différents exemples.

De façon régulière, cette règle ne doit pas être étendue à l'empêchement d'un acte, bien qu'elle donne lieu à une restitution, voir Lauterbach sur D. 44, 3 *(Des diverses prescriptions temporelles et des accessions des possessions)*, nb 21, parce que ce qui a été fait trompe aussi les plus prudents, voir Voet, lib. 4, tit. 4, nb 50.]

§ 5. Une dette annuelle, comme des rentes, est aussi prescrite dans le même temps, non seulement pour autant que cela concerne le cours du temps, mais l'entière dette [1425].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1425 de Groenewegen van der Made**

---

une enquête ou un appel, ont voyagé à l'étranger, semblablement, il a été donné un secours. Et, de façon générale, chaque fois que quelqu'un, par nécessité et non volontairement, est absent, il faut dire qu'il doit lui être donné un secours ».

[1425] (Note de Groenewegen) Les intérêts encourus sont, selon les lois, prescrits avec le capital comme un conséquence de celui-ci, voir C. 4, 32, 26. Mais cela n'a pas lieu pour les rentes, de sorte que, des rentes qui ont couru 37 ou 38 ans, seulement, soient prescrites celles-ci qui, un tiers de cent années ou au moins 30 ans, ont été montrées, le rentier demeurant pour ce qui regarde le montant dans sa totalité et sans préjudice, voir C. 4, 39 *(De la vente d'une succession ou d'une action)*, 7 § 7 [et non un texte tiré du Digeste comme précisé dans la note, ce titre ne s'y trouvant d'ailleurs pas] et là , Groenewegen, *De legibus abrogatis*. Joue D. 7, 4, 28. Cela a aussi été jugé par la Cour de Hollande le 10 mai 1613 dans l'affaire d'Adriaen Molenyser, comme il procède appelant d'une réformation contre la veuve de Gerrit Corneliszoon van Zyl, intimé. Voir avec [ce qui a été jugé] par le Conseil de Frise, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 6, defin. 1. Voyez les jurisconsultes ici cités et voyez avec Goris, *Adversariæ miscellaneæ*, tract. III, cap. 9, nb 16 et les suivants.

Constitution de Justinien adressée à Menna, Préfet du prétoire, et donnée en 528 : *« Ceux qui, avec une action principale, par une exception de trente ou quarante ans, [action] personnelle ou hypothécaire, sont tombés ne peuvent pas sur les intérêts ou le fruits soulever quelque question du temps passé en disant qu'à partir de ce moment, ils voulaient que leur soit payé ce qui se rapportait aux trente ou quarante années passées en affirmant que chaque année, des actions pour cela naissaient ; en effet, l'action principale ne subsistant pas, il est suffisamment vain que, sur les intérêts ou les fruits, le juge en connaisse encore. 1 - Mais au sujet du montant des intérêts, nous avons aussi introduit qu'il était nécessaire de faire une mention spéciale, en ramenant que la dure et très lourde charge de ceux-ci à un juste milieu. 2 - C'est pourquoi nous ordonnons aux personnes marquantes ou à celles qui leur sont supérieures, qu'il ne soit nullement permis de stipuler dans un contrat quelconque de peu ou de très grande valeur, au titre des intérêts au-delà de 4 % ; que ceux qui dirigent les boutiques, ou s'occupent de quelque affaire licite, limitent leur stipulation à 8 %. Dans les contrats de transport [d'argent] ou les donations en intérêts de denrées, [nous ordonnons] que l'on ne stipulera que jusqu'à 12 % sans les dépasser, quoique cela ait été autorisé par les anciennes lois ; que tous les hommes puissent stipuler au titre des intérêts seulement 6 % d'intérêts, que ce taux d'intérêt ne soit dépassé en aucune façon dans tous les autres cas dans lesquels il est d'usage de réclamer des intérêts sans stipulation. 3 - Il ne sera pas permis au juge d'augmenter le taux à l'occasion de coutumes maintenues dans les régions. 4 - Si quelqu'un fait quelque chose contre la disposition de cette constitution, il ne disposera absolument d'aucune action pour ce qui dépasse et, s'il l'a reçu, il sera contraint de l'imputer sur le capital, étant interdite la possibilité aux créanciers de retirer quelque chose de l'argent donné à intérêts ou de retenir 1/6 de scrupule, des sportules ou pour n'importe quelle autre raison. Car, si quelque chose de cette sorte avait été fait, la dette, dès le commencement, serait diminuée de ce montant, de sorte que tant la part à diminuer que ses intérêts se voient interdire d'être réclamées. 5 - Les machinations aussi des créanciers qui, à partir de cette loi, se voyant interdire de stipuler des intérêts plus élevés, en soumettent d'autres, mesurés, envers lesquels cela n'a pas été interdit, supprimant cela, nous commandons que, si quelque chose de tel avait été tenté, les intérêts soient comptés, comme il est nécessaire, si celui-là même qui a interposé une autre personne avait stipulé ; dans ce cas, nous consacrons qu'il y a lieu à déférer le serment ».*

Constitution de Justin adressée à Archelaus, Préfet du prétoire, et donnée en 525 : *« 7 - À savoir aucune possibilité ne devant être accordée à celui qui, avec un droit emphytéotique, a détenu quelque bien pendant quarante ans ou quelconques autres années, de dire qu'à partir du temps écoulé, la propriété sur ces mêmes biens lui a été acquise, du fait que, dans le même état, il faut que les biens remis avec un droit emphytéotique restent toujours, ou de dire au preneur ou au procurateur des biens d'autrui qu'à partir d''un cours quelconque du temps, il ne doit pas rendre la possession au propriétaire qui veut, après la période accomplie de la prise de bail, la recevoir ».*

Extrait du livre XIII *Sur Plautius* de Paul : *« Si un usufruit, avec des années en alternance, est légué, celui-ci ne peut, par un non-usage, être perdu, parce qu'il y a plusieurs legs ».*

L'auteur a déjà touché cette matière liv. II, chap. VII, § 9, et chap. XL, § 18, dans la note 919. Sur la forme et la mesure avec lesquelles il y avait prescription, parmi les interprètes, il y eu controverse.

Ce que Groenewegen dit dans sa note que cela a été mis en dehors de tout risque de controverse, à savoir que les prestations annuelles sont prescrites un seule fois et en même temps, dès qu'il a été prescrit pour le capital ; en effet, l'accessoire ne peut pas subsister dans son principal. Mais, sur les loyers annuels subsistant par eux-mêmes, la chose n'est pas à plus forte raison claire ; cependant, la sentence à été plus reçue que tient Groenewegen dans sa note, [qui dit] que le droit de réclamer a été seulement éteint à l'égard des loyers qui ne dépassent pas trente ans, comme la suit Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 33, tit. 1, nb 4 après le milieu ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. II, chap. 8, nb 7 ; le même, *Censura forensis*, part. I, lib. 2, cap. 10, nb 21, et plus longuement, Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 15.

De là, il s'ensuit qu'il n'a pas été répondu à bon droit qu'il n'y avait pas lieu à une prescription pour les prestations annuelles, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 49, p. 97. La Cour a jugé le 14 février 1612, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 356, que la prescription était valide, quand, à partir d'un chirographe (une *obligation*), le créancier n'avait pas pendant trente ans demandé d'intérêts. Barbeyrac, sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. I, chap. 12, § 2, note 1, signale que cela a été ainsi reçu dans le droit civil. Mais, à partir de Thomasius (dans sa dissertation particulière *De perpetuitate debitorum pecuniariorum (De la perpétuité des débiteurs pécuniaires)*), il enseigne que ces dettes ne sont jamais prescrites et il a affirmé que cette sentence n'était pas contraire à la fin de la prescription ; car celui qui demande ce qui est son bien ne trouble pas la paix humaine, mais celui qui refuse de payer. Mais cet argument est vrai non seulement pour une dette pécuniaire, mais aussi pour toute dette de quelque sorte qu'elle soit et c'est pourquoi il affaiblit tout le fondement de la prescription.

Il y a aussi d'autres actions et prestations qui, quant au droit civil, avec aucun délai, ne sont prescrites, pas même pendant un espace de temps immémorial, comme ce qui consiste en un pur pouvoir, comme le droit de payer un gage. La raison en est que le débiteur reste toujours propriétaire du gage et que l'action de gage naît au moment de la convention, mais que le débiteur aura fait satisfaction avec le créancier, voir Brunemann sur C. 4, 24 *(De l'action de gage)*, 12, et Perez sur C. 4, 24, nb 14 ; Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 32, nb 85 et suivants, p. 321 ; Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 84, nb 4, à moins que le débiteur qui veut payer n'en soit empêché par le créancier et que, depuis l'obligation de la dette, autant de temps ne soit intervenu qui est requis pour la prescription, voir l'auteur du *Droit de la guerre*, liv. III, chap. XX, § VI, et liv. II, chap. IV, § XV, et ici, Barbeyrac sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 10, § 15.

En outre, il faut observer que, comme déjà ci-dessus, liv. II, chap. XL, § 18, note 919, cependant, avec une certaine limitation, personne ne peut à bon droit modifier la cause d'une possession pour lui, voir Brunemann sur C. 7, 32 *(De l'acquisition, et de la rétention de la possession)*, 5, et sur C. 4, 65 *(De l'offre de bail et de la prise de bail)* ; de Réal, *La science du gouvernement*, t. V, p. 810 ; Fredrick van Sande sur les *Coutumes féodales*, p. 19, nb 12 et 13. De là, il a été aussi répondu que l'emphytéote, le feudataire ou l'associé, bien qu'ils aient possédé au-delà d'un temps immémorial, possédaient avec leur cause, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 85, nb 41, p. 257 ; de même *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 75, nb 17. Cependant, tous ne s'accordent pas sur le temps immémorial, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 80, nb 1. Dans le nb 2, il signale que, bien qu'un droit fondamental ne soit pas prescrit, cependant, les loyers dus sont supprimés au-delà de trente ans, et dans le nb 3, que le quantième ou la mesure du cens était modifié parle paiement du temps très long. Il a été jugé le 25 avril 1651, voir ladite décision 84, nb 5, qu'une possession cinquantenaire n'avait besoin d'aucun titre, voir Goswinkel von Esbach dans ses notes sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, p. 146 et 147.]

[***Theses selectæ*** **der Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXV. Pour les revenus annuels ensemble, la prescription de trente ans ne libère pas le débiteur, mais autant de prescriptions sont requises qu'il y a de prestations annuelles, voir C. 7, 39 *(De la prescription de trente ou quarante ans)*, 7 § 7 ; Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri*

quatuor, lib. II, cap. 15 ; et ainsi aussi l'a décidé la Cour le 10 mai 1613, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 399, et le 28 janvier 1637, voir Loenius, *Decisiones*, decis. 76. Mais, si le bien-fonds à partir duquel un revenu annuel doit être payé , est possédé par un tiers que le créancier n'a pas assuré de cette charge, ce tiers possesseur est protégé avec une prescription de trente ans, comme l'a jugé la Cour le 5 juin 1609, voir *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 186, ou du moins, avec une prescription d'un tiers de siècle, comme l'a déclaré la Cour en 1629 chez Loenius, *Decisiones*, decis. 45, p. 293.]

§ 6. Cependant, certaines dettes sont prescrites en un moindre délai.

§ 7. Car, les honoraires des avocats, des procureurs, des chirurgiens et des scribes, le loyer des valets, la valeur d'une marchandise délivrée au débit, aussi des médicaments vendus en boutique et déposés au détail doivent être réclamés dans les deux ans après que le service est terminé, à moins que de cela, une information écrite ne fût faite ; dans lequel cas, de telles dettes doivent être poursuivies dans les deux ans contre le débiteur originel, mais, si celui-ci était mort, contre ses héritiers dans les deux ans après que le créancier aura eu connaissance du décès [1426].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXVI. Il a été beaucoup controversé [de savoir] si la prescription de deux ans pour les honoraires des avocats et les semblables crédits non rapportés dans un écrit, introduite dans la loi Caroline du 4 octobre 1540, art. 16, et dans l'Instruction de la Cour Suprême de 1582, art. 165, sera encore reçue dans l'usage . Deux conseillers, dans les *decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 433, § 2, et d'autres, voyez van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 108, cap. 2, §§ 1 et 2, quand aussi on en appelle à la sentence de la Cour du 23 mai 1681. Cooren, dans ses *Consilia*, cons.16 et 29, affirme au le contraire ; sur le divorce des sentences, je croirais que la preuve de la coutume contraire à la loi peut être enjointe de façon juste à celui qui l'allègue.]

[442] § 8. De certaines obligation qui prescrivent en un court délai, il a été parlé ci-dessus [1427] en son lieu dans le traitement de ces mêmes obligations [1428].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1428 de Groenewegen van der Made**

Pour les amendes dans l'action d'injures et certaines choses semblables, la prescription est annale ; en Hollande, l'amende d'une chasse illégale qui dépasse 20 florins dure trois ans, mais l'action de dol, deux ans ; l'adultère, la relation coupable et les semblables délits de chair, sont prescrits en cinq ans, voir Brunemann sur C. 9, 22 *(Sur la Loi Cornelia sur les faux)*, 12, à un point tel que, ce terme étant écoulé, le juge doit lui-même être puni, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 58, nb 106. Pour l'accusation des crimes plus atroces, [l'action] est prescrite avec un délai de vingt ans, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 44, tit. 3, nb 7 ; Matthæus, *De criminibus*, lib. 38, tit. 19, cap. 4, et tit. 20, cap. 4, § 14 ; Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. 12, § 2 à la fin. Il a été ainsi répondu, voir *Consilia Belgica*, part . IV, cons. 70, p. 171, dans le

[1426] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 4 octobre 1540 et l'interprétation de celui-ci du 14 février 1549. Cela, comme encore par le Conseil de Frise dans un jugement, a été suivi, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. V, tit. 6, defin. 2. Mais cela n'est maintenant plus observé en Hollande, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 34 *(Dans quelles causes cessera la prescription de longue durée)*, 5, bien que Cooren fût d'un autre sentiment, voir cons. 29, nb 20 aux mots *et moribus.*

[1427] (Note de l'éditeur) Voir le liv. II, chapitre VII, §§ 7-8 et chapitre XXXVI, § 5.

[1428] (Note de Groenewegen) En outre, les obligations de fraude et de fraude aux impôts du pays sont prescrites en un an, voir le placard des États de Hollande du 4 septembre 1603 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 61 *(Des taxes et des confiscations)*, 2. Cela a aussi lieu à l'égard des autres amendes, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 9, 22 *(Sur la Loi Cornelia des faux)*, 12. Mais, selon les lois romaines, concernant la ci-devant dite première amende, un délai de 5 ans est exigé voir le ci-devant dite texte de C. 4, 61 *(Des taxes et des confiscations)*, 2 ; Mascardus, *De probationibus*, concl. 837.

passage *De tweede reden is* - "La deuxième raison est", sur la prescription de vingt ans, principalement si le crime est connu, et dans des termes plus forts qu'il y a lieu à celle-ci aussi pour une meurtre volontaire et fait avec préméditation, le parricide n'étant pas même excepté, à un point tel qu'à partir de l'opinion de certains, le juge qui a condamné l'accusé doit être puni de la peine du talion, non obstant cette prescription, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 6, nb 34 et 13.

Ce temps commence à courir à partir du jour de la commission du délit, comme ici § 5, sur la note 1425, même si le crime est caché, voir Antonella, *De tempore legali*, cap.17, nb 8. Cela est, de façon régulière, vrai, à un tel point que non seulement la peine du crime, mais aussi l'accusation elle-même expirent et, ce terme étant écoulé, l'accusé n'est pas plus puni que si, déjà, auparavant, il avait été puni, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 25, defin. 3, nb 3, à un point tel que le juge ne supplée pas d'office cette exception non opposée par l'accusé, voir de même, *Practica ciriminalis*, part. III, quæst. 141, nb 31, 32 et suivants. On dit que la raison de cette prescription est qu'aucune peine n'est tenue pour plus grave que la conscience des crimes. Cependant, une autre raison agrée plus, à savoir que, ce délai étant écoulé, si, dans l'intervalle, [le criminel] a vécu discrètement, la crainte cesse et le délinquant ne commettra jamais rien de tel, du fait que personne n'est puni parce qu'il a commis une faute, mais pour ne pas en commettre dans l'avenir. Ce terme étant écoulé, Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap.12, § 2 à la fin, et ici Barbeyrac dans sa note 7, signale que la fin des peines cesse.

Cependant, certaines choses sont perpétuelles et ne sont prescrites avec aucun délai, comme l'apostasie, le crime de supposition de part, voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. III, quæst. 141, nb 52 ; Brunemann sur C 9, 22 *(Sur la Loi Cornelia sur les faux)*, 12. Il doute ici avec beaucoup de théologiens sur la prescription de l'homicide. À ceux-ci, on peut joindre ce que tient Groenewegen, dans ses *De legibus abrogatis*, sur cette loi. Nous avons cependant en France un exemple mémorable de fratricide perpétré de façon atroce non puni, ce délai étant écoulé. En effet, alors qu'en 1634, un certain noble français brûlait d'amour pour une vierge et avait son frère comme rival, sa bile s'était agitée à un point tel qu'il provoqua le frère en duel et tua de façon cruelle le défié qui refusait, voir les *Plaidoyers et harangues* de Monsieur Le Maistre, plaid. 28. En outre, il faut observer que cette prescription de vingt ans, si, le temps n'étant pas encore écoulé, l'accusateur a soulevé une plainte ou que le magistrat enquête d'office, principalement quand la condamnation s'est ensuivie, procèdera contre l'absent ou le fugitif, voir Carpzov, *Practica criminalis*, part. III, quæst. 141, nb 53 et suivants.]

*

Chapitre XLVII
De la remise par une destruction de la chose

§ 1. Par une DESTRUCTION DE LA CHOSE, l'obligation meurt *quand quelque chose de simple était dans l'obligation et que cela même, en dehors d'une négligence du débiteur et avant son défaut de paiement, disparaît entièrement* [1429] *ou au moins, obtient d'être en dehors du commerce* [1430].

[1429] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 33 ; D. 46, 3, 107. Voyez de plus Giasone del Maino et les docteurs sur D. 12, 1 *(Des biens prêtés, sui un montant certain est demandé, et de la condiction)*, 5 et sur D. 45, 1 *(Des obligations par un échange de paroles)*, 23 ; Fachinæus, liv. II, cap. 72.

Extrait du livre XXV *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si Stichus, dont on a promis qu'il soit donné à un jour fixé, vient à mourir, le promettant n'est pas tenu ».*

Extrait du livre IV *Sur Plautius* de Paul : *« Celui qui a donné en paiement l'esclave d'autrui, l'esclave ayant été usucapé, est libéré ».*

[**Note de Willem Schorer**

LE DÉBITEUR D'UNE ESPÈCE EST LIBÉRÉ AVEC LA DISPARITION DE L'ESPÈCE ; à partir de cette règle, il a déjà été répondu il y a deux siècles à Amsterdam que le conjoint survivant ne demandait pas à bon droit à partir du contrat prénuptial ce qui n'était plus dans la nature des choses par un cas fortuit, bien que quelque chose ait été ajouté à sa place, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. I, cons. 76, p. 97.]

§ 2. Nous disons *simple* : car dans des obligations de cette sorte, une telle chose ne peut avoir lieu [1431].

§ 3. *En dehors d'une négligence ou avant le défaut de paiement* : car autrement, le débiteur serait tenu, à la place de la chose, d'en payer la valeur [1432].

[1430] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1, 58 et 83 § 5 ; D. 46, 3, 92 § 1.

Extrait du livre LIV des *Digestes* de Julianus : *« Celui qui stipule l'usufruit d'un bien-fonds et ensuite le bien-fonds, est semblable à celui qui stipule une partie du bien-fonds et ensuite, la totalité, parce que l'on n'entend pas qu'est livré le bien-fonds, si son usage est enlevé. Et, en sens contraire, celui qui a stipulé un bien-fonds et ensuite son usufruit, est semblable à celui qui stipule la totalité et ensuite, une partie. Mais celui qui stipule un droit de passage pour le bétail* (actus)*, ensuite un droit de passage pour les hommes* (iter)*, avec la seconde stipulation, il ne fait rien, de même que celui qui stipule dix, ensuite cinq, ne fait rien. À moins que, dans toutes choses, avec l'intention de faire une novation, il n'ait déclaré spécialement cela ; alors, en effet, la première obligation expirant, à partir de la seconde est introduite une réclamation et tant le droit de passage que l'usage, et aussi cinq peuvent être réclamés ».*

Extrait du livre LXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Je stipule invalidement de laisser un bien sacré, religieux ou à usage public, à perpétuité (comme un forum ou une basilique) ou bien un homme libre, bien qu'un bien sacré puisse devenir profane et que ce qui a été laissé à un usage public puisse revenir à l'usage des particuliers. Car, quand quelqu'un a promis que soit donné un bien profane ou [l'esclave] Stichus, il est libéré si, sans son fait, le bien a commencé à être sacré ou que Stichus est parvenu à la liberté, et cela ne reviendra pas à une obligation, si de nouveau, par quelque loi, un bien sacré a commencé à être profane ou que Stichus, de libre [qu'il était], est redevenu esclave. [C'est] parce qu'il y a une seule et même cause [au fait de] libérer et d'obliger que l'on pourra soit ne pas donner, soit donner ; car, si un propriétaire met en pièces le vaisseau qu'il a promis [de livrer] et l'a de nouveau assemblé avec les mêmes planches, parce que c'est le même vaisseau, il a commencé à s'obliger. En faveur de cela, Pedius écrit que l'on peut dire ceci : si j'ai stipulé cent amphores de vin provenant d'un bien-fonds, je dois attendre jusqu'à ce qu'il apparaisse et puisse être livré ; si le vin apparu a été consommé sans la faute du promettant, je devrai de nouveau attendre jusqu'à ce qu'il réapparaisse et puisse être livré ; et c'est par le biais de cette alternative que la stipulation sera valide ou cessera [de l'être]. Mais ce sont là des choses différentes : à tel point en effet que, quand un homme libre a été promis, on ne doit pas attendre le moment de la servitude pour que cette stipulation ne doive certes pas être prouvée [comme] : "promets-tu de donner ce dernier, tandis qu'il a commencé à être un esclave ?", de même "[promets-tu] que soit donné cet endroit, tandis qu'il a commencé de sacré ou religieux [qu'il était], à devenir profane ?", parce que l'on ne peut pas recevoir l'obligation du moment actuel et que ce n'est seulement que ce qui est possible par sa nature qui mène à l'obligation. Aussi n'est-ce pas un vin spécifique que nous semblons stipuler, mais un type, et il est tacitement inclus dans cet instant : un homme libre est inclus dans une catégorie particulière certaine. Et il n'est ni civil, ni naturel d'envisager l'accident ou la fortune adverse d'un homme libre : car, au sujet des choses du commerce, nous administrons à bon droit ce qui peut être immédiatement soumis à notre usage ou à notre propriété. Et, si un navire a été dépecé dans cette intention de destiner ses bordées à un autre usage, bien que cela soit réalisé en changeant d'avis, cependant, le premier navire a disparu et il faut dire que c'en est un autre ; mais, si toutes les bordées ont été remises pour refaire le navire, le navire ne semble pas encore avoir disparu et, une fois [les bordées] replacées, il commence à être de nouveau le même, tout comme des solives déposées à l'égard d'une maison, dans cette intention de les replacer, elles appartiennent à la maison ; mais, si on en les a déposées sur une aire, quoique le même matériau soit restitué, il sera autre. Ce traitement appartient aussi aux stipulations prétoriennes, par lesquelles il est veillé à ce que le bien soit restitué et l'on demande si c'est le même bien ».*

Extrait du livre IX des *Lettres* de Pomponius : *« 1 - Mais, si quelqu'un, inscrit comme héritier par son maître, a donné un esclave sur le point d'être affranchi* (statuliber)*, il est libéré ».*

[1431] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 45, 1, 83 § 5 dans le passage *pro quo et illud* ; C. 4, 2, 11. Voyez de plus les docteurs sur ledit texte de C. 4, 1 11 ; Gabriel, lib. III, tit. *De rebus creditis*, comm. concl. 1 ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 82 ; van Christijnen, vol. I, decis. 172 ; *Consultatien van Hollandsche rechtsgeleerden*, chap. I, cons. 214.

Extrait du livre LXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« (…) En faveur de cela, Pedius écrit que l'on peut dire ceci : si j'ai stipulé cent amphores de vin provenant d'un bien-fonds, je dois attendre jusqu'à ce qu'il apparaisse et puisse être livré ; si le vin apparu a été consommé sans la faute du promettant, je devrai de nouveau attendre jusqu'à ce qu'il réapparaisse et puisse être livré ; et c'est par le biais de cette alternative que la stipulation sera valide ou cessera [de l'être]. (…) ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Maximianus et donnée en 294 : *« Un incendie, de sa dette, n'a pas dégagé le débiteur ».*

§ 4. *En dehors du commerce*, deviennent les choses, quand celles-ci **[443]** sont vouées à Dieu ou appropriées à un enterrement ; les choses aussi qui sont appropriées à un emploi durable des pays et des villes sont en dehors du commerce pour autant que cela concerne des personnes particulières, comme il a été mentionné ci-dessus [1433].

*

Chapitre XLVIII
De la remise [dans son état initial] à partir d'une crainte [1434], d'un dol [1435] et d'une minorité [1436]

[1432] (Note de Groenewegen) Voir D. 45, 1 *(Des obligations [qui se concluent] par un échange de paroles)*, 23 et là, les docteurs ; D. 12, 1, 5 et là, les docteurs. Voyez de plus D. 6, 1, 15 § 3 et D. 6, 1, 16 ; D. 16, 3, 14 § 1 ; D. 5, 3, 40 ; Fachinæus, liv. II, cap. 72, et liv. VIII, cap. 101 ; Bronckhorst, cent. 1, assert. 74 ; *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. 24, defin. 24 ; van Christijnen, vol. I, decis. 170 et 172 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, t. V, concl. 381, lettre M.

Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Si, sur le fondement d'une cause de legs ou d'une stipulation, tu me dois un certain esclave, tu ne seras pas tenu après sa mort envers moi autrement que s'il avait tenu à toi d'empêcher de me le donner de son vivant ; il en est ainsi, si, toi ayant été requis, tu ne me l'as pas remis ou que tu l'as tué ».*

Extrait du livre XXII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Ce qu'il faut que tu me donnes, si ceci a péri, après que, par toi, il a été fait en sorte d'empêcher que tu me le donnes, il est établi que le préjudice sera le tien. Mais, alors qu'il est demandé si, par toi, cela a été fait, on devra faire attention non seulement à ce qu'en ton pouvoir, cela se trouvait et aussi à ce qu'avec un dol, tu n'aies pas fait en sorte d'empêcher que cela soit ou que cela fût ou non, mais aussi, s'il y a quelque juste cause, à raison de laquelle tu devrais entendre qu'il fallait que tu le donnes ».*

Extrait du livre XVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Si l'esclave réclamé ou un autre être vivant est mort sans le dol et sans la faute de son possesseur, plusieurs disent que son prix ne doit pas être payé ; mais il est plus vrai que, si, peut-être, le demandeur allait le vendre, s'il l'avait reçu, ayant souffert un retard, il doit être payé ; car, s'il était rendu à ce dernier, que [celui-ci] l'avait vendu, il en gagnerait le prix ».*

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Mais en tout cas, l'esclave étant mort, une sentence est nécessaire à cause du fruit, des enfants et de la stipulation quant à l'éviction ; en effet, après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, en tout cas, le possesseur ne peut garantir le destin. 1 - Comme une faute, n'est pas entendu [le fait de savoir] si l'on a envoyé le navire réclamé durant la période de la navigation outre-mer, bien que ce dernier ait péri, si ce n'est si, à des hommes moins appropriés, on l'a confié ».*

Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - Mais, que, contre celui chez qui [le bien] a été déposé, l'on agisse en justice, ou contre son héritier et que, par sa nature, le bien ait disparu avant que la chose [ait été] jugée, comme si un esclave était mort, Sabinus et Cassius ont dit que l'on devait absoudre celui contre lequel on a agi en justice, parce qu'il sera juste que la destruction naturelle regarde le demandeur, en tout cas, alors qu'a péri ce bien, s'il a été restitué au demandeur ».*

Extrait du livre XX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Ce qui, aussi dans le discours du divin Hadrien, se trouve, [à savoir] qu'après réception de l'action, au demandeur, sera payé ce qu'il va obtenir, si, au moment où il en fait la réclamation, lui avait été rendue la succession, est parfois rude. Qu'en est-il, en effet, si, après le début du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, les biens, esclaves, animaux de trait ou troupeaux, étaient morts ? Il devra être condamné selon les termes de ce discours, parce que le demandeur a pu, la succession une fois vendue, les avoir vendus. Il est décidé, pour Proculus, que cela est juste pour les réclamations particulières ; Cassius pense le contraire. Pour la personne du brigand, Proculus, à bon droit, le pense, pour les possesseurs de bonne foi, Cassius [le pense]. En effet, le possesseur ne doit pas garantir la mort ou, à raison de la crainte de ce péril, de façon irréfléchie, laisser son propre droit sans défense. 1 - Un brigand ne fait pas siens les fruits, mais ils accroissent la succession ; c'est pourquoi il fournira aussi ses fruits. Mais, pour le possesseur de bonne foi, ces derniers seulement entrent dans la restitution en tant qu'accroissements de la succession, par le biais desquels il est devenu plus riche. 2 - Si le possesseur a obtenu ces actions, une fois évincée la succession, il doit les rendre, comme s'il a accordé à l'interdit "d'où, avec une violence"* (unde vi) *ou "ce qui, en précaire"* (quod precario)*. 3 - C'est le contraire aussi, s'il a donné garantie d'un dommage non encore survenu* (cautio damni infecti)*, il doit être donné garantie au possesseur. 4 - À l'office du juge, appartiendront les actions noxales, de sorte que, si le possesseur s'est préparé à livrer l'esclave qui a causé le dommage à titre noxal contre un bien de la succession ou qui a commis un vol, il sera absous, de même que cela est fait pour l'interdit "ce qui, avec une violence ou clandestinement"* (quod vi aut clam) *».*

[1433] (Note de Groenewegen) Voir dans le liv. II, chapitre I, notes 6, 7 et 8, et dans le liv. III, chapitre XIV, § 10 ; liv. II, chapitre I, § 15 et liv. III, chapitre XIV, § 10.

[1434] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2 *(Ce qui, à raison d'une crainte, a été administré)* ; C. 2, 19 (20) *(De ce qui, avec une violence ou à raison d'une crainte, a été administré)*

Ce titre comprend dans le Digeste 23 extraits et dans le Code, 12 constitutions.

[1435] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 3 *(Du dol[mauvais])* et C. 2, 20 (21) *(Du dol [mauvais]).*

§ 1. Nous avons vu comment les obligations meurent ;voyons comment celles-ci peuvent être rendues *sans effet avec des remèdes.*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXVII. Bien que, dans aucune affaire, selon le droit lui-même, par exemple contractée avec un dol ou une crainte, la remise en l'état initial soit ordinairement demandée pour une plus grande sécurité, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 1, nb 13, cela n'appartient cependant pas à la nécessité et, la lésion ayant été prouvée, aussi, sans une remise [en l'état initial], l'accusé doit être absous, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 40 *(Dans quelles causes la remise en l'état initial n'est pas nécessaire)*, nb 5 et suivants, cf. la thèse DCLXVI.

DCCCLXXVIII. La remise certes obtenue, mais non encore approuvée par le juge qui en connaît, chez nous, conformément au droit canonique, voir Décrétales, I, xii, 6, ne suspend pas l'affaire et, à plus forte raison, n'empêche pas l'adjudication du paiement fiduciaire, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 73 ; Voet, lib. 4, tit.1, nb 25.]

§ 2. Ces REMÈDES *rendent les obligations sans effet en totalité ou en partie.*

§ 3. EN TOTALITÉ, une telle chose est faite *à partir de causes intrinsèques ou à partir de causes extrinsèques* [1437].

§ 4. Les CAUSES INTRINSÈQUES sont la CRAINTE, le DOL, la MINORITÉ.

§ 5. À partir de ces trois causes, naissent les remèdes de la *remise en l'état initial* ; par celle-ci, quelqu'un est rétabli dans sa totalité telle qu'il avait avant la conclusion de l'obligation [1438], avec le fait qu'aussi, il remette [dans son état initial] l'autre dans sa totalité [1439], ce dans

---

Ces titres comprennent, dans le Digeste, 40 extraits et dans le Code, 8 constitutions.

[1436] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4 *(Des mineurs de [moins de] vingt-cinq ans)* ; C. 2, 21 (22) *(De la remise en leur état initial des mineurs de [moins de] vingt-cinq ans)* et C. 2, 22 (23) *(Du fils de famille mineur).*

Le titre en question du Digeste renferme 50 extraits ; le titre 21 du Code compte 9 constitutions et le titre 22 (23), 2 constitutions.

[1437] (Note de l'éditeur) Voir [ci-après] le chapitre XLIX, § 1.

[1438] (Note de Groenewegen) Étant bien entendu qu'aussi longtemps que cette remise en l'état initial n'a pas été entérinée et par le juge et statuée, l'obligation, en attendant, doit avoir son plein effet et avancement sous garantie, voir Décrétales, I, xli, 6 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. I, tit. 8, defin. 4 ;coutumes d'Anvers, tit. 56, art. 13. Cela est aussi pratiqué et observé journellement, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 21 (22) *(De la remise en leur état initial des mineurs de [moins de] vingt-cinq ans)*, 1, bien que cela soit différent des lois romaines, voir ledit texte de C. 4, 21, 1.

Décrétale d'Innocent III, donnée en 1210 : *« Une question ayant été soulevée sur divers articles entre [notre frère] l'évêque de Bordeaux et le monastère d'Ovieno, [alors que notre vénérable frère évêque de Ségovie et notre cher fils T. Palentinus, ayant été élu, auxquels, avec notre autorité, la dite cause a été remise, avaient remis celle-ci suffisamment instruite à notre présence, nous, à ce même évêque et à L., moine procurateur du monastère qui, à raison de cela, étaient venus au siège apostolique, nous avons accordé une audience libre et bienveillante. Alors que ceux-ci avaient commencé à faire principalement un procès sur le statut du monastère rappelé que ledit évêque exposait le regarder quant au droit commun, vu qu'établi dans son diocèse, droit duquel il affirmait que l'église de Bordeaux avait eu l'usage durant de longues périodes en arrière et que, de la part du monastère, il était dit que celui-ci, par les princes séculiers et les pontifes romains anciennement, avec la liberté, avait été donné et que cela même avait été usité durant une très longue période avec la plus entière liberté, nous, les exposés de part et d'autre ayant été entendus, de la volonté des parties, seulement, à partir de la providence, nous avons ordonné qu'entre celles-ci, il faille composer, selon que, dans nos autres lettres faites sur cela, il est plus entièrement compris. Mais, par la suite, les parties poursuivant la question sur la soumission et la liberté des membres de ce même lieu, à savoir des monastères, des chapelles, des sanctuaires et des prieurés, à quatre personnes qui regardaient dans les lieux précités vers lui quant au droit commun, ledit évêque, comme il disait, avait eu l'usage de ce droit anciennement, spécialement, revendiquait en affirmant que les clercs de ces mêmes lieux étaient tenus de se rendre aux synodes des évêques, des archidiacres et des archiprêtres de Bordeaux, qu'ils observaient les sentences d'excommunication et d'interdit publiées par eux, qu'ils montraient les procurations annuelles et qu'ils payaient de simples pièces d'or à l'évêque de Bordeaux nouvellement substitué ; dans l'intention propre de renforcer sur les trois premiers articles le droit commun, selon ce qu'il disait que lesdits clercs, comme les autres de son diocèse, aux choses ci-devant dites, étaient tenus, alléguant un usage libre du droit de toute antiquité et, sur le quatrième article, une coutume ancienne et approuvée. Quant à tout cela, il disait que, par la déposition de témoins, la foi avait été faite. Mais l'autre partie a exposé en sens contraire qu'ils étaient les membres du monastère précité, comme le petit couvent lui-même, de toute antiquité, avec les*

quoi est aussi comprise, des deux côtés, une restitution des fruits et des profits perçus comme aussi une réparation du dommage [1440]. Ces remèdes sont chez nous recherchés de

privilèges des princes séculiers et des pontifes romains Urbain II, Pascal II, Eugène III et Alexandre III, la liberté ayant été accordée, et, depuis de longues périodes en arrière, cela avait été, ayant joui d'une liberté de cette sorte ; comme par ces mêmes privilèges produits en notre présence et par les déposition des instruments de Victor, naguères évêque de Bordeaux, et de leurs témoins, elle disait que cela était clairement établi.] En conséquence, nous [ayant écouté] et entendu ce que les deux parties ont exposé en notre présence, sur les quatre articles précités, nous avons condamné le monastère d'Ovieno, [du conseil de nos frères] et la justice le réclamant. Mais, la sentence une fois portée, le procurateur du monastère , pour prouver que la prescription avait été faite tant sur les quatre articles précités qu'aussi sur certaines dîmes acquises par une transaction par le monastère, [réclamés pour partie par les églises et les colons de celui-ci dont nous voulions qu'elles terminent, avec le calcul de la sentence, la controverse sur laquelle il avait été conclu en présence des juges ci-devant dits], il a demandé la remise en l'état initial au nom du monastère et, [alors que, sur cela, en notre présence, passablement longtemps, cela avait été débattu, nous, ayant préalablement délibéré, nous avons ordonné que la restitution dans l'état initial, pour prouver la prescription tant sur les quatre articles précités qu'aussi, sur la controverse des dîmes], à ce même [procurateur au nom du monastère], devait être accordée, [à toi, frère de Zamora, et aux chers fils les maîtres Mauricius, archevêque de Toulouse, et Michel, chanoine de Ségovie, donnant avec nos lettres en mandat que vous receviez les témoins que la partie du monastère, pour prouver la prescription légale sur les quatre articles ci-devant dits et sur le chapitre des dîmes ou aussi que l'évêque a ordonné de produire pour prouver l'interruption ; et, si, de la volonté des parties, cela a procédé, vous terminerez la cause elle-même, l'appel ayant été écarté, sans dette d'argent ; autrement, vous remettrez celle-ci suffisamment instruite à nous, déterminant à l'avance aux parties une fin appropriée avec laquelle elles se présenteraient à notre regard qui recevront la sentence, le Seigneur la donnant]. Mais, afin que, par une malice réfléchie, comme, à partir de certaines présomptions, à plusieurs, il semblait, il est arrivé que l'effet de la sentence, au préjudice de l'évêque, était empêché et que le monastère, par l'exécution de la sentence, à raison de divers soupçons, n'encoure pas un perte, nous, avec une équité réfléchie, légalement, nous avons ordonné qu'il devait être pourvu à ce qu'avant toutes choses, la sentence ci-devant dite [portée par nous], par votre biais, soit mise à exécution. (Et en dessous) Nous voulons néanmoins et commandons que, de l'évêque lui-même, vous receviez une garantie appropriée, que, si le monastère, dans la cause elle-même, [par la sentence], avait prévalu, tout ce qu'il a, dans le temps intermédiaire, à l'occasion de la sentence elle-même, il a perçu, au monastère rappelé, il le restitue ».

(Note du traducteur) Nous avons donné ce texte dans sa totalité telle que reconstruite par Friedberg. Signalons que Groenewegen n'en a connu que les passages qui ne sont pas mis ici entre crochets.

Constitution d'Antonin adressée à Septimia Marcia et donnée en 214 : *« Si tu as prouvé que tes débiteurs te devaient de l'argent avec des comptes quelconques, le gouverneur de la province qui a été approché les contraindra au paiement ; la perte des instruments ne sera pas pour toi un obstacle, si seulement il est apparu qu'avec des preuves claires, ceux-ci étaient débiteurs ».*

[1439] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 24 § 1 ; C. 2, 47 (48), 1.

Extrait du livre I[er] des *Sentences* de Paul : *« 1 - Mais, pas toujours, tout ce qui, avec des mineurs, est fait ne doit être annulé, mais, à ce qui est bon et juste, doit être ramené, afin que, d'un grand désavantage, les hommes de cet âge* (*i. e.* les mineurs de moins de vingt-cinq ans) *ne soient pas affectés, personne ne contractant avec eux et, d'une certaine façon, du commerce, il leur sera fait interdiction. C'est pourquoi, si la tromperie n'est pas manifeste ou, de façon aussi négligente, dans cette cause, ils n'ont pas trempé, le préteur ne doit pas s'interposer ».*

Constitution de Sévère adressée à Tatianus (sans date) : *« Celui qui est remis en son état initial, comme étant dans un tort, ne doit pas demeurer, non plus que dans un profit ; et c'est pourquoi, quoi qui lui revienne, soit sur le fondement d'un achat, soit sur le fondement d'une vente ou d'un autre contrat, il doit de restituer. 1 - Mais, si un garant, mineur de vingt-cinq ans, était intervenu, l'action contre l'ancien débiteur doit être rendue. 2 - Mais, tandis que le mineur a accepté une succession et l'a restituée, quoi qui lui revienne bientôt après de la succession, il doit le procurer. 3 - Mais, si quelque chose, avec un dol, a été fait, il convient qu'il le procure ».*

[1440] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de D. 4, 4, 24 § 2 ; D. 50, 16, 22, 33, 35, 75, 81 et 246 § 1.

Le premier texte cité se trouve traduit dans la note précédente.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Il y a plus dans une restitution que dans une présentation ; car "présenter" est fournir la présence d'un corps matériel, "restituer" est aussi faire un possesseur et rendre les fruits ; en outre, un grand nombre de choses est compris sous le mot de restitution ».*

Extrait du livre XXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« "Clairement" est en présence d'un grand nombre [de personnes] ».*

Extrait du livre XVII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Aussi est entendu "restituer" celui qui rend dans le même temps la cause au demandeur, dont ce dernier aura été tenu, si le bien a été rendu immédiatement au moment du jugement reçu, c'est-à-dire la cause de l'usucapion et des fruits ».*

Extrait du livre L *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Est considéré "restituer" celui qui a restitué ce qu'il aurait eu comme demandeur, si un procès ne lui avait pas été fait ».*

Extrait du livre X *Sur Plautius* de Paul : *« Alors que le préteur dit "pour que l'ouvrage fait soit remis dans son état initial", le demandeur doit aussi obtenir le dommage causé ; car, dans les mots de "remise en l'état initial", tout l'avantage du demandeur est inclus ».*

l'autorité suprême, à la place de laquelle le Haut Conseil en est le gardien [1441], à savoir au commencement de l'affaire par une obtention de lettres servant à cela [1442] ; mais, dans le cas où l'affaire est déjà devant le tribunal et où l'obligation est opposée à quelqu'un, dans un tel cas, une telle chose est faite par l'obtention d'une autorisation de pouvoir faire au tribunal une requête civile de remise en l'état initial, ; les deux avec une charge [faite] au juge [1443] de prendre garde à toute l'équité ; et ces remises en l'état initial ont leur effet contre tous ceux qui ont eu un profit des obligations [1444].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1444 de Groenewegen van der Made**

Sforza Oddi, dans son *De restitutione in integrum*, a expliqué *ex professo* la matière de la remise en l'état initial. Dans les usages, il faut tout à fait distinguer aujourd'hui si la remise devra être demandée à raison d'incidents, par exemple pour qu'il soit permis de faire de nouvelles productions de preuves ou de poser de nouveaux faits, ou si ce sera contre certains affaires principales, comme des contrats des transactions, des acceptations dangereuses de successions. En effet, à raison d'incidents, la connaissance se présente non seulement à la Cour provinciale, mais aussi au juge urbain, cependant non de même à celui du bourg, car, dans ce cas, il faut aller trouver la Cour, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 1, nb 3. Dans l'autre cas, la remise [est accordée] soit par le prince lui-même, soit par la Cour Suprême à laquelle cette possibilité a été demandée, voir Voet, lib. 4, tit. 1, nb 4, ainsi cependant, de sorte qu'il soit remis à la connaissance du juge inférieur [de voir] si les prières s'appuieront sur la vérité ou seront suffisamment justes ; si elles sont trouvées telles, la remise doit être confirmée, communément *entérinée*, sinon, elle doit être refusée, voir Voet, lib. 4, tit. 1, nb 5.

Qu'e »n est-il si le procès a été agité devant des arbitres et que l'un ou l'autre des parties demande la remise contre le contrat principal avec la clause qu'il confie l'entérinement aux arbitres ? La remise [en l'état initial] est ordinairement refusée par la Cour Suprême, parce qu'aucune mention de celle-ci n'avait été faite dans le compromis et que, par conséquent, elle dépassait leur pouvoir. Toutefois, elle est enjointe aux arbitres afin que les lésés ne soient pas dépourvus de toute aide, afin qu'ils aient la raison de la remise implorée en jugeant. Mais, si au contraire, sur les incidents dans le procès, comme le sont les preuves des productions, la

---

Extrait du livre XVI des *Lettres* de Pomponius : *« 1 - Est remis en son état primitif non seulement celui qui se porte garant du corps, mais aussi de toute chose et de toute condition, la cause ayant été rendue ; toute remise en l'état primitif est [du ressort de] l'interprétation du droit ».*

[1441] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction du Haut Conseil, art. 23 ; van Christijnen, vol. II, decis. 119, nb 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 46 *(Où et devant qui la connaissance d'une remise en l'état initial doit être traitée)*, 2.

[1442] (Note du traducteur) Dans la marge, sur ces termes, Grotius signale que ces lettre sont appelées *Mandement van relief* ou "mandement de secours".

[1443] (Note de Groenewegen) Voir l'ampliation de l'instruction de la Cour de Hollande, art. 7 ; van Christijnen, vol. II, decis. 119, nb 1 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 46 *(Où et devant qui la connaissance d'une remise en l'état initial doit être traitée)*, 2.

[1444] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2, 9 § 8 ; D. 4, 4, 13 § 1.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Mais, lorsque cette action sur le bien* (in rem) *a été inscrite et qu'elle ne contraint pas la personne de celui qui commet la violence, mais qu'elle a voulu que, contre tous, soit remis en son état initial ce qui, à raison d'une crainte, a été fait, non à mauvais titre, Julianus, par Marcellus, a été relevé, en écrivant que, si le garant a porté une violence, pour qu'avec l'acceptilation, il soit libéré, contre le débiteur, ne doit pas être rétablie l'action, mais que le garant, à moins que, contre le débiteur aussi, il rétablisse l'action, doit, au quadruple, être condamné. Mais est plus vrai ce que Marcellus relève : aussi, contre le débiteur, se présente cette action, du fait que, sur le bien* (in rem)*, elle a été inscrite ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais parfois, la restitution sur le bien est accordée à un mineur, c'est-à-dire à l'encontre du possesseur de ce bien, bien qu'avec lui, il n'y ait pas de contrat. Comme par exemple du mineur, tu as acheté un bien et, à un autre, tu l'as vendu ; il peut parfois souhaiter, contre le possesseur, être remis dans son état initial, afin de ne pas perdre son bien ou de son bien, ne pas être privé, et cela, avec la connaissance du préteur ou avec l'annulation de l'aliénation, une action étant donnée sur le bien. Pomponius aussi, dans son livre XXVIII [sur l'Édit du préteur], écrit que Labéon pensait que, si un mineur de [moins de] vingt-cinq ans vendait un bien-fonds et le délivrait, si l'acheteur, de nouveau, l'aliénait, si, certes, l'acheteur suivant savait que l'affaire avait été ainsi faite, la remise en état initial, contre lui, devait être faite ; s'il l'ignorait et que le premier acheteur était solvable, elle ne doit pas être faite ; mais, si au contraire, il n'est pas solvable, il est plus juste qu'au mineur, soit donné un secours aussi contre celui qui l'ignorait, bien que, de bonne foi, l'acheteur soit ».*

demande a été faite, elle est simplement accordée par la Cour Suprême pour qu'ils tiennent compte de celles-ci en équité en arbitrant, voir Voet, lib. 4, tit.1, nb 6.]

§ 6. [Comme] une CRAINTE, est entendue *une grande peur*, comme [celle] de mort, de déshonneur, une grande peine, un emprisonnement illégal de soi ou des siens [1445]. Car, bien qu'une obligation, étant par cela contractée, existe en elle-même [1446], parce qu'une volonté contrainte est une volonté [1447] ; ainsi, il est cependant raisonnable que, contre des obligations contraignantes de cette sorte, de suffisants remèdes soient employés [1448].

§ 7. Un DOL est *une mauvaise tromperie incitée pour préjudicier quelqu'un* [1449] ; ce remède n'a pas lieu, lorsque le contrat est conclu des deux côtés par le biais d'un dol [1450] ; **[445]** car alors,

---

[1445] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2, 3 § 1, 4, 5 et 6.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais nous recevons comme une cruelle violence celle qui, contre les bonnes mœurs, est faite, non celle que le magistrat, à bon droit, a portée, à savoir, selon un droit légal et le droit de l'honneur qu'il porte. Du reste, si, par le biais d'une injure, un magistrat du peuple romain ou un gouverneur de province a fait quelque chose, Pomponius écrit que cet Édit a lieu : si, peut-être, dit-il, par crainte de la mort ou de coups de fouet, à quelqu'un, il avait extorqué de l'argent ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Moi, je pense aussi que la crainte d'une servitude et de choses semblables doit être reçue ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Labéon dit que, comme crainte, doit être reçue non n'importe quelle peur, mais [la peur] d'une plus grande méchanceté ».*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Mais nous dirons que la crainte, non celle d'un homme vain, mais celle qui, à juste titre, sur un homme très constant, tombe regarde cet Édit ».*

[1446] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, xiii, § 1.

« § 1. Par exemple, si, contraint par une crainte, induit avec un dol ou, dans une erreur, tombé, à Titius qui stipule, tu as promis ce que tu n'aurais pas dû promettre, il est clair que, selon le droit civil, tu es obligé et l'action qui est soutenue qu'il faut que tu donnes est efficace ; mais il est injuste que tu sois condamné et c'est pourquoi t'est accordée une exception à raison d'une crainte, d'un dol ou composée en fonction des circonstances du fait (in factum) *pour combattre l'action ».*

[1447] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2, 21 § 5 ; D. 23, 2, 22.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Si, avec une crainte, contraint, j'ai accepté une succession, je pense que je suis devenu héritier, parce que, bien que, si cela est libre, je ne l'eusse pas voulu, cependant, ayant été contraint, je l'ai voulu ; mais, par le biais du préteur, je devrais être remis dans mon état initial, pour que me soit donnée la possibilité de m'en tenir éloigné ».*

Extrait du livre XV des *Digestes* de Celsus : *« Si, son père l'y contraignant, il a pris une épouse qu'il n'a pas épousée, si cela, à son jugement, appartient, il a, cependant, contracté un mariage qui, entre ceux qui ne le veulent pas, est contracté ; il est considéré avoir mieux aimé cela ».*

[1448] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 2, 1 et tout ce titre, et tout le titre de C. 2, 19 *(De ce qui, avec une violence ou à raison d'une crainte, a été administré).*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Ce qui, à raison d'une crainte, a été fait, je ne le confirmerai pas". Autrefois, il était ainsi dit dans l'Édit : "ce qui, avec une violence ou à raison d'une crainte" ; de la violence, en effet, il était fait mention à raison de l'imposition d'une nécessité contraire à la volonté ; la crainte [est], à raison d'un danger immédiat ou futur, un trouble de l'esprit. Mais, par la suite, la mention de la violence a été supprimée, parce que tout ce qui, avec une cruelle violence, est fait est aussi considéré, avec une crainte, être fait ».*

L'ensemble de ce titre renferme 23 extraits qu'il ne peut être question de reprendre ici. Quant au titre 19 du livre 2 du Code, il comprend 12 constitutions qui, également, ne seront pas reprises ici.

[1449] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 3, 1 § 2.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Servius, certes, a ainsi défini le dol comme une certaine machination de quelqu'un pour tromper autrui, quand une chose est simulée et qu'une autre est faite. Mais Labéon [dit] que cela, sans simulation, peut être fait pour circonvenir quelqu'un ; [il dit] qu'une chose, sans dol, peut être faite, qu'une autre [peut] être simulée, comme le font ceux qui, par le biais d'une dissimulation de cette sorte, s'y consacrent et ont l'œil sur leurs biens et ceux d'autrui ; c'est pourquoi lui-même a défini ainsi le dol, [disant] qu'il est toute tromperie, toute machination trompeuse employée pour circonvenir, tromper et surprendre autrui ».*

[1450] (Note de Groenewegen) Ou aussi, lorsque le dol d'un côté a donné l'occasion à la conclusion du contrat, voir D. 4, 3, 7. Étant ajouté que, dans un tel cas, l'affaire contractée, quoique celle-ci fût dans la main d'un tiers, peut être revendiquée et réclamée sans quelque remise en l'état initial ; une telle chose a été jugée par la Cour de justice de Hollande, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 5 ; ajoutez la decis. 47.

le contrat est nul depuis le commencement [1451]. Mais [le remède a] bien [lieu], lorsque l'un des deux, étant préjudicié par un dol, ne veut pas se tenir au contrat [1452].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1450 de Groenewegen van der Made**

Mieux, à raison du dol d'un seul des contractants, le contrat est nul, s'il a donné cause au contrat, comme [le dit] ici Groenewegen dans sa note ; cependant, cela ne doit pas être étendu au statut du mariage à raison de son indissolutbilité, à savoir, si la chose n'est plus entière ou que le dol reçoit les biens de la fortune, voir Brunemann sur D. 4, 3 *(Du dol mauvais)*, 7. Vinnen, *Selectæ juris quæstiones*, lib. I, cap. 12, et Voet, lib. 4, tit.1, nb 3, poursuivent plus longuement la question du dol donnant cause à un contrat.

Pour le temps, il fau !t observer que la remise en l'état initial doit être demandée avant l'écoulement de quatre ans, à savoir, depuis le moment dans lequel il a su que cette aide se présentait à lui ou qu'il s'est pensé lésé. L'auteur lui-même, liv. I, chap. VII, § 8, dans la note note 180. Cependant, cela doit être de nouveau limité et ne doit pas être étendu à trente ans, quand quelqu'un, d'abondance, comme il est ordinairement fait aujourd'hui, aussi contre aucune affaire selon le droit lui-même, par exemple à raison d'une lésion énorme ou d'un paiement de l'indu, il est allé trouver le prince ou celui qui prononce le droit à sa place, du fait qu'une abondante prudence ne nuit à personne, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 1, nb 20.]

§ 8. L'obligation étant remise en son état initial à partir d'une *crainte* ou d'un *dol*, les garants sont aussi déchargés [1453].

§ 9. Il y a MINORITÉ *durant toute la période en-dessous de vingt-cinq ans*, quoiqu'il ne différât que d'un jour, certes, que d'un moment [1454].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1454 de Groenewegen van der Made**

[1451] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 3, 36 ; D. 18, 1, 34 § 3 et 57 § 3 ; Nieuwstadt, dans ladite decis. 5. Voyez ci-après, § 10, la note 1456.

Extrait du livre II des *Règles* de Marcianus : *« Si deux [personnes], avec un dol, ont agi, réciproquement, quant au dol, elles n'agiront pas en justice ».*

Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même, si l'acheteur et le vendeur savent que ce qui est vendu est volé, par aucune des deux parties, l'obligation n'est contractée ; si l'acheteur seul le sait, le vendeur ne sera pas obligé et, cependant, sur le fondement de la vente, rien ne peut être obtenu, s'il ne fournit pas ce que l'on a convenu de part et d'autre ; si le vendeur le sait et que l'acheteur l'a ignoré, de part et d'autre, l'obligation est contractée et ainsi, Pomponius aussi l'écrit-il ».*

Extrait du livre V *Sur Plautius* de Paul : *« 3 - Si les deux savaient, l'acheteur et le vendeur, que la maison avait été détruite en totalité ou en partie, rien n'a été fait avec un dol entre les deux parties, en compensant l'action qui provient de la bonne foi, sans accorder que [la vente] tient avec le dol qui, de l'une et de l'autre partie, vient ».*

[1452] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 3, 40.

Extrait du livre I[er] *Sur l'Édit du préteur* de Furius Anthianus : *« Celui qui a trompé quelqu'un, afin qu'il accepte une succession non appropriée, quant au dol, sera tenu, à moins, peut-être, que lui-même ne fût le créancier et ne fût le seul ; alors, en effet, suffit contre lui l'exception de dol ».*

[1453] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 1, 7 § 1.

Extrait du livre III *Sur Plautius* de Paul : *« 1 - Mais les exceptions attachées à un bien aussi, aux garants, se présentent, comme celle de chose jugée, de dol, de serment qui, à raison d'une crainte, a été faite. En conséquence, si le défendeur s'est accordé sur le bien, pour tout dire, l'exception se présente au garant. L'exception d'intercession aussi, ce qui est demandé pour charger la liberté, aussi, au garant, se présente. On le dit de même, si, en faveur d'une fille de famille, à l'encontre du sénatus-consulte, quelqu'un a donné garantie, ou en faveur d'un mineur de [moins de] vingt-cinq ans circonvenu ; s'il a été trompé sur le bien, alors, il n'a pas lui-même de secours avant qu'il ait été remis dans son état initial et, au garant, ne doit pas être donnée l'exception ».*

[1454] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 3 § 3.

Extrait du livre du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais doit être considéré le mineur de [moins de] vingt-cinq ans par la naissance [pour savoir] si nous dirons aussi encore, au jour de sa naissance, avant l'heure à laquelle il est né, que s'il a été trompé, il est remis dans son état initial. Et, du fait qu'il ne les a pas encore accomplis, il faudra le dire d'une façon telle que, de moment en moment, le temps soit envisagé. Par conséquent, si, lors une année bissextile, il est né, [savoir] si [c'est] le premier ou le dernier jour, Celsus a écrit que cela n'importait en rien ; car deux jours sont tenus pour un seul jour et le dernier jour calendaire est intercalé ».*

Ce que l'auteur enseigne ici [en disant] que le mineur, avant l'accomplissement de ses vingt-cinq ans, usait du privilège de l'âge jusqu'au dernier moment est frai, à moins que, du prince, il n'ait obtenu la faveur de l'âge ou qu'il ne soit devenu majeur avec l'intervention des noces, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 4, nb 8.

Mais que faut-il statuer sur les biens immeubles situés autre art que là où habite le mineur et à raison desquels la remise [en l'état initial] est demandée sur le chef de la minorité ? Il semble que la loi de la place où ils sont situés doive être regardée, voir Voet, lib. 4, tit. 4, nb 8, et ce que j'ai relevé ci-dessus liv. I, chap. VIII, § 6, sur la note 173.

Un mineur peut aussi aujourd'hui être remis [dans son état initial], bien qu'il ait confirmé le contrat avec un serment, cessant maintenant partout la loi de C. 2, 28 *(Si, contre la vente)*, 1 et la nouvelle constitution de l'empereur Frédéric II [cf. *Libri feudorum*, II, tit. lii, § final] telle que citée sous ce texte ; voir Voet, lib. 4, tit. 4, nb 48.

Cependant, ce bénéfice cesse et il n'est pas donné de secours au mineur s'il a usé du droit commun et a de même souffert un dommage, même s'il est majeur, par exemple s'il ressent un dommage à partir du contrat par le biais du défunt auquel il a succédé, voir Voet, lib. 4, tit. 4, nb 49, de même s'il a été porté préjudice au mineur avec un cas fortuit, voir Sforza Oddi, *De restitutione in integrum*, part. I, quæst. 4, art. 5, nb 22, et art. 6, ou quand il n'a pas bien développé l'art qu'il professe, du fait que celui qui allègue sa propre turpitude ne doit pas être entendu, comme si un jurisconsulte mineur s'était trompé sur le droit, voir Voet, lib. 4, tit. 4, nb 50.

Il n'est pas cependant accordé à une épouse qui exerce un commerce public, parce qu'elle est jugée avoir contracté avec l'autorisation et le consentement de son mari, comme [cela a] déjà [été dit] ci-dessus liv. I, chap. V, § 23, sur la note 102. Cependant, si la remise [en l'état initial] est accordée, supposez à raison d'une lésion énorme, elle est considérée avoir été accordée non tant à la femme mineure qu'au mari [devenu] majeur par l'âge ou les noces, voir Voet, lib.4, tit. 4, nb 51.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXIX. Nos coutumes ou l'analogie du droit hollandais semblent à peine souffrir que nous disions qu'à une veuve mineure de [moins de] vingt-cinq ans lésée dans des contrats, une remise [en son état initial] puisse être accordée à partir de la raison d'un âge mineur, avec Rodenburg, Groenewegen et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 4, nb 9 ; cf. la thèse LVI à la fin.]

§ 10. Ceci n'est pas entendu des contrats que les mineurs concluent sans leurs tuteurs [1455] (car ceux-ci sont nuls [1456]), mais de ceux qu'ils contractent avec leurs tuteurs ou qui sont contractés par les tuteurs seulement [1457].

[1455] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 16 ; coutumes d'Anvers, tit. 43 *(Des enfants mineurs et des personnes sous tutelle)*, art. 69 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. I, tit. 8, defin. 4 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur le titre de C. 2, 40 *(Dans quelles causes la remise en l'état initial n'est pas nécessaire)*. Voyez ci-dessus, § 7, la note 1450. Bien que, dans un cas de cette sorte, on soit accoutumé à demander une remise en l'état initial pour plus de sécurité et pour autant que cela pourrait être nécessaire. Cependant, en France, une remise en l'état initial doit être fournie lorsque le contrat en soi est nul. Étant bien entendu lorsque cette même nullité naît seulement à partir des lois romaines ; mais, quand le contrat est nul comme combattant clairement contre les placards et les coutumes ou usages des pays, dans un tel cas, aussi, en France, il n'est en soi pas nécessaire de demander quelque remise en l'état initial. Cela à travers C. 2, 40 *(Dans quelles causes la remise en l'état initial n'est pas nécessaire)*, 5, voir Groenewegen, *De legibus abrogatis* dans ledit endroit.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« À la connaissance de la cause, s'appliquera aussi [le fait de savoir] si, peut-être, une autre action peut se présenter sans une remise en l'état initial. Car, si, avec le secours commun et selon le pur droit, [le mineur] a été protégé, il ne doit pas lui être procuré un secours extraordinaire, comme par exemple avec un pupille, on a contracté sans l'autorisation de son tuteur et il n'en est pas devenu plus riche. 1 - De même, il a été rapporté chez Labéon que, si le mineur, ayant été circonvenu, a formé une société ou aussi, à raison d'une donation, il n'y a nulle société, ni entre des personnes majeures, certes, et c'est pourquoi cesse le rôle du préteur ; et de même, Ofilius l'a répondu : en effet, par le droit lui-même, il est suffisamment protégé. 2 - Pomponius aussi rapporte, dans son livre XXVIII, qu'alors qu'un héritier s'était vu demander, à la fille de son frère, de donner de nombreux biens sous cette condition que, si, sans enfants, elle était morte, elle les restituerait à l'héritier et que celle-ci, l'héritier étant mort, à son héritier, garantirait qu'elle les restituerait, Aristo avait pensé qu'elle devait être remise dans son état initial. Mais Pomponius ajoute ceci, [à savoir] que cette garantie d'un montant incertain peut même être*

§ 11. Cette remise en l'état initial a lieu quand le préjudice a à signifier quelque chose de remarquable [1458] et qu'il est causé par une étourderie, non par une infortune [1459], et cela dans les contrats, non dans les délits [1460], bien qu'aussi, dans différents délits, les mineurs soient moins punis de d'autres [1461].

---

réclamée avec une condiction par une personne majeure ; en effet, non par le droit lui-même, mais par la condiction, il a été protégé. 3 - Et, de façon générale, il doit être approuvé que, quand le contrat n'est pas valide, à la faveur de ce qui est certain, le préteur ne doit pas intervenir. 4 - De même, Pomponius dit que, sur le prix de l'achat et sur le prix de vente, de façon naturelle, il est permis à ceux qui contractent de se circonvenir. 5 - Maintenant, il faut voir quels sont ceux qui peuvent les remettre en leur état initial. Tant le Préfet de la ville que les autres magistrats, à la faveur de leur propre juridiction, peuvent opérer une remise en l'état initial, aussi bien dans les autres causes que contre leur propre sentence ».

[1456] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 16 ; C. 2, 21, 3.

Pour ce premier texte, voir la note précédente.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Attianus et donnée en 293 : *« Si, ayant un curateur, mineur de [moins de] vingt-cinq ans, après l'âge pupillaire, tu as donné des biens à vendre, il ne faut pas que ce contrat soit observé, du fait que le mineur qui a un curateur ne sera pas dissemblable à celui auquel, par le préteur, un curateur ayant été donné, des biens, il a été fait interdiction. Mais, si, sans curateur, ayant été établi, tu as fait un contrat, tu ne te verras pas interdire d'implorer une remise en ton état initial, si les temps fixés à l'avance ne sont pas encore dépassés, une fois la cause connue ».*

[1457] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 24, 2, 3 et 5.

Constitution d'Alexandre adressée à Marciana (sans date) : *« Aux mineurs de [moins de] vingt-cinq ans aussi, dans ce qui, en présence des tuteurs ou des curateurs, en jugement ou en dehors d'un jugement, a été administré, il a agréé que le secours de la remise en l'état initial, s'ils ont été circonvenus, subsiste ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Nicomède et donnée en 286 : *« Aussi, pour ce que les tuteurs des mineurs, ou les curateurs, peuvent prouver avoir été mal administré, bien qu'ils puissent, avec une action personnelle, du tuteur ou du curateur, obtenir leur bien, il a agréé que le secours de la remise en l'état initial, à ces mêmes mineurs, soit accordé ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Valentinus et donnée en 294 : *« Aussi, les tuteurs ou curateurs vendant ou autrement contractant, il a agréé que les mineurs soient tant remis dans leur état initial des biens propres que des dommages des tuteurs ou des curateurs, ne donnant naissance envers eux à aucun préjudice par le biais d'un choix ».*

[1458] (Note de Groenewegen) D. 4, 1, 2.

Extrait du livre premier des *Sentences* de Paul : *« … que [ce soit] par un changement de statut ou une juste erreur ».*

[1459] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4,11 §§ 3-4, et 44.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - Mais il faut savoir qu'indistinctement, aux mineurs, il n'est pas donné de secours, mais, une fois la cause connue, s'ils sont exposés avoir été trompés. 4 - De même, ne sera pas remis dans son état initial celui qui, avec prudence, administrant son affaire, à l'occasion d'un dommage qui, non inconsidérément, arrive mais par hasard, a voulu être remis dans son état initial ; en effet, l'événement du dommage n'accorde pas la remise en l'état initial, mais sa facilité inconsidérée. Et ainsi, Pomponius, dans son livre XXVIII, l'écrit-il. D'où, Marcellus, sur Julianus, relève que, si le mineur a acheté un esclave pour lui nécessaire, que, bientôt, il est mort, il ne doit pas être remis dans son état initial ; en effet, il n'a pas été trompé en s'achetant un bien très nécessaire, bien que mortel ».*

Extrait du livre V des *Opinions* d'Ulpien : *« Tout ce que les mineurs de [moins de] vingt-cinq ans administrent n'est pas annulé, mais seulement ce qui, la cause étant connue, a été découvert de cette sorte, [comme], par d'autres, d'avoir été circonvenus, avec leur faiblesse, trompés, et qu'ils ont perdu ce qu'ils avaient, ont laissé de côté le profit qu'ils auraient pu acquérir ou se sont obligés à se charger de ce qu'il ne leur était pas permis d'entreprendre ».*

[1460] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 37 § 1 ; C. 2, 34 (35), 1 et 2.

Extrait du livre III des *Discussions* de Tryphoninus : *« 1 - Mais, dans les soixante jours écoulés, durant lesquels un homme peut, avec le droit du mari, accuser sa femme d'un adultère, lui est refusée la remise en l'état initial ; si maintenant, il veut de nouveau réclamer un droit laissé de côté, qu'y a-t-il d'autre que le pardon du délit, c'est-à-dire que, de la fausse accusation, il est demandé pardon ? Et, du fait que, ni dans les délits, ni pour les faux accusateurs, il est de droit certain que le préteur ne doit pas offrir un secours, la remise en l'état initial cessera [d'être effective]. Mais un mineur [de moins de] vingt-cinq ans ne mérite pas une remise en son état initial, en tout cas, pour ce qui est plus atroce, si ce n'est dans la mesure où, parfois, la compassion pour l'âge a entraîné le juge vers une petite peine. Mais, pour en venir aux règles de la Loi Julia pour contraindre les adultères, en tout cas, il n'y a nul pardon à la peine de l'adultère, si le mineur est lui-même déclaré comme adultère. J'ai dit que, s'il n'avait pas commis quelque chose de ce qu'à la faveur de l'adultère, cette même loi punit, comme s'il avait épousé, le sachant, une femme condamnée pour adultère, qu'à la faveur de la découverte de l'adultère, il n'avait pas renvoyé la femme, que, de l'adultère de la femme, il n'avait pas fait un profit, qu'il n'avait pas reçu d'argent à la faveur de la découverte de l'adultère ou qu'il n'avait pas fourni sa maison pour y commettre un attentat à la pudeur ou un adultère, il n'y aura pas l'excuse de l'âge à l'encontre des règles de la loi pour celui qui, tandis qu'il invoque les lois, a agi contre elles ».*

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Longinus et donnée en 200 : *« Dans les crimes, certes, avec le suffrage de l'âge, les mineurs ne sont pas secourus ; le fait est que les mauvaises mœurs, la faiblesse de l'âme n'excusent pas. Mais, quand le délit, non de l'intention, mais d'un contrat, vient, un préjudice n'est pas commis, même si la cause de la peine inflige une perte d'argent ; et c'est pourquoi, au mineurs et dans cette cause, le secours de la remise en l'état initial se présente ».*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXX. Ce qu'enseignent Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 2, 33 *(Si, contre la dot)*, 1, et sur C. 2, 29 *(Si, contre une donation)*, 1, et Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 4, nb 18 et 19, qu'à une jeune fille mineure de [moins de] vingt-cinq ans, contre une dot démesurée ou un douaire promis, la remise en son état initial ne devait pas être accordée, ne semble pas être assez approuvée avec les arguments dont ils usent.]

§ 12. Cette remise en l'état initial peut être demandée non seulement **[446]** par le mineur, mais aussi par son procurateur [1462] ou celui qui a accepté son affaire au tribunal [1463], aussi par son héritier [1464], mais non par le garant qui reste néanmoins obligé [1465], ce en quoi cette remise en l'état initial diffère des autres [1466].

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Procula et donnée en 291 : *« Bien que, dans les délits, avec l'âge, il est clair que personne n'est excusé, à la mère, cependant qui, pour ses fils, avec les écueils de la jeunesse, étant tombée, il est convenu que leur succession ne soit pas refusée, alors que cela, pour les mères majeures seulement, triomphe ».*

[1461] (Note de Groenewegen) Voir D. 50, 17, 108 et là, les docteurs et C. 2, 34 *(Si, à l'égard de leur délit).*

Extrait du livre IV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Dans presque tous les jugements pénaux, il est donné secours à l'âge et à l'inexpérience ».*

Les deux constitutions contenues dans ce titre du Code sont présentées dans la note précédente.

[1462] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 25 § 1 ; van Christijnen, *Decisiones*, vol. II, decis. 119, nb 8.

Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« 1 - Si intervient un tel jeune homme, auquel doit être procurée la remise en l'état initial, lui-même la demandant, elle doit être procurée ou bien au procurateur de celui auquel cela a nommément été donné en mandat ; mais celui qui prétexte un mandat général quant à l'administration de l'ensemble des biens ne doit pas être entendu ».*

[1463] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 26 pr.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Si, du mandat spécial, l'on doute, lorsque la remise en l'état initial est demandée, en interposant la stipulation que le principal confirmera la chose, au défendeur, il peut être porté remède ».*

[1464] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 18 § 5.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - Mais non seulement aux mineurs, mais aussi aux successeurs des mineurs, est accordée la remise en l'état initial, même s'ils sont eux-mêmes majeurs ».*

[1465] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 13 ; C. 2, 23 (24), 2.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Dans la connaissance de la cause, on agitait [la question de savoir] si, à lui seul, il fallait donner un secours ou bien à ceux qui, en sa faveur, se sont obligés, comme par exemple à des garants. C'est pourquoi, si, alors que je sais qu'il est mineur et qu'en lui, je n'ai pas confiance, que toi, tu as donné garantie en sa faveur, il n'est pas juste qu'au garant, à mon préjudice, soit donné un secours, mais plutôt, à lui, devra être refusée l'action du mandat. En somme, il faudra attentivement peser, pour le préteur, celui auquel plutôt, il donnera un secours, au créancier ou au garant ; car le mineur trompé, envers aucun des deux, ne sera tenu. Plus aisément, pour le mandant, il faudra dire qu'il ne doit pas lui être donné un secours ; ce dernier, en effet, était comme quelqu'un qui assure et un conseiller, pour qu'avec un mineur, il soit contracté. D'où, l'on peut traiter [de savoir] si le mineur devra implorer la remise en son état initial contre le créancier ou contre le garant. Je pense plus sûrement [que], contre les deux, [il le peut] ; en effet, la cause une fois connue et les adversaires étant présents, ou si, par le biais d'une contumace, ils font défaut, les remises en l'état initial doivent être soigneusement pesées. 1 - Mais parfois, la restitution sur le bien est accordée à un mineur, c'est-à-dire à l'encontre du possesseur de ce bien, bien qu'avec lui, il n'y ait pas de contrat. Comme par exemple du mineur, tu as acheté un bien et, à un autre, tu l'as vendu ; il peut parfois souhaiter, contre le possesseur, être remis dans son état initial, afin de ne pas perdre son bien ou de son bien, ne pas être privé, et cela, avec la connaissance du préteur ou avec l'annulation de l'aliénation, une action étant donnée sur le bien. Pomponius aussi, dans son livre XXVIII [sur l'Édit du préteur], écrit que* Labéon *pensait que, si un mineur de [moins de] vingt-cinq ans vendait un bien-fonds et le délivrait, si l'acheteur, de nouveau, l'aliénait, si, certes, l'acheteur suivant savait que l'affaire avait été ainsi faite, la remise en état initial, contre lui, devait être faite ; s'il l'ignorait et que le premier acheteur était solvable, elle ne doit pas être faite ; mais, si au contraire, il n'est pas solvable, il est plus juste qu'au mineur, soit donné un secours aussi contre celui qui l'ignorait, bien que, de bonne foi, l'acheteur soit ».*

Constitution de Gordien adressée au soldat Trypho et donnée en 241 : *« Un fils de famille, si, mineur de [moins de] vingt-cinq ans, en faveur d'un étranger, il a donné garantie, ne se voit pas interdire de demander une remise en son état initial. Mais, si, en faveur de son père, il est un garant et qu'à celui-ci, étant mort, il n'a pas succédé, il peut demander la remise en son état initial ».*

[1466] (Note de Groenewegen) Voyez ci-dessus, § 8, la note 1543.

§ 13. La seconde différence est que les autres remises en l'état initial sont prescrites avec le délai commun [1467] ; mais cette remise en l'état initial disparaît à moins qu'elle ne soit mise en œuvre dans les quatre ans après que la majorité a commencé [1468].

Note de Willem Schorer sur la note 1467 de Groenewegen van der Made

La remise [en l'état initial] est à bon droit demandée à partir d'une crainte, selon l'auteur, dans les trente ans. La raison en est que, dans nos usages, elle n'est plus pénale, mais relative à la poursuite d'un bien, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.4, tit.2, nb 18. Ce qui est aussi vrai quant à l'action de dol, aujourd'hui non infamante, voir Voet, lib. 4, tit.3, nb 24.]

[**Sur la note 1468 de Groenewegen van der Made**

Cependant, à l'encontre du délai de quatre ans, la remise en l'état initial est faite, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 4, nb 20 vers la fin.

Du reste, sur cette matière, il faut observer que nos usages sont plus enclins à la remise en l'état intitial que le droit romain, voir Voet, lib. 4, tit. 6, nb 9. Sforza Oddi montre l'équité de la remise en l'état intial dans sa *De restitutione in integrum*, part. I, quæst. 15, nb 95.

L'effet de la remise [en l'étatijnital] est que tout est ramené dans son état originel et cela non seulement pour ce qui touche l'affaire principale, mais aussi les accesssions d'un bien, voir Voet, lib. 4, tit.1, nb 21 et 22.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXI.Tout à fait à bon droit et conformément à la raison du droit, Grotius ensigne ici que les remises en l'état initial ne sont pas prescrites en quatre ans à partir de la cause d'un dol ou d'une crainte, mais qu'elles sont perpétuelles, c'est-à-dire qu'elles durent trente ans ; en faveur de cette sentence, jouent D. 4, 3 *(Du dol mauvais)*, 28, et C. 2, 19 *(De ce qui a été fait avec une violence ou à raison d'une crainte)*, 4. C'est pourquoi il n'y a pas ici besoin d'autres hésitations.]

*

Chapitre XLIX
De l'exception de chose jugée [1469]

[1467] (Note de Groenewegen) Voyez ici Wesembeck, *Paratitla* sur D. 4, 2 *(Ce qui, à raison d'une crainte, aura été administré)*, nb 8, et sur D. 4, 3 *(Du dol)*, nb 8 ; Oddi, *Tractatus de restituione in integrum*, part. I, quæst. 19, nb 28 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, concl. 585, lettre D ; Godefroy, Automne et Groenewegen sur C. 2, 20 (21) *(Du dol)*, 8.

[1468] (Note de Groenewegen) Voir C. 2, 52 (53) *(Des temps de la remise en l'état initial tant des mineurs et des autres personnes qui peuvent y être remises que de leurs héritiers)*, 7. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* ici même.

Constitution de Justinien adressée à Johannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Distinguant la vaine différence d'une année utile de la remise en l'état initial de notre bien public, nous consacrons que, dans l'ancienne Rome, dans cette ville mère, en Italie et dans les autres provinces, quatre années continues seront seulement comptées à partir du jour à partir duquel l'année utile courait et que c'est là le délai commun de tout endroit ; en effet, à partir de la différence des lieux, il a été considéré par nous assez absurde que quelque distinction soit introduite. 1 - Cela non seulement pour les remises en l'état initial des mineurs, pour lesquels l'année utile commence à courir à partir du moment où la date de leurs vingt-six ans s'est fait jour, mais aussi, pour celles des majeurs, nous consacrons que la même chose est employée pour qu'ici, à la faveur de l'année utile rappelée, la continuation du temps sera observée pour l'intervention de l'ouverture du débat judiciaire et pour terminer le procès. 2 - Et, de même que tout âge mineur est reçu pour les remises en l'état initial des mineurs, de même, pour le délai des majeurs dans lequel, à raison de la République, ils étaient absents, ou dans les autres raisons légales qui, dans les anciennes lois, ont été énumérées, ont été occupées, tout sera recommandé et ne sera pas dissemblable, sur ce point, la remise en l'état initial des mineurs et des majeurs ».*

[1469] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 2 *(Des aveux)*.

Ce titre renferme 31 extraits.

§ 1. À PARTIR D'UNE CAUSE EXTRINSÈQUE, l'obligation est rendue sans effet par un *jugement* ou *ce qui est semblable à un jugement*, ce qui, au tribunal, peut être produit par une exception [opposée] contre la demande [1470].

§ 2. Une EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE *a lieu quand la même chose, par la même personne, de la même personne, à partir de la même cause, est demandée sur laquelle un jugement a été porté et est allé en force de sentence* [1471].

[**Note de Willem Schorer**

Quant au droit, il est très vrai que la chose faite entre les uns ne nuit pas ou n'est pas utile aux autres ; par conséquent, , que la sentence fait le droit entre les seules parties au procès, voir Carpzov, *Definitiones forenses*, part. I, const. 26, defin. 15, à moins qu'il n'y ait une même raison de vaincre et que le nœud de la question soit le même devant le juge, voir de même Carpzov, *Definitiones forenses*, part. I, const. 26, defin. 16.]

§ 3. La *même chose* est aussi entendue exister quand la totalité étant d'abord réclamée, ensuite, une partie est réclamée [1472].

[1470] (Note de Groenewegen) Voir les *Institutes de Justinien*, IV, xiii *(Des actions perpétuelles et temporaires et qui passent aux héritiers ou contre les héritiers)*, § 5 ; D. 12, 6, 60 et tout le titre de D. 44, 2 *(De l'exception de chose jugée)*.

« § 5. De même, si, avec une action, contre toi, on a agi en justice soit sur le bien, soit sur la personne, l'obligation ne dure pas moins et c'est pourquoi, selon le droit lui-même, par la suite, quant à la même chose, contre toi, on peut agir en justice ; mais tu dois, par l'exception de chose jugée, être secouru ».

Extrait du livre III des *Questions* de Paul : *« Julianus refusait que le véritable débiteur, après le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, l'action demeurant encore, [débiteur] qui a payé pût réclamer, parce qu'étant ni absous, ni condamné, il ne pourrait pas réclamer ; en effet, bien qu'il ait été absous, selon la nature, cependant, il reste débiteur ; il dit qu'il est semblable à celui qui, ainsi, a promis, que le navire, d'Asie, soit arrivé ou ne soit pas arrivé, parce que, d'une [cause ou de l'autre]* [1470]*, l'origine du paiement naît. 1 - Mais, quand quelqu'un, ce que, purement et simplement, il doit, sous condition avec l'intention de nover, l'a promis, la plupart pensent qu'il est incertain [de savoir] si, la novation étant en suspens, il peut réclamer ce qui a été payé, parce qu'à partir d'une nouvelle obligation, il le paie ; de même, il en est aussi, si tu exposes que des personnes différentes ont promis le même argent purement et simplement et sous condition avec l'intention de nover. Mais cela est différent ; en effet, dans une stipulation pure et simple et une stipulation conditionnelle, il est certain que le même [débiteur] le devra ».*

[1471] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 2, 12-14.

Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Quand il est demandé si cette exception portera ou non préjudice, il faut examiner si l'objet est le même … »*

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … sa quantité, la même, de même, le droit, … »*,

Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« … si la cause de la réclamation est la même et la condition des personnes, la même ; si tout cela ne concourt pas, la chose est différente. De même, on reçoit le bien matériel dans cette exception, non pas avec sa qualité première ou sa quantité servie, nul ajout ou nulle diminution n'y ayant été faite, mais plus largement, à la faveur de son utilité commune ».*

[1472] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 2, 7 et 8.

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si quelqu'un, alors qu'il a demandé le tout, réclame une partie, l'exception de choses jugée lui porte préjudice, car la partie est dans la totalité ; en effet, cette même chose est reçue, si l'on réclame une partie de ce tout qui a été demandé. Il n'importe pas [de savoir] si, sur un objet, cela est demandé, sur une mesure ou sur un droit. Par conséquent, si quelqu'un a réclamé un bien-fonds et qu'ensuite, il réclame une partie à la faveur d'un partage ou d'une indivision, il faudra dire que l'exception fait obstacle. Par conséquent, si tu me proposes que je réclame un certain endroit de ce bien-fonds que j'ai réclamé, l'exception fera obstacle. Il faudra approuver la même chose, si deux objets ont été demandés et que bientôt, l'un ou l'autre est réclamé, car l'exception fera obstacle. De même, si quelqu'un a réclamé un bien-fonds et qu'il réclame bientôt que les arbres soient coupés de ce bien-fonds, qu'il a réclamé un immeuble de rapport et qu'ensuite, il en réclame la surface ou qu'il en réclame les poutres ou les pierres ; de même, si j'ai réclamé un navire et que, par la suite, je revendique les simples bordées ; 1 - si j'ai réclamé une servante enceinte et qu'après le début du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, elle a conçu et accouché, et que bientôt, je réclame son enfant, c'est une grande question [que de savoir] si je suis considéré réclamer la même chose ou une autre. Et certes, l'on peut déterminer ainsi que la même chose est faite, chaque fois que, devant un second juge, il est demandé ce qui, devant le premier juge, a été demandé. 2 - Donc, dans tout cela, en général, l'exception porte préjudice ; mais, pour les pierres et les poutres, c'est différent ; car celui qui réclame un immeuble de rapport, s'il réclame les pierres, les poutres ou quelque chose d'autre comme sien, dans cette condition, se trouve, [à savoir] qu'il est considéré réclamer une autre chose ; le fait est qu'à celui auquel appartient l'immeuble de rapport, en tout cas, les pierres n'appartiennent pas ; enfin, ce qui a été joint aux constructions d'autrui, une fois séparé, le propriétaire peut le réclamer. 3 - Quant aux fruits, la question est la*

§ 4. De plus, un héritier, ayant obtenu un droit **[447]** de quelqu'un, ou un procurateur, est tenu pour une seule et même personne avec le prédécesseur ou le principal [1473].

§ 5. Un jugement entre en force de chose jugée, quand aucun appel ou réformation n'en arrive ou que le délai d'appel ou de réformation est écoulé [1474], à moins que, cependant, le même jugement, n'eût été modifié par une révision ; de tout cela, il sera parlé en son temps ; et, quoique quelqu'un dise avoir trouvé par la suite une nouvelle preuve, une telle chose ne lui serait pas pardonnée [1475], à moins qu'il n'eût été mineur [1476]. Cependant, des

---

même, et quant à une portée [d'animaux] ; en effet, ceux-ci n'étaient pas encore dans les choses humaines, mais proviennent du bien qui a été réclamé ; il est mieux [de dire] que cette exception ne porte pas préjudice. Clairement, si, dans la restitution du fruit ou aussi de la portée, cela n'entre pas et n'a pas été évalué, il sera logique de dire que l'exception doit être opposée. 4 - Et, de façon générale, comme Julianus le détermine, l'exception de chose jugée fait obstacle chaque fois qu'entre les mêmes personnes, la même question est rappelée ou [que c'est] avec une autre action en justice. Et c'est pourquoi, si, une succession ayant été réclamée, on réclame de simples biens ou que, de simples biens ayant été réclamés, on réclame la succession, avec l'exception, on sera repoussé. De même, il faudra l'approuver, si quelqu'un a réclamé une dette du débiteur de la succession, qu'ensuite, il réclame la succession ou au contraire, si, auparavant, il a réclamé la succession et que, par la suite, il réclame une dette ; car ici, l'exception fera obstacle ; en effet, quand je réclame une succession, tous les objets et toutes les actions qui, dans la succession, se trouvent, sont considérés être amenés dans la réclamation ».

Extrait du livre LI des *Digestes* de Julianus : *« De même, une partie d'un bien-fonds ayant été réclamée, si, avec l'action en partage de patrimoine* (familiæ herciscundæ) *ou en partage de bien commun* (communi dividundo)*, on agit en justice, également, avec l'exception, on sera repoussé ».*

[1473] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 2, 4, 9 § 2 et 11 § 3 ; Cooren, *Observationes*, obs. 28, nb 6-7. Voyez de plus la ci-devant dite obs. 28, nb 8 ; *Codex Fabrianus*, liv. VII, tit. 19, defin. 5 à la fin, et D. 44, 2, 7 § 4.

Extrait du livre LXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« L'exception de chose jugée est tacitement considérée inclure toutes les personnes qui amènent ordinairement la chose en jugement ».*

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Julianus écrit que l'exception de chose jugée, de la personne du vendeur à l'acheteur, passe ordinairement, mais en retour, de l'acheteur au vendeur, elle ne doit pas être revenue. C'est pourquoi, si tu as vendu un bien de la succession, que moi, de l'acheteur, je l'ai réclamé et que j'ai vaincu, à toi qui le réclames, je n'opposerai pas l'exception "mais, si cette chose n'a pas été jugée entre moi et celui auquel tu as vendu" ».*

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 3 - De même, Julianus écrit : alors que moi et toi nous étions, pour Titius, ses héritiers, si toi, tu as réclamé de Sempronius une partie du bien-fonds que tu disais être en totalité héréditaire et que tu as été vaincu, que bientôt, de Sempronius, j'ai acheté cette même partie, à toi qui agis en justice contre moi avec l'action en partage de patrimoine* (familiæ herciscundæ)*, l'exception fera obstacle, parce que la chose a été jugée entre toi et mon vendeur ; car, si, auparavant, j'ai réclamé cette partie et que j'ai agi avec l'action en partage de patrimoine, fera obstacle l'exception "parce que la chose aura été jugée entre toi et moi" ».*

Extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Et, de façon générale, comme Julianus le détermine, l'exception de chose jugée fait obstacle chaque fois qu'entre les mêmes personnes, la même question est rappelée ou [que c'est] avec une autre action en justice. Et c'est pourquoi, si, une succession ayant été réclamée, on réclame de simples biens ou que, de simples biens ayant été réclamés, on réclame la succession, avec l'exception, on sera repoussé. De même, il faudra l'approuver, si quelqu'un a réclamé une dette du débiteur de la succession, qu'ensuite, il réclame la succession ou au contraire, si, auparavant, il a réclamé la succession et que, par la suite, il réclame une dette ; car ici, l'exception fera obstacle ; en effet, quand je réclame une succession, tous les objets et toutes les actions qui, dans la succession, se trouvent, sont considérés être amenés dans la réclamation ».*

[1474] (Note de Groenewegen) Voir Voir C. 7, 52, 3 ; D. 44, 2 *(De l'exception de chose jugée)*, 1 et là, Wesembeck, *Paratitla*, nb 3 à la fin.

Constitution d'Antonin le Pieux adressée à Demetrius (sans date) : *« Si, déterminés, vous étiez assoiffés de produire l'argent, avec une pénalité dont il apparaissait que vous l'aviez soustraite avec un mauvais calcul et que vous n'en aviez pas appelé à l'ordre reconnu du gouverneur, vous devrez produire le montant total ».*

Extrait du livre II *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Du fait que les choses jugées entre les uns, aux autres, ne portent aucun préjudice, à partir de ce testament, quand la liberté a été accordée ou un legs ayant été fait, bien que le testament ne soit pas réputé ouvert, nul ou injuste, si le légataire a été vaincu, un préjudice, envers la liberté, n'est pas fait ».*

[1475] (Note de Groenewegen) Voir Voir C. 7, 52, 4 ; Cooren, *Observationes*, obs. 26 ; Fachinæus, liv. I, cap. 51-52 ; Bronckhorst, cent. 4, assert. 18 ; Papon, *Arrests*, iv. XIX, tit. 8, art. 3.

Constitution de Gordien adressée à Antoninus (sans date) : *« Sous prétexte de nouveaux instruments retrouvés par la suite, il est d'un grave exemple de recommencer les choses [qui ont été] jugées ».*

[1476] (Note de Groenewegen) Voyez tout le titre de C. 2, 26 (27) *(Si, contre la chose jugée)*. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ici même.

Le titre en question du Code comporte 5 constitutions.

jugements donnés sur le dire de certaines personnes savantes [1477] ou dans un conflit matrimonial [1478], sur un soupçon [1479] ou sur un faux instrument [1480], n'ont aucun effet de chose jugée, l'erreur étant découverte [1481].

[1477] (Note de Groenewegen) Voir Wesembeck, *Paratitla* sur D. 44, 2 *(De l'exception de chose jugée)*, nb 8 ; Oddi, *De in integrum restitutione*, quæst. 74, nb 33 ; Roberto Maranta, *Speculum aureum*, part. VI, *De sententiis*, nb 131 ; Gail, *Practicarum observationum … Libri duo*, liv. II, obs. 111, nb 16 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, concl. 173, nb 21, lettre S ; Giasone del Maino sur D. 12, 2 *(Du serment volontaire, nécessaire ou judiciaire)*, 39, nb 39.

[1478] (Note de Groenewegen) Voir Décrétales, II, xxvii, 7 ; Wesembeck dans ledit endroit ; Oddi dans ladite quæst. 74, nb 35-36 ; Gail, *Practicarum observationum … Libri duo*, liv. I, obs. 112 ; Roberto Maranta, dans ledit tit. *De sententiis*, nb 135 ; Tusch, dans ladite concl. 173, nb 23 avec les suivants.

Décrétale d'Alexandre III à l'évêque de Norwich et à V., archidiacre : *« Le porteur des présentes, [votre paroissien W.], nous a, avec une notification, montré qu'alors qu'[à la face de l'église], il avait légalement fiancé une certaine femme, [une veuve du nom de A.], et qu'une union charnelle s'en était ensuivie, entre eux, un scandale est né, à l'occasion duquel [le ci-devant dit mari] lui a soustrait la dette conjugale. Mais, ayant cette chose déplaisante de la femme [déjà dite] consanguine, [en votre présence], les exposants ont soulevé la question [en disant] qu'il avait épousé la femme contre son gré et qui résistait et n'était pas d'un âge approprié au mariage. Et, parce que, de même, [le mari, comme il nous est exposé], souhaitait mener une vie dissolue, seulement, le zèle des deux intervenant, ils avaient été moins raisonnablement séparés. En conséquence, ne voulant pas que les mariages canoniquement contractés, avec une certaine légèreté, soient dissous, [en le recommandant à votre discrétion par des lettres apostoliques], nous commandons que, dans la mesure où, si cela vous était clair, vous fassiez en sorte que ceux-ci, par un jugement de l'église, ne fussent pas légalement séparés et l'église trompée, et que ceux-ci mêmes, [la contradiction et l'appel cessant], demeurent comme mari et épouse en même temps ».*

[1479] (Note de Groenewegen) Voir en argument C. 9, 9, 34 (35) et là, les docteurs ; Wesembeck, *Paratitla*, sur D. 44, 2 *(De l'exception de chose jugée)*, nb 8 ; Oddus, dans ladite quæst. 74, nb 31-40 ; Roberto Maranta, dans ledit tit. *De sententiis*, nb 133-139 ; Tusch, *Practicæ conclusiones*, dans ladite concl. 173, nb 26 ; Giasone del Maino sur ledit texte de D. 12, 2 *(Du serment volontaire, nécessaire ou judiciaire)*, 39, nb 38.

Constitution d'Honorius et Théodose adressée à Palladius, Préfet du prétoire, et donnée en 421 : *« Si une femme, avec un offre de répudiation sans aucune cause légale, s'est séparée de celui auquel elle a été donnée, afin qu'elle n'entache pas, avec la lubricité d'une relation coupable, son veuvage, à son mari répudié, nous déférons l'accusation légalement ».*

[1480] (Note de Groenewegen) Voir D. 5, 1, 75 ; D. 44, 2, 33 ; tout le titre de C. 7, 58 *(Si, à partir de faux instruments ou témoignages, il va être jugé)*. Voyez de plus Groenewegen, *De legibus abrogatis* ici même.

Extrait du livre XXXVI des *Digestes* de Julianus : *« Si le préteur a ordonné que celui, duquel une dette est réclamée, est présent et que, l'ordre des Édits ayant été suivi jusqu'au bout, il a prononcé que l'absent la devait, en tout cas, le juge qui, du jugement, a la connaissance doit, quant à la sentence du préteur, avoir connaissance ; autrement, vains sont les Édits de cette sorte et les décrets des préteurs. Marcellus relève : si, par le biais d'un dol, le sachant, [quelqu'un], faussement, prétexte quelque chose et que, de cette façon, il a obtenu la sentence du préteur, que cela a été clairement prouvé, je pense que le juge doit recevoir la plainte du défendeur. Paul relève : mais, si, empêché par une maladie et, à raison de la République, appelé, le défendeur n'a pu être présent, je pense que l'action de mise à exécution du jugement* (actio judicati)*, dans ce cas, contre lui, doit être refusée ou que le préteur ne doit pas suivre ce qui a ainsi été jugé ».*

Extrait du livre III des *Discussions* d'Ulpien : *« Si, en justice, l'on a agi et que seuls, les intérêts ont été réclamés, il ne faut pas craindre que porte préjudice l'exception de chose jugée pour la réclamation du capital ; parce qu'en effet, elle ne se présente pas, ayant été opposée, elle ne porte pas préjudice. Il en sera de même, si quelqu'un, à partir d'une action de bonne foi, poursuit seulement les intérêts ; car les intérêts du temps futur n'échoient pas moins ; aussi longtemps, en effet, que demeure le contrat de bonne foi, les intérêts courent ».*

C. 7, 58 comprend 4 brèves constitutions que l'on peut présenter ici dans leur ordre.

Constitution de Sévère et Antonin adressée à Vipsania (sans date) : *« Si tu veux dire que les tablettes du testament, dont, les poursuivant, le très illustre proconsul a prononcé la sentence, sont fausses, il fournira sa connaissance non obstant la prescription de chose jugée, parce qu'il n'a pas encore été question du faux ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Optatus et donnée en 224 : *« Et ceux qui n'ont pas fait appel, si, avec de faux instruments qu'ils ont été vaincus, alors que, d'un crime, ils avaient informé, sur de nouveaux frais, quant à la cause, ils sont entendus ».*

Constitution d'Alexandre adressée à Clemens (sans date) : *« Tu ne te verras pas interdire, selon l'usage habituel, de prouver un faux témoignage, certes, dont la partie adverse, dans le jugement, contre toi, a usé, comme tu l'exposes. Mais la cause de ce qui a été jugé, à la nullité, n'est pas remise, si ce n'est si tu peux prouver que celui qui avait jugé, suivant la foi de cet instrument, dont il est établi qu'il est faux, contre toi, avait prononcé ».*

Constitution de Gordien adressée à Herennius (sans date) : *« L'exécution de ce qui a été jugé est ordinairement suspendue et la répétition de ce qui a été payé, donnée, si, avec de faux instruments, il avait été montré qu'avec de faux instruments, la religion du juge avait été circonvenue, le crime de faux étant porté par la suite ».*

[1481] (Note de Groenewegen) Voyez de plus le chapitre suivant, § 5, note 1487.

[**Note de Willem Schorer sur la note 1474 de Groenewegen van der Made**

La chose jugée, selon l'auteur, comme cela [a] déjà [été dit] ci-dessus, liv. III, chap. XXXVII, § 9, sur la note 1275, est tenue pour la vérité, voir D. 1, 5 *(Du statut des hommes)*, 25. Cela a été ainsi reçu pour l'utilité publique, ainsi, de sorte que le titre de C. 7, 64 *(Quand il n'est pas nécessaire de faire appel)* est aboli dans nos usages et ceux des peuples plus civilisés à partir de la sentence de Groenewegen, comme ce dernier enseigne qu'il a été aboli dans le royaume de France, voir Bugnyon, *Traité des loix abrogées*, p. 26, et dans les usages de la Gueldre, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 2, nb 37, part. II, cons. 14, nb 1, 2, 3 et suivants. Cela a été aussi reçu dans la Belgique autrichienne et a été jugé plus d'une fois par la Cour Suprême de Malines, voir *Précise du droit Belgique*, p. 274.

Par conséquent, la sentence, bien que nulle selon le droit lui-même, tire son effet, un appel n'ayant pas été interjeté, et qu'elle passe en force de chose jugée, à moins cependant que la nullité ne procède à partir d'un défaut de la juridiction, de la citation ou du mandat, ainsi a-t-il semblé à Groenewegen, *De legibus abrogatis*, sur ledit titre de C. 7, 64, Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. I, cons. 2, nb 38 et 39, *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 118, nb 9, et Vromans, *De foro competenti*, lib. III, cap. 1, § 4. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 49, tit. 8, suit aussi cette doctrine. Sebastian Vantius, *De nullitate sententiarum*, tit. 10, 11 et 12, traite longuement de ces défauts.

Cependant, si le juge a diamétralement jugé contre les lois, se sorte que la sentence heurte sur une claire erreur de droit, par exemple s'il a prononcé le testament fait par un impubère valide, je pense plus vrai que, pas même dans ce cas, celui qui est tombé de la cause a besoin d'un appel, du fait que la sentence qui contient une erreur de droit exprimée est tenue de la même manière que si elle n'avait pas été protée, voir Radelant, *Decisiones curiæ Trajectinæ*, decis. 54, nb 9 et 10. Parladorio, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturiæ*, diff. 70, nb 10, a prononcé qu'un se sentence notoirement injuste était nulle selon le droit lui-même, à un point tel que le juge peut lui-même la réformer, parce qu'il ne s'est pas acquitté de son office en jugeant de façon nulle, voir Vantius, *De nullitate sententiarum*, tit. 3, nb 9, et la sentence ne peut pas être mise à exécution, voir Wamesius, *Consiliorum centuriæ*, cent. I, cons. 76, nb 3. Il y en a qui enseignent que la nullité notoire est opposée contre trois sentences conformes, voir Berlich, *Conclusiones practicabiles*, concl. 61, nb 21, p. 228. Jamais, elle ne passe en chose jugée, quoique l'on ait abandonné celle-ci en interjetant un appel, voir de même, lib. II des *Differentiarum quotidianarum*, nb 12. p. 269. Mieux, un accusé peut faire valoir en justice son droit quant à une nullité, bien qu'il n'ait pas usé du remède de l'appel, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 26, defin. 21, nb 7, et defin. 24, de même *Processus juridicus*, tit. 16, art. 4, nb 55. Par conséquent, il n'y a pas besoin que l'appel soit infirmé, voir Tulden sur C. 7, 64 *(Quand il n'est pas nécessaire de faire appel)*, nb 1 et 2 ; Perez, nb 2 ; Brunemann sur C. 7, 64, 1 et 2, et ce que j'ai relevé plus haut, liv. II, chap. V, § 3, sur la note 156.

Dans le droit commun, pendant trente ans, l's nullité sont proposées. Dans le droit de Zutphen, la sentence ayant été prononcée, non au-delà du quatorzième jour, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 13, nb 1, 2 et 5.

Du reste, il faut relever que les sentences, aussi un appel ayant été interjeté, doivent être mises à exécution, comme le tient van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 110 et suivants, p. 837 ; Willem Grotius, *Isagoge ad praxis forensis batavica*, lib. II, cap. 7, nb 17.

Van Alphen, *Papegay ofte formulier-boek van allerhande requesten*, part. I, p. 244, enseigne quelle sera la différence entre un appel et une réformation.]

[**Sur la note 1475 de Groenewegen van der Made**

À raison d'instruments récemment trouvés, selon l'auteur, l'annulation n'est pas à bon droit demande ; ce qui est vrai, mais non indistinctement ; car il y aura lieu à la remise [en l'état initial] chaque fois que cela n'aura pas tenu à celui qui fait le procès et que sa faute interviendra empêchant qu'ils soient trouvés. Supposez que de tels instruments aient été dans les mains d'un tiers sans son fait et qu'il n'ait pas pu en avoir

connaissance, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. II, cons. 269, surtout, s'ils n'ont pas été trouvés avec un dol de l'adversaire et que la sentence a son fondement dans le serment déféré par le juge, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 1, nb 28. Qu'en est-il s'il s'appuie sur des instruments faux ? Là où une fausseté apparaît, elles est tout à fait annulée par le biais d'une remise en l'état initial, ainsi, de sorte que , clairement, elle perde toute l'autorité d'une chose jugée et que la cause soit de nouveau examinée, de la même façon que s'il n'y avait jamais eu connaissance de cette affaire pour le juge, voir Voet, lib. 42, tit. 1, nb 28, bien que Groenewegen le refuse dans ce cas aussi pour la remise en l'état initial et presse à l'appel, à moins que la sentence n'ait été portée par la Cours Suprêmes dont on ne peut pas faire appel, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 58 *(Si, à partir d'instruments ou de témoignages faux, il a été jugé)*, 2. Lorsque la Cour militaire déléguée par les États Généraux, de la sentence de laquelle on croyait à peine on allait obtenir un appel à raison des conséquences, avait condamné faussement un patron de navire qui avait activement fait une affaire contre les Anglais, il a été répondu que cette sentence dont la nullité apparaissait aussi à raison d'instruments récemment découverts, était à bon droit annulée par le pouvoir suprême à partir de la plénitude de son pouvoir, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, cons. 185, p. 558 et suivantes, et ainsi aussi, Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 63, nb 12, 13 et 14. Dans l'édit de Flandre de 1674, art. 26 et 27, onze causes sont énumérées à raison desquelles quelqu'un est remis dans son état initial à l'encontre de la sentence, voir *Précis du droit Belgique*, p. 286. Pour que l'on soit remis dans son état initial, une corruption de témoins n'est pas requise, comme le défend Brunemann contre Doneau sur D. 42, 1 *(De la chose jugée, de l'effet des sentences et des sentences interlocutoires)*, 33, nb 2, pourvu que l'on puisse prouver que la sentence s'est appuyée sur un instrument faux, voir Cujas dans ses *Paratitla* sur C. 7, 58 *(Si, à partir d'instruments ou de témoignages faux, il a été jugé)* ; Berlich, *Conclusiones practicabiles*, part. I, concl. 61, nb 38 ; Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 111, nb 16 et suivants ; *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. V, p. 559, dans le passage *Dat voorts* - "Que, de plus". Du reste, il faut observer que le juge, par le biais du prononcé de la sentence, s'est acquitté de son office à un point tel qu'ensuite, il cesse d'être juge et que la sentence portée contre la sentence ne subsiste pas ni n'inverse la première, voir Schomaker, *Consilia et responsa juris*, part. II, cons. 4, nb 7 ; Carpzov, *Definitiones forenses*, part. I, const. 26, defin. 14. À partir du privilège accordé par le comte Guy aux Gantois, les juges réforment eux-mêmes les sentences portées dans leur chambre, voir de Haan dans ses notes sur les coutumes de Gand, rubr. I, art. 5. La sentence interlocutoire est révoquée à bon droit par le juge même qu'il l'a portée dans les dix jours depuis le moment du prononcé, car, ce terme étant écoulé, elle reçoit la force d'une chose jugée, à moins cependant que, de son propre mouvement, à partir de son noble office, le juge ne l'ait lui-même révoquée, voir van Merle, *Manier van procederen*, liv. IV, tit. 91, chap. 1 en totalité ; Radelant, *Decisiones curiæ Trajectinæ*, decis. 94, nb 4. Damhouder, dans sa *Practica civilis*, cap. 144, 145 et 146, explique plus longuement les qualités natives originelles de la sentence interlocutoire, auquel on peut ajouter Velasco, *Decisiones et Consilia*, t. I, cons. 47.

En outre, il faut relever que l'avocat ou le procurateur au procès, s'il use avec un dol d'un instrument faux, tombe pour cette raison dans le crime de faux, voir Vromans, *de foro competenti*, lib. III, cap. 21, ce que Middelant construit ici avec un grand nombre de choses dans ses notes ; à la fin, il signale cependant que cela est permis aux patrons des causes [en d'autres termes les avocats], pourvu que la cause qu'il défend soit juste ; car, à partir de la sentence de Barbosa, les juges doivent être trompés pour ne pas être trompés ; et il indique ici le catalogue des sentences des jurisconsultes, auxquelles ont peut ajouter Mynsinger, *Responsorum centuriæ*, cent. 3, obs. 6 ; Wesembeck sur C. 2, 8 *(Des avocats des différentes actions)*. Cependant, le célèbre Jakob Schult, *Thesaurus controversiarum acsententiarum*, decad. 9, nb 1, 2 et 3, défend la sentence contraire.]

[**Sur la note 1477 de Groenewegen van der Made**

La raison en est que ni quant au droit canonique, ni quant au droit civil, une telle sentence n'a la force d'une chose jugée, à moins que les experimentés dans l'art, en prêtant serment, ne portent un témoignagesur une chose qui, avec eux, peut être, de façon plus certaine, plus claire, voir Gail, *Observationes*, lib. II, obs. 111, nb 19.]

[**Sur la note 1479 de Groenewegen van der Made**

En dehors de ce que l'auteur tient ici à la fin, la chose jugée est aussi privée d'effet si le défendeur, vainqueur par le biais de la sentence, souffre que, par le demandeur, il soit de nouveau agi en justice contre lui et ne se défend pas avec l'exception de chose jugée ; de même, sil a allégué, mais que l'adversaire refuse ce qui a été jugé et que le juge juge qu'elle ne fait pas obstacle, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 1, nb 47. De plus, la chose jugée périt avec une novation, comme nous l'avons déjà vu liv. III, chap. XLIII, § 1, sur la note 1384. Pour que l'on puisse à bon droit se défendre avec l'exception de chose jugée, il est requis que le même corps soit demandé, que la quantité soit la même, que la cause de réclamation soit la même, que la condition des personnes soit la même, voir D. 44, 2 *(De l'exception de chose jugée)*, 12, 13 et 14. Cependant, la sentence portée de façon exécutoire contre un tuteur porte préjudice au mineur avec le fait de son droit par la suite, et ainsi la Cour de Flandre l'a-t-elle jugé en 1674, mais pour la veuve, après qu'elle a épousé une autre personne, il n'en est pas de même, voir *Précis du droit Belgique*, p. 290 et 291.

Du reste, Voet, lib. 42, tit. 1, nb 47, tient comment la sentence est mise à exécution et pendant combien de temps dure l'action. Il observe ici que la sentence portée par la Cour de Flandre est aussi éteinte avec la prescription, voir *Instructie van den Hove van Vlaanderen*, art. 329. Ce qui a été étendu à Anvers à quarante ans non seulement à raison des échevins d'Anvers, mais aussi des juges inférieurs, voir les coutumes d'Anvers, tit. 61 *(De la prescription et du cours du temps)*, art. 7, p. 184, auxquelles on peut ajouter van Merle, *Manier van procederen*, p. 83.

En outre, il faut relever sur l'appel que toujours, quant à notre droit, la remise en l'état initial est accordé contre une course fatale et que, dans le comté de Flandre, cette voie n'est bloquée pour personne, à moins qu'autant d'espace de temps entre la sentence portée et l'appel ne soit intervenu qu'il est requis pour la prescription, et ainsi ici, a-t-il été jugé plus souvent et de nouveau, voir *Précis du droit Belgique*, p. 270.]

*

[448] Chapitre L
De l'exception de serment

§ 1. SEMBLABLE À UN JUGEMENT est *un serment qui est fait par quelqu'un sur une chose qui, par son adversaire, était déférée à son serment* [1482].

[1482] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 2, 3 § 1, 5 § 2 et 7 ; D. 44, 5, 1. Voyez les privilèges de la Hollande du Sud, p. 121-122. Ce secours tiré de la confection d'un serment a aussi lieu suivant les lois romaines et conserve sa force, quoique celui qui a fait le serment, par la suite, soit convaincu de parjure, voir D. 4, 3, 21 et 22 ; C. 4, 1, 1. Mais voyez contre cela Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 1 *(Des choses prêtées et du serment)*, 1.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Mais, avec n'importe quelle action, quelqu'un sera cité en justice et, s'il a juré, lui sera utile le serment que, sur la personne* (in personam)*, sur un bien* (in rem)*, en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, qu'avec une action pénale ou n'importe quelle autre action, on agisse en justice, ou quant à un interdit ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - En faisant un serment, on ne demande rien d'autre que si l'on a juré, une fois remise la question [de savoir] s'il sera dû, comme si l'on avait assez prouvé en faisant le serment ».*

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Pour cette affaire quant à laquelle un serment a été déféré, ni contre lui-même, ni contre celui que cette affaire concerne, je n'accorderai d'action". "Pour cette affaire" devra être ainsi entendu, [à savoir] que, quant à toute [l'affaire] ou quant à une partie, le serment ait été fait ; car, quant à ce qui a été*

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXII. L'usage du serment nécessaire déféré par une partie à une partie dans un jugement a aussi autrefois été reçu chez nous, voir *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 99 ; *Keuren van Leiden* de 1583, art. 128, et l'édit de 1658, art. 190, et il a encore été approuvé dans les usages, voyez les nouvelles notes sur van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 71, cap. 1, § 3, p. 213. Mais ce serment peut avoir lieu aussi pour les délits plus légers, comme l'injure et le dommage causé avec une injure, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 2, nb 10, non pour les plus graves, voir dans ledit titre, nb 27 ; *Rechtsgeleerde observatien*, part. II, obs. 99, et dans le supplément, part. IV, p. 257.]

§ 2. *Par quelqu'un*, que ce soit par l'homme lui-même ou son procurateur en en ayant une procuration spéciale [1483].

§ 3. *Fait* : cela serait la même chose, dans le cas où, étant prêt à faire le serment, celui-ci lui était remis [1484].

§ 4. *Par son adversaire* ou le procurateur de celui-ci établi pour toutes les affaires, celui qui avait la charge particulière ou celui qui avait le pouvoir d'agir en justice pour son propre profit [1485].

§ 5. *Déférée à son serment*, car un serment volontaire n'a aucune force [1486], ni aussi un serment dont quelqu'un est chargé par le juge, à moins que là-dessus ne suivît un jugement et que celui-ci ne passât en force de chose jugée [1487].

---

juré, il est proposé qu'il n'accordera d'action ni contre celui qui a juré, ni contre ceux qui, à la place de celui auquel le serment a été déféré, succèdent ».

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si, moi te déférant [le serment], tu as juré et que tu es absous, que, par la suite, le parjure avait été approuvé, Labéon dit que, quant au dol, l'action contre lui, doit être accordée ; mais Pomponius [dit] que, par le biais du serment, est considérée avoir été faite une transaction et Marcellus approuve cette opinion dans le livre VIII de ses Digestes ; on doit, en effet, s'en tenir à son respect ».*

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Car est suffisante la peine du parjure ».*

Constitution d'Antonin adressée à Herculianus er donnée en 213 : *« La cause, un serment, à partir du consentement des deux parties, l'adversaire le portant, ayant été déféré et prêté ou remis, ayant été décidée, sous le prétexte d'un parjure, ne peut pas être rétractée, à moins que, spécialement, avec cette loi, il ne soit excepté ».*

[1483] (Note de Groenewegen) Voir Sexte II, iv, 3 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. I, tit. 9, defin. 1 et les jurisconsultes ici cités.

Décrétale de Boniface VIII : *« Le juge est censé ne t'avoir fait aucune injure, qui a reçu le procurateur de ton adversaire établi pour la cause et qui a sur cela un mandat spécial pour prêter dans celle-ci le serment de calomnie ».*

[1484] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 2, 5 § 4, et 16.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Si l'on n'a pas juré et que le serment n'a pas été remis, à la faveur de celui-ci, doit-on le tenir, comme si l'affaire n'avait pas été, dans le serment, permise ? Par conséquent, si, par la suite, on s'est préparé à jurer, ce serment ne lui sera en rien utile, parce qu'à partir de ce qui a été déféré, l'on n'a pas juré ».*

Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Si un patron a épousé son affranchie, il ne sera pas contraint de jurer quant à l'action de détournement de biens* (rerum amotarum)*, mais, si lui-même défère le serment à son affranchie, quant à la fausse accusation, elle ne doit pas jurer ».*

[1485] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 2, 17 § 3 et D. 12, 2, 18.

Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - Le procurateur aussi, le serment qu'il a déféré doit être confirmé, à savoir, s'il supporte l'administration de tous les biens, si cela même lui a été donné en mandat ou si, sur son propre bien, il est procurateur ; … »*

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« … mais autrement, Julianus, dans le livre X de ses Digestes, écrit que le procurateur qui défère serment ne doit pas être entendu, afin que, par la suite, le débiteur qui a une bonne fois juré, par le principal, ne soit pas cité en justice ; cela ne lui est pas beaucoup utile, si lui a été donné garantie quant à la confirmation ; en effet, que le principal le réclame, le défendeur sera contraint de montrer que, de façon claire, il a juré, à savoir, l'exception ayant été posée, ou qu'à partir de la stipulation quant à la confirmation, il agisse en justice, lui-même aura nécessairement, quant à son parjure, à le montrer ».*

[1486] (Note de Groenewegen) Voir D. 12, 2, 3.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Si celui, contre lequel on agit en justice, l'engagement lui ayant été déféré, a juré". Nous devons recevoir celui contre lequel on agit en justice comme le défendeur lui-même. Il n'est pas en vain ajouté : "l'engagement lui ayant été déféré" ; car, si le défendeur a juré, personne ne lui ayant déféré le*

[**Note de Willem Schorer sur la note 1487 de Groenewegen van der Made**

Ce que Groenewegen enseigne dans sa note sur ce paragraphe est vrai, mais a besoin d'une explication ultérieure ; car, si l'on peut apprendre du dol de celui qui se parjure depuis le commencement, il n'y a aucun doute qu'au lésé, avec l'action ou l'exception de dol, il est donné un secours du fait que la force du serment ou d'une transaction est la même. Déjà, à raison du dol qui a donné sa cause à l'action, la transaction est infirmée ; pourquoi donc pas aussi le serment ?

Mai, si, par erreur ou une certaine témérité, un parjure a commencé, il faut le statuer autrement. La raison en est que tout défèrement ou rapport de serment comprend un pacte tacite par le biais duquel le demandeur qui, certes, défère ou rapporte se voit offrir de renoncer à une poursuite ultérieure, pourvu que le défendeur ait juré que le bien qu'il réclame au demandeur est le sien ou qu'il ne doit rien, mais le défendeur qui défère ou rapporte promet qu'il paiera ou rendra ce qui est demandé, pourvu que le demandeur ait juré que le bien était le sien ou lui était dû, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 12, tit. 2, nb 25, du fait que, dans le cas inverse, celui qui a été déféré avec le décret du seul juge reçoit facilement une infirmation, bien que le dol du parjure ne soit pas prouvé, parce qu'aucun pacte ou transaction n'est jugé avoir été conclu, voir Voet, lib. 12, tit. 2, nb 31. En tout cas, cependant, la preuve au contraire est reçue, voir van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 71, cap. 4, nb 2, p. 616.

Du reste, il faut relever que le serment déféré à une partie est récusé à bon droit par l'adversaire ; il ne doit ni être prêté ni rapporté jusqu'à ce que le juge l'ait décrété et qu'il ait approuvé à plus forte raison le défèrement, voir Voet, lib. 12, tit. 2, nb 31. Dans ce cas, l'appel est refusé à celui qui refuse de le prêter, voir van Merle, *Praxis civilis*, lib. IV, tit. 71, cap. 1, nb 7, p. 613. Cependant, dans le nb 8, il indique les exceptions tantôt de la part du demandeur, tantôt de la part du défendeur ; par exemple personne n'est

---

serment, le préteur ne protégera pas ce serment ; en effet, à lui-même, il a fait le serment ; autrement, chacun, de très bonne disposition, qui recourt au serment, personne ne lui ayant déféré le serment, des charges des actions en justice, se libérera. 1 - Mais, avec n'importe quelle action, quelqu'un sera cité en justice et, s'il a juré, lui sera utile le serment que, sur la personne (in personam)*, sur un bien* (in rem)*, en fonction des circonstances du fait* (in factum)*, qu'avec une action pénale ou n'importe quelle autre action, on agisse en justice, ou quant à un interdit. 2 - Mais, si, quant à la condition d'une personne, on a fait le serment, le préteur protégera le serment, comme par exemple j'ai déféré serment et tu as juré que, sous ma puissance, tu ne te trouvais pas, le serment devra être protégé. 3 - D'où, Marcellus écrit aussi que, quant à cela, il peut être fait serment [pour savoir] si une femme est enceinte ou non et qu'au serment, il faut s'en tenir ; enfin, il dit que, si, quant à sa possession, il y avait une question, il fallait que fût observé si, peut-être, enceinte, elle voulait, en possession, entrer et, lorsque lui était portée une contradiction, si elle-même avait juré qu'elle était enceinte ou que, contre elle, on a fait le serment ; car, si elle-même [l'a juré], elle ira en possession sans crainte, si, contre elle, [on a juré], elle n'ira pas, bien que, véritablement, elle ait été enceinte ; sera utile, dit Marcellus, à la femme qui jure, son serment, de sorte qu'elle ne soit pas citée en justice comme si, à raison d'une fausse accusation, au titre du ventre, elle s'était trouvée en possession ou qu'elle ne souffre pas une violence lors de la possession. Mais Marcellus traite [de savoir] si le serment lui sera utile jusqu'au point, après la naissance de l'enfant, de n'être pas interrogée [pour savoir si], de celui-ci, il est né ou s'il n'appartient pas à celui auquel il est réputé appartenir ; et il dit que la vérité doit être interrogée, parce que le serment, à l'autre, n'est pas utile et ne porte pas préjudice ; en conséquence, le serment de la mère, à l'enfant, ne sera pas utile ; et il ne portera pas préjudice, si la mère l'a déféré et que l'on jure que, de celui-ci, elle n'est pas enceinte. 4 - Mais il faut qu'il soit juré, comme le serment a été déféré ; du reste, si moi, j'ai déféré pour que, sur un dieu, tu jures, que, toi, sur ta tête, tu as juré ».*

[1487] (Note de Groenewegen) Car, le parjure étant découvert par la suite, à un jugement de cette sorte, la force de chose jugée est enlevé et [est tenu] pour non fait, voir D. 12, 2, 31 et là, les docteurs ; Oddi, *De restitutione in integrum*, quæst. 74, art. 1.

Extrait du livre XXX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Nous devons nous rappeler que, parfois, aussi après la réclamation d'un serment, il est permis dans les constitutions impériales, de nouveau, d'intenter une action, si quelqu'un dit qu'il a trouvé de nouveaux instruments dont, seuls, il usera. Mais ces constitutions, alors, sont considérées avoir lieu, lorsque, par le juge, quelqu'un a été absous (en effet, les juges, souvent dans les causes douteuses, ayant exigé un serment, jugent ordinairement selon celui qui a juré) ; si autrement, entre les mêmes, avec un serment, l'affaire a été transigée, il n'est pas accordé de renouveler la même cause ».*

contraint avec un serment de découvrir sa propre turpitude ; ainsi l'a jugé la Cour de Flandre en 1708, voir *Précis du droit Belgique*, p. 234.

Enfin, il faut observer que le demandeur défère à bon droit un serment, bien qu'il n'ait rien prouvé du tout, pourvu qu'il jure quant à une fausse accusation, voir Voet, lib. 12, tit. 2, nb 12 ; Brunemann sur D. 12, 2 *(Du serment volontaire, nécessaire ou judiciaire)*, 38, et sur C. 2, 1 *(De l'action intentée)*, 4. Il y en a qui, cependant, le pensent autrement, comme dans les notes sur van Merle, note a.]

*

[449] Chapitre LI
De la cession de biens et du répit [1488]

§ 1. Les REMÈDES *qui rendent en partie les obligations sans effet* sont *la cession des biens* ou *la remise en l'état initial pour une lésion d'outre moitié.*

§ 2. Une CESSION DES BIENS est *une faveur qui est obtenue de l'autorité suprême* [1489] *par laquelle un débiteur est libéré d'un emprisonnement* [1490] *et aussi, n'est-il pas de plus tenu de satisfaire aux dettes qu'étant exceptée sa nécessité* [1491].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXIII. Il est reconnu, à partir des querelles des magistrats de Leyde déférées au comte de Hollande quant à la trop grand facilité en l'accordant, que le bénéfice de la cession des biens était déjà en usage vers la fin du XV^e^ siècle ; voyez le privilège du 30 juillet 1501 chez Mieris, *Handevesten van Leiden*, p. 193.

DCCCLXXXIV. De même que le bénéfice de la cession des biens ne libère pas de la dette, de même aussi, il n'empêche pas la condamnation du débiteur qui a déjà été cité en justice auparavant, cependant, l'exécution étant en suspens jusqu'à ce que je juge ait statué de l'enregistrement de ce même bénéfice, comme l'a aussi jugé la Cour Suprême le 27 juillet 1776. Il ne suspend pas aussi l'effet d'un arrêt obtenu antérieurement, comme l'a décidé de même la Cour Suprême le 14 novembre 1776, bien qu'il fasse en sorte qu'après son obtention, la cause de l'enregistrement étant en suspens, l'arrêt ne puisse pas être imposé au débiteur, comme l'a jugé la Cour le 11 juillet 1791, voyez van der Linden, *Form van procederen*, liv. II, chap. 31, § 3, p. 396 et suivantes.]

§ 3. Nous disons une *faveur de l'autorité suprême*, car chez nous (bien qu'une telle chose ne soit pas réclamée par les lois romaines [1492]), en sont fournies et accordées des lettres par le

---

[1488] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 3 *(De la cession des biens)* ; C. 7, 71 *(Ceux qui, de leurs biens, peuvent faire cession)* et Groenewegen ici même, *De legibus abrogatis* ; Brunus, *Tractatus de bonorum cessione.*

[1489] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction du Haut Conseil, art. 23 ; van Christijnen, *Decisiones*, vol. IV, decis. 124, nb 14.

[1490] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 71, 1.

Constitution d'Alexandre adressée à Irenæus et donnée en 223 : *« Ceux qui ont fait cession de leurs biens, à moins que le créancier n'ait recouvré la totalité [de la dette due par le débiteur], n'auront pas été libérés. En effet, cet avantage ne leur est utile que pour que ceux qui sont jugés ne soient pas traînés en prison ».*

[1491] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 3, 7 ; *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 40.

Extrait du livre II des *Pandectes* de Modestinus : *« Si les biens du débiteur sont vendus, les créanciers le demandant, il est permis que, de nouveau, les biens de ce même débiteur soient vendus, jusqu'à ce qu'ils obtiennent ce qui est leur, si, toutefois, de telles facultés ont été acquises au débiteur, dont le préteur pourra être ému ».*

« § 40. Celui aussi qui, à ses créanciers, de ses biens, a fait cession, si, par la suite, il a acquis quelque chose. [Pour] ce qu'il aura comme gain approprié, sur de nouveaux frais, sur ce qu'il peut payer, les créanciers, contre lui, font valoir en justice leurs droits ; en effet, il était inhumain qu'ayant été dépouillé de ses richesses, sur le tout, il soit condamné ».

[1492] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 3, 9 ; C. 7, 71, 6.

Extrait du livre XV des *Institutes* de Marcianus : *« Des biens, il est fait cession non seulement en droit, mais aussi en dehors du droit. Et il suffit que, par un messager ou par une lettre, cela soit annoncé ».*

Haut Conseil [1493] au nom de l'autorité suprême, après que ceux-ci ont d'abord eu les informations des magistrats de la place où le suppliant est domicilié [1494] et, par l'effet de cela, recevoir un mandement de cession [1495] pour pouvoir assigner ses créanciers, ainsi, le suppliant doit délivrer un état et un inventaire de ses biens avec les dettes et les créances et l'exacte période de la conclusion de celles-ci avec une déclaration sous serment qu'il n'a caché ni tu aucun bien, avec une description aussi de l'infortune qui lui est survenue après la conclusion des dettes et, qu'avec cela, il s'est contraint d'obtenir les lettres, le tout signé par lui ou par un greffier de la Cour **[450]** à sa demande, ou s'il est en prison, par le notaire de la place. Par le ci-devant dit mandement de cession les créanciers sont assignés pour voir et entériner les ci-devant dites lettres, comme aussi pour établir un curateur sur les biens qui en aura l'administration jusqu'à ce qu'autrement il soit chargé ; de plus, au mandement de cession est attachée la ci-devant dite déclaration faite par le suppliant pour en donner copie à tous ceux qui le désirent [1496] ; et le suppliant est tenu d'apparaître [en personne] au jour fixé dans le cas où un manquement est trouvé dans ce qu'il a donné à connaître [1497].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1492 de Groenewegen van der Made**

Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 6, enseigne plus longuement ce que l'auteur tient ici de la note 1492 à la note 1496 inclusivement. Mais supposons que celui qui implore ce bénéfice habite à la campagne ; alors, il doit être approuvé par le magistrat de la ville à laquelle ce bourg correspond ; mais, si celui qui implore la cession des biens de la Cour Suprême, est détenu avec un arrêt par la Cour de Hollande, l'examen [de savoir] si les prières s'appuieront sur la vérité et seront suffisamment justes doit être remis à la Cour présidiale, mais non au juge, où l'homme arrêté a son foyer.

En outre, il faut observer que, quand ce bénéfice est entériné, une seule citation suffit, parce que ceux qui ont été légalement cités sont considérés y avoir tacitement consenti, bien que les autres, étant présents au jugement, parlent contre la confirmation. Cependant, ici, doit être relevé que, quand il s'agit d'une quelconque remise d'une partie de la dette entre les créanciers, la minorité des créanciers qui ne veulent pas remettre la dette ne peut pas être contrainte par la majorité de ceux qui y consentent ; en effet, chacun est modérateur et arbitre de sa propre affaire ; ainsi a-t-il semblé à Charles Quint en 1554, art. 35, bien qu'on l'ait agréé autrement en Zélande ; car ici, le débiteur qui est tombé de ses biens sans son dol a stipulé à bon droit avec ses créanciers que les trois quarts des créanciers auxquels les deux tiers sont dus, ou les deux tiers des créanciers auxquels les trois quarts sont dus [phrase ici répétée en néerlandais], contraignent la minorité légalement citée de remettre la dette, cependant, sous la menace de la peine établie contre ceux qui font des collusions, comme cette ordonnance des États de Zélande l'indique, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 4, tit. 14, nb 28. Cela ne se retire pas du tout du droit romain, du fait que Justineien a expressément consacré que la cause soit jugée, les créanciers étant en désaccord, soit à partir du cumul de la dette soit à partir du nombre des créanciers, voir C. 7, 71 *(Ceux qui peuvent faire cession de leurs biens)*, 8. Ainsi aussi, dans la Belgique autrichienne, le nombre des créanciers prévaut, étant tenu compte des trois quarts de la dette, voir *Précis du droit Belgique*, p. 292. En Saxe, il a été jugé que la majorité des créanciers devait être comptée non à partir du cumul des personnes, mais du montant de la dette, voir Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 22, defin. 27.

Dans ses actes, l'empereur Théodose a dit en 386 : *« Dans toute cession des biens à faire pour n'importe quelle cause, l'exactitude minutieuse des premières lois ayant été mal accueillie, la déclaration publique seule doit être recherchée »*. De même, il a dit : *« Dans toute cession, la seule déclaration publique de volonté suffit »*.

[1493] (Note de Groenewegen) Voir [l'instruction du Haut Conseil], dans ledit art. 23.

[1494] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction de la Cour de Hollande, art. 227 et l'ampliation de cette même instruction, art. 6.

[1495] (Note du traducteur) C'est Grotius qui propose dans la marge de traduire ainsi le mot néerlandais qu'il utilise, *daegcedel* ou "cédule d'assignation".

[1496] (Note de Groenewegen) Voir ladite instruction de la Cour de Hollande, art. 227. Voyez le formulaire des requêtes, p. 128, 129 et 130.

[1497] (Note de Groenewegen) Voir le ci-devant dit art. 227 ; le placard du 19 mai 1544.

Du reste, si quelqu'un a demandé ce bénéfice avec un moyen légal, il n'est pour cette raison ni enfermé ni détenu en prison, ce que certains des créanciers opposent à la confirmation, à moins qu'immédiatement, le dol de celui qui fait cession de ses biens ne puisse être prouvé, voir Voet, lib. 42, tit. 3, nb 6. L'effet de l'entérinement est que le débiteur soit renvoyé ou détenu ; et de cette sentence fiduciaire, bien qu'elle soit irréparable et produise une grande infamie, aucun appel n'est accordé, voir *Manier van procederen*, tit. 6, chap. 2, § 4.]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXV. Si le bénéfice de la cession des biens est demandé par celui qui a été détenu par un arrêt devant la Cour, la Cour elle-même ne connaît pas de cet enregistrement, comme elle le jugeait autrefois, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib.42, tit. 3, nb 6 ; mais, que, devant la Cour ou devant un quelconque autre juge, il ait été détenu, le juge du domicile [en a connaissance] comme l'ont décérété les États le 23 septembre 1688, voir les *Rechtsgeleerde observatien*, part. III, obs. 100 ; voyez la décision de la Cour Suprême du 15 avril 1723 chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. I, cap. 3, p. 38.]

§ 4. Les hommes et les femmes [1498] peuvent faire une cession de biens sans conserver quelque chose d'autre que leur vêtement quotidien [1499] ; certes, quoique quelqu'un n'eût aucun bien, il pourrait néanmoins jouir de cette faveur [1500].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1499 de Grienewegen van der Made**

Nous avons déjà traité ci-dessus, liv. II, chap. XI, § 17, de ce refus de la succession. Ce que dit ici l'auteur d'un vêtement de peu de valeur est tout à fait vrai ; mieux, il est non seulement tenu de céder les biens actuels, mais aussi futurs pour vu qu'ils soient tels qu'il les a déjà acquis dans l'attente, comme ce qui est dû à celui qui cède sous condition, pourvu que ceux-ci ne lui soient pas arrivés à partir d'une nouvelle cause après la cession, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 7. Il serait inhumain de ramener de nouveau celui qui a une fois été dépouillé de sa fortune dans des difficultés, comme l'approuve Barbeyrac dans ses notes sur Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 10, note 3, à partir du droit romain ; et il signale ici que dans ce cas, selon le droit de la nature, il doit être laissé au cédant d'où il pourra se nourrir.

En outre, il faut avoir à l'attention que le cédant n'est tourmenté d'aucune infamie, bien que, chez les hommes graves, une légère tache de la marque soit relevée, et qu'ils ne perdent pas le soin des biens qui appartiennent aux enfants nés, bien que, la cession ayant déjà été faite, il ne puisse plus intenter les actions qu'il avait déjà eues avant la cession et les a amenées dans le jugement, du fait que les créanciers succèdent à tout son droit et qu'à travers tout, ils le représentent à un point tel que l'action d'injure lui est refusée, dans la mesure où elle contient l'estimation de l'injure. Cependant, quant à la rétractation à raison de l'injure à lui portée avant la

---

[1498] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 71, 7 aux mots *utriusque sexus*. Voyez de plus Brunus, *De cessione bonorum*, quæst. 1, quatrième question au début ; Wesembeck, *Paratitla* sur D. 42, 3 *(De la cession des biens)*, nb 3 à la fin ; Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 57 et Groenewegen sur la Novelle 134, cap. 9, placée sous C. 9, 4 *(De la garde des accusés)*, 3.

Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : *« Alors que les fils de famille peuvent disposer de moyens de subsistance, dont il a été interdit qu'ils soient acquis aux pères, et aussi qu'ils possèdent un pécule ou un pécule militaire ou ce qu'a voulu le père, pourquoi la cession des biens devrait-elle leur être refusée ? et alors que ceux qui sont en la puissance de leurs parents ne disposent de rien pour leur cens, toutefois, pour qu'ils ne souffrent pas d'injustice, on doit admettre (pour eux) la cession des biens. Si, en effet, le père de famille doit y être admis, du fait de la crainte d'injustices, au secours qui devient lamentable de la cession, pourquoi refuserions-nous ce droit aux enfants de famille des deux sexes ? Du fait qu'il est du droit le plus évident, et au sein des pères de famille et au sein de ceux qui sont soumis au droit d'un autre, si quelque chose de plus riche leur arrive par la suite, qu'ils peuvent être libérés avec cela de nouveau jusqu'à la mesure de la dette par les créanciers, par un moyen légal ».*

[1499] (Note de Groenewegen) Voyez le placard du 19 mai 1544, art. 7 ; Zypæus, *Notitia juris Belgici*, tit. *Qui bonis cedere possint* au début.

[1500] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 7, 71.

Cette loi a été présentée deux notes plus haut.

cession, on doit le décider autrement, du fait qu'une affliction ne doit pas être ajoutée envers un affligé, voit Voet, lib. 42, tit.3, nb 10.

À juste titre, la cession des biens est appelée un remède misérable et affligeant, voir Mattæus, Brunemann et Ariminen, *De cessione bonorum*, quæst. 1, nb 1 ; van der Meulen dans ses notes sur l'ordonnance du bénéfice de la cession des biens et des inventaires, p. 409, note 10. À partir de van Leeuwen, il rappelle, part. I, art. 4, p. 174, que ce bénéfice n'avait pas encore été usité par les Hollandais en 1288. En cela, jouent aussi les *Willekeuren van Amsterdam*, p. 222, où on lit [en néerlandais] : À CELUI QUE L'ON POSSÈDE POUR UNE DETTE, À CELUI-CI, ON DOIT DONNER L'EAU ET LE PAIN ET SON BIEN NE SERA PAS LÉSÉ, IL RESTERA DANS LE COFFRE DU SEIGNEUR, ET QUE DONNERA L'EAU ET LE PAIN CELUI QUI SOUHAITE LA PROPRIÉTÉ, etc. Cependant, Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 10, § 10, signale qu'il est contraire à l'équité naturelle que le débiteur soit obligé au-delà de ses biens. Car la pauvreté doit être prouvée de façon concluante, voir Ansaldus de Ansaldis, *De commerciorum et mercaturarum discussionibus*, disc. 76, nb 21.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXVI. La Cour de Hollande, le 21 mars 1640, voir chez Loenius, *Decisiones*, decis. 94, et la Cour Suprême, voyez Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 71 *(Ceux qui peuvent faire cession de leurs biens)*, 4, nb 3, ont jugé qu'à un étranger détenu avec un arrêt en Hollande ou condamné avec la sentence d'un juge, le bénéfice de la cession des biens ne devait pas être accordé, à moins que la même chose, dans sa patrie, ne soit accordé aux citoyens hollandais.]

§ 5. Ceux qui sont partis ou ont fait défaut en se cachant ou en emportant certains biens, ne sont pas recevables à cette faveur [1501], non plus les autres qui ont contracté malhonnêtement [1502], qui, par un délit, sont tombés dans des dettes [1503], qui n'ont pas reconnu la dette [1504], ceux qui demandent une telle chose pour fuir l'accomplissement de quelque chose qui consiste en un acte qui est en leur pouvoir [1505] ou ceux qui, par cela, se glorifient de se dérober à certaines charges communes [1506].

[**Note de Willem Schorer**

L'auteur signale ici à quelles personnes et pour quelles causes ce bénéfice doit être refusé, et plus longuement Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 5. Mais il est demandé si la cession sera utile contre l'amende due à des baillis. Ce bénéfice doit tout à faite être refusé au délit qui mérite une peine pécuniaire, bien que cela ait autrement agréé aux échevins et à la Cour

---

[1501] (Note de Groenewegen) Voir les placards du 7 octobre 1532 et du 14 octobre 1540 ; Brunus, *De cessione bonorum*, quæst. 5, quatrième question au début.

[1502] (Note de Groenewegen) Voir les ci-devant dits placards ; Brunus, *De cessione bonorum*, quæst. 28, quatrième question au début.

[1503] (Note de Groenewegen) Voir D. 48, 19, 1 § 3 ; D. 2, 4, 25 ; van Christijnen, *Decisiones*, vol. IV, decis. 123, nb 5-19.

Extrait du livre VIII des *Discussions* d'Ulpien : *« 3 - De façon générale, on décide dans les lois sur les jugements publics ou sur les crimes privés, que les préfets ou les gouverneurs qui, par la voie extraordinaire, ont la connaissance [des crimes], à ceux qui, étant dans le besoin, échappent à une peine pécuniaire, appliqueront un châtiment extraordinaire ».*

Extrait du livre Ier *Des peines* de Modestinus : *« Si, sans le pardon obtenu de l'Édit, un affranchi cite en justice son patron, il sera châtié sur le fondement de la plainte, soit de la peine susdite, c'est-à-dire cinquante pièces d'or, soit par le Préfet de la ville comme oublieux de ses devoirs, s'il est reconnu souffrir d'indigence ».*

[1504] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 3, 8.

Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Celui qui fait cession de ses biens, avant d'avoir reconnu sa dette, sera condamné ou, devant le préteur, avouera ne doit pas être entendu ».*

[1505] (Note de Groenewegen) Voir Brunus, *De cessione bonorum*, au début de ladite quæst. 4.

[1506] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 71, 5 ; Brunus, *De cessione bonorum*, dans ladite quæst. 4 et quæst. 9. Voyez de plus le placard du 19 mai 1544, art. 38 ; *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 53.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Myronus (sans date) : *« Il convient très peu que l'on admette une révoltante cession de ceux qui font cession de leurs biens, en raison d'une dignité municipale ou d'une charge, mais, quant à ceux-ci* (i.e. les biens)*, ceux qui en sont redevables s'acquitteront à la faveur de la mesure de la fortune ».*

de Geervliet, voir Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 12. Si l'amende a été adjugée au fisc, il a été plus souvent en France qu'avec un arrêt, un tel condamné n'échappait pas aux liens en faisant cession de ses biens, voir Imbert, *Institutes forenses*, liv. IV, p. 709. Toutefois, ce remède du droit est accordé aux garants, voir van der Meulen dans ses notes sur l'ordonnance du bénéfice de la cession des biens et des inventaires, p. 409, note 10. Mais, dans les causes civiles, le bénéfice de la cession est refusé aux garants, voir les *Institutes*, IV, xiv, § 4, et là, Vinnen. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap.10, § 10, signale que cela est tout à fait conforme à l'équité.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXVII. Les différentes lois pupillaires d'Enkhuizen, Alkmaar, Monickendam, Purmerendam, de Zype, tit. 6, art. 4, de Briel, art. 89, de Gorinchem, art. 31, attestent abondamment que les tuteurs ne peuvent pas user du bénéfice de la cession des biens à raison de ce qu'ils doivent à partir de la cause de la tutelle, [lois] que Voet ne semble pas avoir examinées dans son *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 5 à la fin.

DCCCLXXXVIII. Celui qui doit une peine pécuniaire ou une maende à parti d'un délit commis avec un dol aussi, à partir de celui pour lesquel une peine corporelle n'a pas été demadnée à raison de l'indigence du délinquant pécuniaire, n'est pas libéré avec le bénéfice de la cession des biens de la prison, comme l'ont jugé la Cour le 3 décembre 1637 chez Loenius, *decisiones*, decis. 81, et la Cour Suprême le 21 mars 1738 chez Bijnkershoek, *Quæstionum juris privati Libri quatuor*, lib. II, cap. 12. Pour les délits commis avec une faute, il faut le dire autrement, voir en argument D. 17, 2 *(De l'action en faveur de l'associé)*, 63 § 7. Ne fait pas obstacle ce que le grand homme dit, p. 307, [à savoir] qu'il n'y a généralement aucun délit sans un dol ; car, il y en a en réalité et Grotius, dans le liv. III, chap. XXXIII, §§ 5 et 6, chap. XXXVII, §§ 2, 7, 7 et 8, chap. XXXVIII, §§ 16, 17 et 18, en recense différents.]

[451] § 6. Une cession des biens étant une fois faite, dans le cas où un débiteur, par la suite, reçoit certains moyens, il est tenu de faire un paiement, pour autant que ses moyens peuvent supporter au-dessus de la nécessité [1507].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1507 de Groenewegen van der Made**

Ce que l'auteur tient ici est tout à fait vrai ; en effet, la cession ne libère pas de la dette elle-même, mais de l'ennui de la prison ; c'est pourquoi le cédant est à bon droit cité dès qu'il est revenu à une meilleure fortune, cependant, avec la limitation employée, § 4, sur la note 1499. Ce qui tombe de nouveau dans ces places de Hollande où la cession est faite avec une certaine solennité ignominieuse, car, dans ce cas, elle donne très pleinement au cédant sa libération, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 8. Cela est observé jusqu'à ce jour à Leyde et à Rotterdam où les cédants, durant trois jours, étant dénudés en chemise pendant une heure sur une pierre élevée devant la Cour, doivent confesser qu'ils usent du bénéfice de la cession, voir van Leeuwen dans ses notes sur Peck, *De jure sistendi*, part. IV, nb 2, dans le passage *Mogen geen etc.* - "Aucun ne peut etc." Cela est vrai à partir de la constitution du duc Philippe du 30 juillet 1501, bien que ce bénéfice eût déjà été entériné, voir les *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. VI, cons. 207, p. 755. Mais cette solennité ignominieuse est peu conforme à l'équité ; car ce bénéfice n'est pas accordé comme dans le § précédent, à moins que le cédant ne prouve qu'il n'a pas dilapidé ses biens, mais est tombé par une fortune contraire, comme le prouve avec plusieurs choses Ansaldus de Ansaldis, *De commerciorum et mercaturarum discussionibus*, disc. 75, nb 3.

[1507] (Note de Groenewegen) Voir D. 42, 3, 4 ; *Institutes de Justinien*, IV, vi *(Des actions)*, § 40. Voyez de plus van Christijnen sur la coutume de Malines, tit. 21, art. 6, nb 4, 5 et 6 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, II, cas. 183, nb 24-25 ; Brunus, *De cessione bonorum*, princ. quæst. 28, 29, 30 et 31 ; Cooren, *Consilia*, cons. 8 dans la note, nb 8 et 9 ; Munnoz, *De ratiocinationibus*, cap. 19, nb 39 et suivant ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 42, 3 *(De la cession des biens)*, 3.

Extrait du livre LIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Celui qui, de ses biens, a fait cession, si, par la suite, il a acquis quelque chose, pour ce qu'il peut payer, il est cité en justice. 1 - Sabinus et Cassius pensaient que celui qui, de ses biens, faisait cession, par les autres envers lesquels il avait une dette, ne pouvait pas même être troublé ».*

En outre, il faut observer qu'il n'est pas seulement d'un droit approprié [de savoir] si elle sera utile contre une sentence qui est déjà passée en chose jugée. Nieuwstadt, *Curiæ Hollandiæ decisiones*, decis. 53, rapporte que la Cour l'avait cependant admise, bien que non avec le suffrage commun des conseillers. Cela procède si, déjà, à la faveur de l'exécution de la sentence, il a été enfermé en prison, pourvu qu'immédiatement, le défendeur puisse prouver qu'il est tombé de ses biens avec une fortune contraire, voir van der Meulen dans ses notes sur l'ordonnance du bénéfice de la cession des biens et des inventaires, note 20. Voet, lib. 42, tit. 3, nb 3, enseigne qu'après l'édit de Charles Quint du 26 mai 1544, ce bénéfice est maintenant très difficilement obtenu, bien qu'on doive le répondre autrement quant au droit civil.

Enfin, la cession est à bon droit obtenue, bien que l'on ait déjà une fois cédé ses biens tant au regard des créanciers auxquels il devait déjà avant la cession, mais qu'il n'a pas cités à partir de l'usage du tribunal pour y consentir ou s'y opposer, qu'à l'égard de ceux auxquels il a commencé à devoir, la cession ayant été seulement faite, voir Voet, lib. 42, tit. 3, nb 3.]

§ 7. Autrement, il peut se secourir avec l'appui de cette faveur avant le temps [1508].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCLXXXIX. Le bénéfice de lacession des biens ne le libèredu reste de la dette dans ces places où le cédant souffrait autrefois une certaine ignominie, comme l'ont cru Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 42, 3 *(De la cession des biens)*, 6, et d'autres ; voyez Tobias Boel sur Loenius, *Decisiones*, decis. 94, p. 589 et suivantes ; le contraire apparaît à partir du privilège accordé sur les querelles des gens de Leyde, voir chez Mieris, *Handvesten van Leiden*, p. 193.]

§ 8. Ainsi, quand un débiteur a un espoir de pouvoir mettre en ordre ses biens, il peut obtenir de l'autorité suprême [1509] des lettres de répit pour la durée de cinq ans en donnant une sécurité [1510] avant la satisfaction ; lesquelles lettres sont confirmées, dans le cas où la majorité des créanciers y consent [1511], la majorité comptant selon la grandeur des dettes [1512] ;

[1508] (Note de Groenewegen) Voir C. 7, 71, 1 ; D. 42, 3, 4 § 1, et 6.

Constitution d'Alexandre adressée à Irenæus et donnée en 223 : *« Ceux qui ont fait cession de leurs biens, à moins que le créancier n'ait recouvré la totalité [de la dette due par le débiteur], n'auront pas été libérés. En effet, cet avantage ne leur est utile que pour que ceux qui sont jugés ne soient pas traînés en prison »*

Extrait du livre LIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 1 - Sabinus et Cassius pensaient que celui qui, de ses biens, faisait cession, par les autres envers lesquels il avait une dette, ne pouvait pas même être troublé ».*

Extrait du livre LXIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Celui qui, de ses biens, a fait cession, s'il a acquis quelque chose de modique après la vente de ses biens, de nouveau, ses biens ne sont pas vendus. En conséquence, d'où évaluerons-nous cette mesure, est-ce à partir de la quantité de ce qui a été acquis ou à partir de sa qualité ? Et je penserai qu'à partir de la quantité de ce qu'il a acquis, cela doit être évalué, pourvu que nous sachions si quelque chose, à raison d'une compassion, lui a été laissé, par exemple au titre d'aliments mensuels ou annuels ; il ne faut pas qu'à cause de cela, ses biens soient de nouveau vendus ; en effet, un homme ne doit pas être privé de ses aliments quotidiens. De même, si un fruit lui a été accordé ou légué, duquel il est perçu autant qu'au titre des aliments, il lui est suffisant ».*

[1509] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction du Haut Conseil, art. 32 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 7, 71 *(De ceux qui, de leurs biens, pourront faire cession)*, 8.

[1510] (Note de Groenewegen) Voir le placard du 19 mai 1544, art. 23 ; C. 1, 19, 4.

Constitution de Gratien, Valens et Théodose adressée à Florianus, Préfet du prétoire, et donnée en 382 : *« Tous les rescrits qui sont promulgués au sujet des sursis accordés dans les causes des débiteurs, n'auront pas autrement de force, à moins qu'une garantie appropriée soit fournie pour le paiement de la dette ».*

[1511] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 7, 71, 8. Étant bien entendu sous la ci-devant dite garantie et avec le fait qu'ils ne remettent pas une partie de la dette au débiteur, voir le ci-devant dit placard de 1544, art. 35 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur D. 2, 14 *(Des pactes)*, 8. Cela diffère des lois romaines, voir C. 7, 71, 8 ; Cooren, *Consilia*, cons. 8.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531-532 : *« Comme, selon la coutume ordinaire, on a sollicité de notre majesté que les hommes accèdent, de façon pitoyable, au secours de l'abandon des biens et qu'un choix soit accordé aux créanciers, soit de leur concéder un délai de cinq années, soit d'accepter un abandon des biens, étant sauve bien entendu leur réputation et étant écarté toute torture corporelle, on a quotidiennement hésité (pour savoir), si certains des créanciers avaient voulu accorder une trêve quinquennale, mais que d'autres voulaient maintenant accepter un abandon des biens, lesquels il faudrait entendre. C'est pourquoi, dans une telle hésitation, nous pensons que n'est ambigu pour personne ce que nous*

autrement, les juges ont coutume d'employer un conseil et une information à cette fin qu'aussi, les créanciers puissent être assignés [1513].

[**Note de Willem Schorer sur la note 1513 de Groenewegen van der Made**

Les rescrits moratoires sont obtenus chez nous de la Cour Suprême (communément *lettres de répit*), mais les lettres d'introduction de la Cour de Hollande. Les choses requises pour celle-ci sont le consentement des créanciers principaux pour ce qui regarde la somme [due], comme le dit l'auteur dans la note 1512, et une garantie appropriée, voir *Maniere van procederen*, tit. 6, cap. 3 au début.

Il y a controverse [sur le fait de savoir] si la garantie sous serment suffira pour obtenir l'introduction ; il a été jugé le 27 janvier 1673, voir *Bellum juridicum*, cas. 43, qu'elle ne suffisait pas. Mæstert, *Illustrarum juris materiarum tractatus*, p. 52, indique contre quels créanciers ces rescrits moratoires seront utiles.

Celui qui a obtenu un rescrit d'introduction ne peut pas de nouveau demander ce bénéfice après le temps écoulé dans la même cause ; mais alors, il ne se voit pas interdire de demander le rescrit moratoire dit en l'espèce (communément *lettres de répit ou d'attermination*), voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 20. En Belgique autrichienne, elles contiennent ordinairement une clause de surséance d'exécution pour six mois, voir *Précis du droit Belgique*, p. 291.

Si l'endetté se cache ou est en fuite et a voulu transiger avec ses créanciers, il va trouver les États eux-mêmes et la sécurité (communément *seureté de corps en vry geleid [et libre conduite]*), pour pouvoir se présenter sans crainte de prison en sécurité, voir Voet, lib. 42, tit. 3, nb 21. Ce bénéfice diffère de nombreuses façons des rescrits moratoires ; car, de façon régulière, il ne dépasse pas l'année. II. Il n'empêche pas que le débiteur soit cité en jugement. III. IL ne souhaite aucune garantie ni entérinement ; s'ils sont demandés à la dérobée, cependant, la mainprise ne doit pas être accordée dans l'intervalle, voir Mæstert, *Illustrarum juris materiarum tractatus*, p. 53.

Du reste, il faut relever que ni les rescrits moratoires ni le bénéfice de la cession ne sont accordés dans le duché de Gueldre, voir van Zurk, *Codex Batavus*, aux mots *Seurté de corps*, note 7, p. 685 [éd. 1711].]

[***Theses selectæ* de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXC. Pour obtenir un rescrit moratoire et les lettre d'introduction, il est requis que le débiteur, quant au paiement de la totalité, donne garantie avec des garants appropriés, voir C. 1, 19 *(De la présentation des prières à l'empereur et quant à quels biens il sera permis ou non de supplier)*, 4 ; la loi de Charles Quint de 1544, art. 32, 33 et 34, ou qu'il interpose un autre garantie dont les créanciers se contenteront. La garantie sous serment ne suffit pas, voir *Bellum juridicum*, cas. 39, p. 259, et cas. 53, p. 415.

---

ressentons et ce que nous élisons comme une décision plus humaine vis-à-vis d'une plus dure, et nous consacrons que la cause sera jugée soit sur le fondement de l'ensemble de la dette, soit sur le fondement du nombre des créanciers. Et, si du moins l'un des créanciers est trouvé peser plus lourd que les autres pour le total de la dette, de sorte que lui-même précède les autres, tous étant réunis pour un seul et leurs dettes étant comptabilisées, c'est de celui-ci même que l'on obtiendra la décision, soit qu'il souhaite concéder un délai, soit qu'il souhaite accepter un abandon des biens. Mais si, du moins, il existe un grand nombre de créanciers, pour des montants divers, encore maintenant, c'est le total plus élevé qui sera préféré au moins élevé, soit que le nombre des créanciers soit égal, soit qu'il soit différent, du fait que l'on examinera, non sur le fondement du rang le plus nombreux des intérêts, mais sur le fondement du montant de la dette. Mais quand le montant de la dette a été trouvé égal, mais le nombre des créanciers inégal, alors la partie la plus grande des créanciers triomphera, d'une façon telle que c'est ce qui a plu au grand nombre qui sera décidé. Mais, si au contraire, survient de tous côtés une égalité, tant de la dette, que du nombre des créanciers, alors passeront les premiers ceux qui inclineront pour une décision plus humaine, ne réclamant pas un abandon, mais une trêve, aucune différence ne devant être observée entre les créanciers hypothécaires et les autres quant au montant pour ce choix, les biens devant être répartis par l'office du juge, chaque créancier disposant de sa force qui leur procurera la disposition des lois, nul préjudice ne devant naître pour quiconque des créanciers du fait d'un sursis concernant le temps prescrit de cinq années ».

[1512] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 7, 71, 8.

[1513] (Note de Groenewegen) Voir le formulaire de requête, p. 200 et suivante, (voyez de plus sur cette affaire, Rebuffe sur les *Ordonnances royales*, t. II, *De litterarum dilatore* ; Marcantonio Cucchi, *De moratoria præscriptione*) et p. 35.

DCCCXCI. Est en outre requis pour le rescrit moratoire le consentement de la majorité des créanciers, bien que la loi de Charles Quint, art. 32, ne rappelle pas ce requis, argument dont usent les jurisconsultes qui sont ici en désaccord avec Grotius dans les *Rechtsgeleerde observatien*, part. IV, obs. 50. Car Charles n'a pas introduit le premier ce bénéfice pris du droit romain et n'a pas remis le requis nécessaire de celui-ci à partir de C. 7, 71 *(Ceux qui peuvent faire cession de leurs biens)*, 8, mais il l'a plutôt abondamment approuvé dans l'art. 35, endroit qui ne peut en aucune façon être entendu quant au mandat d'introduction non rappelé en un mot dans cette loi et l'Instruction de la Cour et peut-être encore inconnu de l'époque. Ne font pas obstacle Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 42, tit. 3, nb 20, et l'opinion d'autres appuyées sur aucun argument nouveau, qui, par conséquent, ne peuvent pas vaincre l'autorité de Grotius et les claires utilité et équité de C. 7, 71, 8.

DCCCXCII. *Le mandat d'introduction* est ordinairement obtenu de la Cour en tant que juge commun supérieur et, avec lui, tous les créanciers sont cités pour répondre en présence du juge de la place du débiteur sur les causes pour lesquelles le retard est demandé ou pour souffrir d'être introduits à cette faveur. Si la majorité des créanciers y consent, il appartient au juge de statuer à la faveur de son office de la confirmation du mandat, voyez van der Linden, *Formen van procederen*, liv. II, chap. 33.

DCCCXCIII. Diffère de ce mandat l'introduction qui se présente aux quelconques juges pour persuader au créancier d'accorder au débiteur déjà cité un répit pour payer ;sur celui-ci, non seulement les décrets de la Cour dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 48 et 346, dont il est fait mention plus pleinement dans le *Groot Placaet-boek*, part. II, p. 1454, mais aussi chez Loenius, *Decisien*, decis. 18.

DCCCXCIV. Le bénéfice d'un sauf-conduit (*sureté de corps*) a été aussi reçu que les débiteurs qui se cachent peuvent obtenir des États eux-mêmes, eux qui craignent pour eux d'un arrêt et ont foi qu'ils peuvent conclure une juste convention avec leurs créanciers. Cependant, il n'est pas accordé, si ce n'est à partir du consentement de la majorité des créanciers ni contre les sentences de la Cour et les autres qui sont passées en chose jugée, voir le décret du 19 octobre 1605 dans les *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, decis. 23, *Groot Placaet-boek*, part. VIII, p. 69. Si des lettres de recommandation des magistrats d'une cité hollandaise sont ajoutées à la pétition suppliante, après que les créanciers de débiteurs indigents ont été entendus par les délégués aux causes, il n'y a pas besoin que le conseil de la Cour soit d'abord demandé, voir le décret de Hollande du 9 décembre 1763 dans le *Groot Placaet-boek*, part. IX, p. 19 ; van der Linden, *Formen van procederen*, liv. IV, chap. 7, § 6.

DCCCXCV. Un quatrième bénéfice, mais non peut contraire à l'équité et à la raison du droit, appartient au pouvoir suprême, qui est appelé *surchéance van betaling* - surséance de paiement-, avec lequel,s ans aucun consentement descréanciers et sans la garantie sous serment ou avec un gage (qu'autrefois, les États ont exigée le 25 juillet 1596, voir *Resolutien van Holland van 1596*, p. 308), un retard est accordé au débiteur pour un an, toutes les actions, les arrêts et les exécutions étant en suspens avec lesquelles les créanciers avaient pu poursuivre leur droit. Cependant, les États, pour qu'il n'y ait pas un trop grand abus de ce remède, ont décrété que différentes précautions devaient être employées dans les lois du 26 février 1784 et du 15 novembre 1793, voir le *Groot Placaet-boek*, part. IX, p. 558 et 564 ; voyez van der Linden, *Formen van procederen*, liv. IV, chap. 7, §§ 7 et 8.]

*

[452] Chapitre LII
De la remise en l'état initial à partir d'une lésion d'outre moitié [1514]

[1514] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2 et là, Ayres Pinhel et les docteurs ; Covarruvias, *Variæ resolutiones*, liv. II, cap. 3 et 4 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 4, defin. 11 et 17 ; Gabriel, *De emptione et venditione*, liv. III, concl. 1.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Lupus et donnée en 285 : *« Si toi ou ton père, vous avez vendu un bien de grand prix à un prix moindre, il est humain qu'en rendant le prix aux acheteurs, tu reçoives le bien-*

§ 1. Une REMISE EN L'ÉTAT INITIAL *à partir d'une lésion d'outre moitié* est aussi incluse parmi les remèdes par lesquels l'obligation n'est pas rendue totalement sans effet, mais en partie, parce que cela tient au choix de l'autre de laisser aller l'entière obligation ou d'indemniser le préjudice [1515].

[**Note de Willem Schorer**

Une remise en l'état initial à partir d'une lésion d'outre moitié. L'auteur a déjà touché du doigt cette question quant à la remise en l'état initial pour la lésion énorme liv. III, chap. XIX, § 12, note 736, et chap. XXX, § 14, note 1082 ; il recherche maintenant la nature et l'équité de celle-ci et l'a recherchée plus abondamment dans son *Droit de le guerre et de la paix*, liv. II, chap. XII, § XI.1 et 2.

En effet, on raisonne ainsi : "dans tous les échanges, une égalité doit être soigneusement observée et cela avait été proposé ou devait l'être de part et d'autre dans le contrat ; de là, on doit demander à celui qui a plus de rendre à celui qui a moins", ainsi aussi [le dit] Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, liv. V, chap. 3, § 3.

À partir de là, il s'ensuit que l'acheteur et le vendeur, à partir de l'équité, marchent d'un même pas, bien que, dans C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, il ait seulement été fait mention du vendeur ; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 5, nb 5, signale que la raison de secourir l'acheteur est plus forte, tandis que chacun est présumé avoir plus connu le prix de ses biens. Mais, cela a semblé autrement à Ulrich Zase sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 5, et c'est pourquoi il dit qu'il est seulement fait mention du vendeur, parce que la nécessité du bien de famille contraint parfois le vendeur à vendre à un moindre prix ; cependant, il accordé aussi ce privilège à l'acheteur, parce que la cause de la réscision est placée sur une lésion énorme qui est également survenue à l'acheteur et au vendeur.

Quoi qu'il en soit, Salomon, dans le Pr 20, 14, a désapprouvé les habiletés des acheteurs et, à partir de la sentence de [Jean] Chrysostome, celui qui achète à vil prix quelque chose à celui qui est dans la détresse, étant contraint de vendre à raison de sa pauvreté, commet un vol, voir Noest, *Algemeen staatsrecht*, liv. II, chap. 12, § 11, nb 2.

À bon droit, à partir de la nature des corrélatifs, cela a donc été étendu à l'acheteur. Cependant, Abraham de Pape, sur les *Hollandsche consultatien*, vol. 2, p. 130, est en désaccord.

Ainsi, quant au droit de la nature, il est clair que, de part et d'autre cela doit aussi être statué à raison d'une lésion très légère ; Barbeyrac dans son *Discours sur la permission des loix*, p. 461, [le dit] aussi ainsi, de même de Réal, *La science du gouvernement*, t. IV, p. 388. Parladorio, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, diff. 12, § 2, nb 7, signale que, dans le tribunal de la conscience, la plus petite lésion doit être réparée et il raconte qu'une certaine personne l'avait interrogé avec ce commencement : *où ira donc l'âme d'un marchand ?*

Pour les biens meubles, Wamesius, *Responsorum centuriæ*, cent. 3, resp. 37, signale que ce remède est plus difficilement obtenu ; cependant pour les plus précieux, Voet, lib. 18, tit. 5, nb 12, l'admet. Mais le législateur a prudemment restreint cette liberté à celle qui est suffisamment grave, mieux, à la moitié du juste prix, pour couper à l'avance la multitude des procès et ne pas les multiplier à l'infini au préjudice des citoyens, voir Noest, *Algemeen staatsrecht*, liv. II, chap. 12, § 12. À cela, van der Mark, *Institutiones juris civilis*, p. 168, ajoute un autre raison, à savoir que les très petites lésions nées de cette inégalité sont seulement d'une preuve très difficile ; mieux, Carpzov, *Responsa electoralia*, lib. V, tit. 6, resp. 12, signale que la lésion d'outre moitié est très difficile à prouver. S'il est permis de se retirer de ce contrat à raison d'une raison quelconque du prix, Mynsinger, *Responsorum centuriæ*, cent. 4, obs. 73, dernier nb, observe qu'il n'y a en général aucune vente et aucun achat.

Si cela procède, la sentence de Damhouder qui enseigne qu'ici, il n'est pas catégoriquement requis que la lésion dépasse seulement l'autre, mais suffit, par exemple si un bien-fonds qui vaut dix a été vendu seize, ne semble pas devoir être admise ; car dix est le juste prix et cinq est la

---

fonds, l'autorité du juge intervenant, ou si l'acheteur l'a choisi, que tu reçoives ce qui manque au juste prix. Mais un prix est considéré être moindre, si la moitié du véritable prix n'a pas été payée ».

[1515] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 4, 44, 2.

moitié du juste prix, ce qui a donc été vendu seize a été vendu au delà de la moitié du juste prix, voir *Praxis rerum civilium*, cap. 48, nb 8, p. 59, et ainsi aussi [le dit] Thulden ici dans ses notes, lettre N. Voet, lib. 18, tit. 5, nb 5, défend aussi cette sentence. Ici, revient l'argument de celui-ci : au vendeur qui vend au-dessous de cinq pièces d'or pour un bien qui vaut dix pièces d'or, il st donné un secours ; pourquoi aussi, à l'acheteur lésé au-delà de cinq pièces d'or au-dessus du juste prix, à partir de la nature des corrélatifs, ne serait-il pas donné un secours ? Mais cet argument me semble peu toucher, du fait que la proportion géométrique sera tout à fait la même entre le vendeur qui vend un bien qui vaut dix-neuf pièces d'or pour quatre, et l'acheteur achète pour vingt-et-une pièces celui qui vaut seulement dix, du fait que les deux sont lésés d'outre moitié. Lauterbach tient le contraire sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 10. *En effet*, dit-il, *il est requis que le vendeur ait vendu un bien qui vaut 1000 florins 400 ou que l'acheteur ait acheté 1000 florins un bien qui vaut seulement 400*. Il signale à la fin du nb que, cependant, quant au droit du Wurtemberg, le calcul de la lésion est fait au-delà du tiers.

La Cour de Flandre a aussi jugé en 1699 qu'un héritier usait de ce remède du droit contre ses cohéritiers, pourvu qu'il prouve qu'il a été lésé pour le quart dans le partage de la succession ; toutefois, cela tombe de nouveau, si les héritiers ont remis au sort le partage de la succession, voir *Précis du droit Belgique*, p. 211, à moins que les tirages au sort n'aient été inégalement faits par erreur et que l'erreur ne soit découverte par la suite, voir Brunemann sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 10. Mais Voet, lib. 18, tit. 5, nb 15, signale que le bénéfice de cette loi cesse tout à fait pour les négoces qui contiennent en eux une certaine sorte d'aléa et dont, au moment du contrat, un double résultat devrait être attendu, voir de même van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 20, nb 5, dans le passage *Doch staat te letten* - "Cependant, il y a à considérer", et Ansaldus de Ansaldi, *De commerciorum et mercaturarum discussionibus*, discus. 99, nb 15, comme il n'est ordinairement pas accordé pour les revenus vitaux, voit de même la discus. 60, nb 12. Mais Brunemann , sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 9, le défend de nouveau pour une vente contraire à l'attente, par exemple sur un jet de filets, quand quelqu'un se trouve lésé au-delà du double.

L'auteur, nb 10, étend aussi ce bénéfice de la loi à n'importe quels contrats à partir de l'équité, et ainsi aussi Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 128, nb 1. Mieux, il a été répondu dans *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 169, p. 286, que ce remède ne devait pas être refusé au propriétaire d'une emphytéose à raison d'une lésion énorme, comme cela est d'un droit suffisamment approprié pour l'échange et la dation en paiement, voir Brunemann sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 5 et 13 ; Il signale aussi dans le nb 8 qu'il doit être étendu à la transaction ; ainsi a-t-il été déjà répondu par l'auteur à Rotterdam le 17 août 1616, voir *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 304, nb 2, p. 545. Cependant, cela n'est pas seulement d'un droit approprié, comme on peut l'apprendre par l'autorité ajoutée par Groenewegen dans sa note ; Alciat, sur C. 2, 4 *(Des transactions)*, 13, refuse ce remède à celui qui transige, même si une lésion du quadruple était intervenue, voir Decker, *Dissertationes et decisiones posthumæ*, p. 231. Cependant, en faveur de la sentence de l'auteur, cela a été répondu à Nimègue le 23 mars 1682, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 205, p. 565, au mot *Nochtans* - "Cependant", à Utrecht le 20 décembre 1663, *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 138, nb 24, p. 533, mais contre à Arnhem le 10 août 1649, voir *Responsa jurisconsultorum Batavorum*, part. III, cons. 144, p. 404 au mot *Nochtans*, et cela a été de nouveau jugé à Utrecht le 5 mai 1609 selon l'auteur, dans un jugement de révision, la sentence de la Cour ayant été annulée, voir *Responsa Ultrajectina*, part. III, cons. 129. Cependant, avec toute la troupe des jurisconsultes, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 15, nb 24, et plus longuement, Goswinkel von Esbach dans ses notes sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 34, defin. 1, batissent le contraire. Toutefois, à raison de la constitution expresse de l'électeur Auguste, il signale que [ce remède] triomphe dans l'électorat de Saxe. Speidel, *Sylloge quæstionum judicarum et politicarum*, vol. II, lettre T, p. 1195, indique qu'il y a une grande abondance de jurisconsultes qui l'affirment et le refusent.

Toutefois, à cause d'une lésion très énorme qui équivaut à un dol, le *Précis du droit Belgique*, p. 196, enseigne que la transaction est annulée. Mais Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 137 en totalité, requiert tout à fait un dol et enseigne que pas même une lésion très énorme ne suffit.

Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, lib. II, cap. 4, nb 51, explique quelle lésion sera appelée très énorme.

Quoi qu'il en soit, Sforza Oddi, *De in integrum restitutione*, part. II, quæst. 66, nb 20, dit que ce bénéfice ne soit pas être refusé au mineur lésé de façon énorme par une transaction. Velasco, *Decisiones et resolutiones*, t. II, cons. 130, nb 23, enseigne qu'une lésion très énorme annule toujours le contrat, même si l'on a renoncé à toute et à une quelconque lésion. Il a été répondu, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 41, nb 11, p. 342, que la renonciation à ce bénéfice ne portait préjudice ni aux femmes, ni aux paysans, ni aux mineurs.

Quoi qu'il en soit, Brunemann, sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 9, me semble signaler, plus à partir de l'équité qu'à partir de la rigueur du droit, que ce remède doit être accordé pour les transactions ; ci-dessus, liv. III, chap. IV, § 7, sur la note 317, à partir de Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 26, defin. 20, nb 3, j'ai signalé que la transaction n'était pas annulée à raison de nouveaux instruments trouvés, et l'auteur lui-même le dit sur le § 8 et Groenewegen dans sa note 319. Cependant, la Cour d'Utrecht, le 18 mars 1592, a remis dans leur état initial une transaction et le paiement qui s'était ensuivi avec toute leur cause aussi à l'encontre de l'écoulement du temps, voir van der Meulen dans ses annotations sur l'ordonnance de la Cour d'Utrecht, § 44, p. 178. Il a été débattu ailleurs [de savoir] si la lésion sur une partie de la transaction suffira pour annuler toute la transaction, voir Ansaldus de Ansaldi, *De commerciorum et mercaturarum discussionibus*, discus. 99, nb 23, 24 et 26.

Du reste, il y a lieu au bénéfice de cette loi quand un colon n'a clairement récolté aucun fruit ou que la perception des fruits ne vaut pas la moitié du loyer convenu, ayant été déduites les dépenses ; cependant, j'ai relevé, liv. III, chap. XIX, § 12, sur la note 736, comment il devra être limité. À partir de l'analogie du droit, il est accordé aux fermiers des impôts, pourvu qu'ils rendent des comptes confirmés avec un serment, voir *Responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. III, cons. 105, nb 1, p. 349.

Il est de nouveau demandé si ce bénéfice s'étendra aussi aux biens vendus par le biais d'une vente aux enchères avec le décret du juge. L'auteur le nie, § 2, dans la note 1524. Faber, dans le *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. 30, defin. 24 et suivantes, l'affirme et Sande, *Decisiones Frisicæ*, lib. III, tit. 4, defin. 12, signale que cela a aussi été jugé en Frise. Cependant, le Conseil de Savoie a cependant jugé que, dans ce cas, les fruits ne devaient pas être rendus, voir *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. 30, defin. 26. Il a été répondu, voir les *Consilia jurisconsultorum Hollandorum*, part. IV, cons. 149, p. 250, avec l'auteur, que, dans nos tribunaux, ce bénéfice cessait d'être en usage pour les subhastations, comme [le dit] aussi Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 114 en totalité. Mais, de nouveau, le contraire [a été répondu], voir *Responsa Ultrajectina*, part. II, cons. 25, nb 4 et suivants, et Carpzov suit cette doctrine dans sa *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 32, defin. 58, nb 5, et part. II, const. 34, defin. 13.

En outre, avec l'auteur, il faut observer que le choix se présente au lésé d'outre moitié que l'acheteur rende le bien, le contra ayant été annulé ou supplée le juste prix, ce qui a été étendu de même, à partir d'une égalité de raison, aussi à l'acheteur, voir Brunemann sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 1 et 2 ; van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands recht*, liv. IV, chap. 20, nb 5, dans le passage *Niet dat daardoor* - "Non que, par cela". Totefois, si la lésion est très énorme un à point tel que le vendeur a été lésé non seulement d'outre moitié, mais aussi au-delà des deux tiers, le choix n'est pas accordé à l'acheteur, mais il est catégoriquement tenu de rendre le bien. La raison en est que le dol qui donne sa cause au contrat ou qui intervient à dessein vicie le contrat selon le droit lui-même, voir Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 104, nb 3, et Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. I, const. 2, defin. 8, nb 7, rapporte que cela a été jugé deux fois. Surdus, *Decisiones*, decis. 299, nb 10, dit qu'un dol est présumé à partir d'une lésion. Mieux, Thulden, dans ses notes sur Damhouder, *Praxis rerum civilium*, cap. 48, lettre K , p. 62, signale qu'en tout cas, le contrat est annulé et que, par exemple, le vendeur ne s'en acquitte pas en rendant une seule pièce.

De plus, il faut observer que le vendeur est tenu de payer à l'acheteur les dépenses, le contrat ayant été annulé, cependant non les quelconques, mais celles qui restent nécessaires et utiles, non celles relatives au plaisir, voir Velasco, *Decisiones et consultationes*, t. II, cons. 161, nb 4, 5 et 6. Mais l'acheteur, de son côté, est tenu non seulement à la restitution des fruits perçus, semblable au possesseur de mauvaise foi, mais aussi de ceux à percevoir ; Faber, *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. 30, defin. 3, dit qu'ainsi le Conseil de Savoie l'a jugé. Cependant, quant aux fruits, Parladorio,

Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia, lib. II, cap. 5, § 16, nb 12 et 13, signale que cela n'est pas d'une droit approprié et Voet, lib. 18, tit. 5, nb 10, tient tout à fait le contraire ? Cependant, l'auteur observe ici à bon droit dans les notes 1527 et 1528 que l'achat et la vente doivent être estimés non à partir du résultat, mais à partir du véritable prix qui existait au moment de la confection du contrat, voir Brunemann sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 3 ; Radelant, *Curiæ Trajectinæ decisiones*, decis. 17, nb 13 et 14 ; Goswinkel von Esbach sur Carpzov, *Jurisprudentia forensis*, part. II, const. 34, defin. 6, nb 5 ; Ulrich Zase sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 7. Toutefois, cela est limité pour ce qui a une observation successive ; car la lésion n'est pas restreinte au moment du contrat, voir Ansaldus de Ansaldis, *De commerciorum et mercaturarum discussionibus*, discus. 99, nb [manquant dans le texte].

Enfin, il faut garder à l'esprit qu'avec le bénéfice de cette loi, on ne prescrit pas si ce n'est avec un écoulement de trente ans, comme cinq jurisconsultes et, parmi ceux-ci, l'auteur, l'ont répondu à La Haye le 15 avril 1616, voir *Responsa Ultrajectina*, part. I, cons. 122, p. 448. Ce qui, cependant, a été restreint en France et dans le Brabant, aucun cas n'étant excepté, à dix ans, voir Stokmans, *Decisiones Brabantiæ*, decis. 139, comme aussi cela a été disposé dans l'édit perpétuel de 1611 par les archiducs Albert et Isabelle, art. 29 ; il n'y est pas distingué si la lésion sera intervenue par le biais d'un dol, d'une crainte, d'une violence ou d'une très énorme lésion. Toutefois, d'autres distinguent entre la lésion énorme et la lésion très énorme ; ils restreignent la première à quatre ans et pensent que la seconde dure trente ans, voir Parladorio, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, diff. 114, nb 1 et 2. Mais, si le vendeur a su que l'acheteur avait été lésé d'outre moitié, selon le droit canonique où la bonne foi est requise du commencement à la fin, comme nous l'avons déjà vu, liv. II, chap. VII, § 3, sur la note 206, Brunemann, sur D. 18, 5 *(De l'annulation de la vente et quand il est permis de se retirer d'un achat)*, nb 15, signale qu'elle dure plus au-delà et se présente aux héritiers.]

§ 2. La raison en est ici celle-ci : si l'on veut bien examiner l'origine de tous les contrats, il est ainsi connu que ceux-ci ont pris leur commencement d'une abondance et d'un manque réciproques et que, pour cela, la raison demande qu'une égalité y soit apportée ; mais, puisque, le nombre des hommes étant devenu trop grand, la réception des choses de toute sorte ne pouvait pas être apportée dans toutes les places, à moins que certaines personnes ne fissent leur travail de collecte et de distribution des biens, ainsi aussi, la raison a voulu que ces personnes qui employaient leur vie au service des autres, pour ce service, pussent stipuler un certain gain en loyer ; et, puisque le gain, en considération des fatigues et du danger n'était pas à évaluer de façon sûre et que la valeur des biens était très changeante, ainsi, les lois civiles ont-elles permis que chacun (cependant, sans dol) puisse stipuler le contrat réciproque à son plus grand avantage [1516] . Mais, avec le temps, la

[1516] (Note de Groenewegen) Voir D. 4, 4, 16 § 4 ; D. 19, 2, 22 § 3 ; C. 4, 44, 8. Voyez ci-devant, liv. III, chapitre XXXIII [L'annotateur s'est ici trompé sur le numéro du chapitre ; il n'existe en effet aucune paragraphe dans ce chapitre commençant par les mots qu'il indique *§ nu hoewel* ; or ce paragraphe se trouve bien dans le chapitre XXXIII], § 3.

Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - De même, Pomponius dit que, sur le prix de l'achat et sur le prix de vente, de façon naturelle, il est permis à ceux qui contractent de se circonvenir ».*

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 3 - De même que, dans l'achat et la vente, il a été naturellement accordé d'acheter moins cher ce qui vaut plus, de vendre plus cher ce qui vaut moins et de se tromper réciproquement, de même, dans les offres de bail et les prises de bail, en est-il du droit ».*

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Evodia et donnée en 293 : *« Si, avec ta volonté, ton fils a vendu ton bien-fonds, le dol, à partir de la ruse et des pièces de l'acheteur doit être prouvé ou la crainte de la mort, ou la torture du corps qui menace, être découverte afin que la vente ne soit pas tenue pour confirmée. En effet, seulement ce qui, un à prix un peu moindre, tu signifies que le bien-fonds a été vendu, pour l'annulation de la vente, est invalide. À savoir que, si tu avais pensé la substance du contrat d'achat et de vente, et que l'acheteur, formant le vœu d'acheter à un prix plus bas et le vendeur, celui de vendre plus cher, accèdent à ce contrat et qu'à peine, après de nombreuses disputes, le vendeur, retirant peu à peu de ce qu'il réclamait, mais l'acheteur, en ajoutant à ce qu'il avait offert, à un certain prix, consentent, assurément, tu verras que la bonne foi qui protège la convention d'achat et de vente, ne souffre aucune raison d'accorder que soit annulé, à raison de ce*

demande propre de profit, sortant de la toute mesure du raisonnable, a eu une modération de nécessité et il a été en outre trouvé bon **[453]** que le vendeur qui avait, avant l'achat, stipulé moins de la moitié de la juste valeur de celui-ci lorsqu'il était vendu, pût poursuivre l'acheteur pour rompre la vente en rendant ce qui avait été reçu ou, au moins, pour payer le préjudice de la juste valeur [1517] ; ceci ayant été trouvé être équitable, l'usage a été étendu aux acheteurs [1518] qui avaient promis plus de deux fois la valeur du bien [1519] et avaient en outre reçu en vrai moins de la moitié. Et aussi, de plus, [cela a été accepté] pour l'offre de bail et la prise de bail [1520], la transaction [1521], le partage [1522] et tous les autres contrats [1523], à l'exception des ventes qui sont faites par le tribunal [1524], qui sont imposées par une dernière donation [1525].

[**Note de Willem Schorer sur les notes 1515 et 1516 de Groenewegen van der Made**

L'auteur enseigne ici que, dans certains cas, ce remède cesse, ce qui est plus longuement poursuivi dans Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, tit. 5, nb 15 et suivants.

Du reste, sur cette matière, il faut observer que l'achat est valide, pourvu que l'on ne se soit pas trompé sur la matière, par exemple si du bronze est vendu pour de l'or ou que quelque chose a été vendu pour une autre ; si moi, je pensais acheter le bien-fonds Cornélien et que toi, tu as pensé vendre le bien-fonds Sempronien, qui est le cas de D. 18, 1 *(Du contrat d'achat, des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur et les biens qui ne peuvent pas être vendus)*, 9.

Mais supposons que quelque chose dedoré a été vendu pour de l'or : se sera-t-on trompé sur la matière ou sur la qualité ? L'auteur signale ci-dessus, liv. III, chap. XIV, § 4, dans la note 498, que l'on s'est trompé sur la matière. Mais Ulpien, dans D. 18, 1, 14, a statué le contraire et signale que quelque chose de doré a quelque or et c'est pourquoi ici, on ne s'est pas trompé sur la matière, mais sur la qualité. Mais D. 18, 1, 41 § 1 fait principalement obstacle à cette loi, où il est dit : "À moi qui l'ignore, tu as vendu une table recouverte d'argent pour une [table] solide, sans prudence, la vente est nulle et l'argent remis à ce titre est réclamé avec une condiction".

Pour concilier ces lois, Cujas, dans ses *Observationes*, lib. II, cap. 4, a déplacé toute la pierre : *"De l'or ou l'argent leur a été mélangé ou fondu*, dit-il ; *c'est pourquoi celui qui achète un bien doré pour un bien en or, ne se trompe pas tout à fait sur la matière, car il y a dans celle-ci quelque chose de l'or ; mais, dans ce qui a*

---

consentement, le contrat terminé immédiatement ou après la contestation du montant du prix, à moins que moins de la moitié du juste prix qui existait au moment de la vente, n'ait été donnée, le choix déjà fourni à l'acheteur ayant été observé ».

[1517] (Note de Groenewegen) Voir ledit texte de C. 4, 44, 2.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Lupus et donnée en 285 : *« Si toi ou ton père, vous avez vendu un bien de grand prix à un prix moindre, il est humain qu'en rendant le prix aux acheteurs, tu reçoives le bien-fonds, l'autorité du juge intervenant, ou si l'acheteur l'a choisi, que tu reçoives ce qui manque au juste prix. Mais un prix est considéré être moindre, si la moitié du véritable prix n'a pas été payée ».*

[1518] (Note de Groenewegen) Voir Ayres Pinhel sur ledit texte de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, part. I, cap. 2, nb 1.

[1519] (Note de Groenewegen) Voir Ayres Pinhel dans ledit cap. 2, nb 7, 8 et 9 ; Fachinæus, liv. II, cap. 16 ; van Christijnen, vol. III, decis. 66, nb 8.

[1520] (Note de Groenewegen) Voir Ayres Pinhel dans ladite part. I, cap. 3, nb 17.

[1521] (Note de Groenewegen) Voir Ayres Pinhel sur ledit texte de C. 4, 44, 2, part. I, cap. 4, nb 12 avec les suivants ; Fachinæus, liv. II,, cap. 26. Mais voyez Mysinger, cent. 6, obs. 9 ; Niklaas Evraerts, *Consilia*, cons. 241 ; van Christijnen, vol. I, decis. 288, nb 6-7.

[1522] (Note de Groenewegen) Voir Ayres Pinhel sur ledit texte de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, part. I, cap. 1 ; Fachinæus, liv. VIII, cap. 36 ; Bronckhorst, cent. 2, assert. 12 ; *Codex Fabrianus*, liv. III, tit. 27, defin. 3.

[1523] (Note de Groenewegen) Voir Ayres Pinhel sur ledit texte de C. 4, 44, 2, part. I, cap. 3, nb 1 à 7.

[1524] (Note de Groenewegen) Voir les coutumes d'Anvers, tit. 60 *(Des plaintes)*, art. 23 ; Groenewegen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 44 *(De la rescision de la vente)*, 16. Cela a aussi été jugé par le Haut Conseil en Hollande, voir Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 75. Mais le contraire de cela a été différentes fois entendu par le Conseil de Frise, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 4, defin. 12. Voyez les jurisconsultes ici cités.

[1525] (Note de Groenewegen) Voir Covarruvias, *Resolutiones*, liv. II, cap. 4, nb 6 ; Menochio, *De arbitrariis judiciis*, cas. 144 ; Fachinæus, liv. II, cap. 19 ; Ayres Pinhel dans ladite part. I, cap. 2, nb 30 avec le suivant.

été recouvert d'argent, de l'argent n'a pas été mélangé ou fondu ; et c'est pourquoi celui qui achète une table de bois recouverte d'argent pour le l'argent se trompe tout à fait sur la matière."

Cependant, cette sentence de Cujas me semble plus subtile que solide, du fait ce qui est doré et recouvert d'argent est clairement de la même farine et, ni pour Ulpien, ni pour un quelconque législateur, il n'y a jamais eu une telle autorité qu'il ait pu détourner la nature des choses, à moins que nous ne supposions (retenez votre rire, mes amis !) que l'empereur Sigismond n'ait à bon droit statué que la Bible serait à l'avenir à l'origine du genre des Bibles. En outre, il faut observer que le législateur, dans ladite loi de D. 18, 1, 14 n'a pas statué quelque chose à l'encontre de la nature du juste et du bon ; car elle dit ici que, si l'on s'est trompé sur la matière, cela corrompt le contrat d'achat t de vente. Mais, pout illustrer cette très juste jurisprudence, il use d'un exemple moins mauvais, du moins conforme, et c'est pourquoi la question n'est pas de droit, mais de fait.

Cependant, Brunemann, sur cette loi, ajoute ici avec l'autorité de plusieurs interprètes que ce contrat, certes dans le cas exposé par Ulpien ne peut pas être annulé pour cette raison, ainsi cependant, de sorte que celui qui se trompe obtienne avec l'action sur le fondement de l'achat ce qui lui fait défaut avec cette erreur. Mais, bien que cette sentence ne s'écarte pas de l'équité, cependant, cette limitation des glossateurs qui enseignent qu'il faut ici examiner quel métal prévaudra ne doit pas être rejetée. C'est pourquoi, avec ce qui a été dit jusqu'ici, il est clair que, si de l'or a été vendu, mais le que l'acheteur le pense combien plus mauvais, il s'est trompé sur la qualité et, pour cette raison, dans ce cas, l'achat est valide selon D. 18, 1*(Du contrat d'achat, des pactes faits entre l'acheteur et le vendeur et les biensqui ne peuvent pas être vendus)*, 10.]

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

DCCCXCVI. Grotius a aussi enseigné dans les *Hollandsche consultatien*, part. III, 2e st., cons. 304, nb 1 et 2, que la transaction pouvait être annulée à raison d'une lésion énorme et, chez Bronckhorst, *'Εναντιοφανων*, cent. 2, assert. 58 à la fin, la Cour Suprême est réputée l'avoir jugé ; cependant, l'époque de cette décision est ignorée, voir *Rechtsgeleerde observatien*, art. I, obs. 100. Mais c'est à peine que cette doctrine est sauvegardée avec la raison du droit, à moins que l'usage du tribunal ne l'ait soumise, voir Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 2, tit. 5, nb 24, et lib. 18, tit. 5, nb 14 à la fin.Il est certes évident que la rescision a été refusée par la Cour Suprême, la condamnation volontaire ayant été confirmée le 13 septembre 1623, voir Cooren, *Observationes*, obs. 14.

DCCCXCVII. Si, dans l'assignation des biens faite aux enfants par le parent survivant, un préjudice a été commis envers le parent ou envers les créanciers, il leur est donné un secours par le biais d'une remise en leur état initial, voir les *Decisien en resolutien van cxen Hove van Holland*,decis. 106.

DCCCXCVIII. Ce que Grotius dit ici, [à savoir] qu'il n'y a pas lieu au remède dans toutes les affaires, avec Voet, lib. 18, tit. 5, nb 14, ne doit pas être étendu aux affaires de droit strict pour lesquelles il ne peut pas y avoir lieu à ce remède ; mais cela doit être entendu avec Grotius lui-même, dans son *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. XII, § XI.1, quant aux contrats d'échange.

DCCCXCIX. Contre les ventes publiques faites sur l'ordre du magistrat comme pour exécuter ce qui a été jugé, la Cour Suprême, voir chez Nieuwstadt, *Supremæ Curiæ decisiones*, decis. 75 et 128, a décidé qu'il n'y avait pas lieu au remède de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2 ; pour les autres qui ont été volontairement faites, certains ont pensé qu'il devait être admis, voyez Voet, lib. 18, tit. 5, nb 16 ; ce qui, bien que conforme au droit civil, me semble à peine certain dans nos usages, cf. van Leeuwen, *Censura forensis*, part. I, lib. 4, cap. 44, nb 3.]

§ 3. Nous avons dit *la moitié*, à savoir *de la valeur au moment du contrat* [1526], car le changement de valeur qui se produit après le contrat n'entre pas en considération [1527].

[1526] (Note de Groenewegen) Voir C. 4, 44, 8 ; D. 21, 2,13.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelia Evodia et donnée en 293 : *« Si, avec ta volonté, ton fils a vendu ton bien-fonds, le dol, à partir de la ruse et des pièces de l'acheteur doit être prouvé ou la crainte de la mort, ou la torture du corps qui menace, être découverte afin que la vente ne soit pas tenue pour confirmée. En effet, seulement ce qui, un à prix un peu moindre, tu signifies que le bien-fonds a été vendu, pour l'annulation de la vente, est invalide. À savoir que, si tu avais pensé la substance du contrat d'achat et de vente, et que l'acheteur, formant le vœu d'acheter à un prix plus bas et le*

[454] § 4. Cette remise en l'état initial sert le plus souvent au x mineurs ; car les mineurs, étant aussi moins préjudiciés, ont un droit de remise en l'état initial comme il a été dit ci-dessus [1528] ; cependant, le délai en étant écoulé, ils peuvent aussi se secourir avec cela [1529].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CM. Bien que la remise en l'état initial à partir d'une cause de minorité soit terminée dans les quatre ans, cependant, à raison d'une lésion énorme, tant au mineur qu'au majeur lésé, il est facilement approuvé à partir du droit romain qu'il est donné un secours jusqu'à trente ans et l'analogie de notre droit est confirmée, cf. la thèse DCCCLXXXI.]

§ 5. Cette remise en l'état initial est mise en œuvre comme les autres, par des lettres ou une demande en justice [1530]. Et, dans le cas où l'adversaire veut laisser aller l'entière obligation, ainsi, la remise en l'état initial est faite entièrement des deux côtés avec toutes ses conséquences [1531] et en outre aussi, avec une décharge des garants [1532], de même que dans la remise en l'état initial à partir d'un dol ou d'une crainte [1533].

[***Theses selectæ*** **de Dionisus Godefried van der Keessel**

CMI. À partir de la sentence plus vraie, certes, du droit romain, le remède de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2 est l'action sur le fondement du contrat elle-même ; mais, dans l'usage du tribunal, chez nous, il a triomphé qu'elle est employée par le moyen de la remise en l'état initial, voir Groenewgen, *De legibus abrogatis* sur C. 4, 44, 2.]

* *
*

---

vendeur, celui de vendre plus cher, accèdent à ce contrat et qu'à peine, après de nombreuses disputes, le vendeur, retirant peu à peu de ce qu'il réclamait, mais l'acheteur, en ajoutant à ce qu'il avait offert, à un certain prix, consentent, assurément, tu verras que la bonne foi qui protège la convention d'achat et de vente, ne souffre aucune raison d'accorder que soit annulé, à raison de ce consentement, le contrat terminé immédiatement ou après la contestation du montant du prix, à moins que moins de la moitié du juste prix qui existait au moment de la vente, n'ait été donnée, le choix déjà fourni à l'acheteur ayant été observé ».

Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : *« Proculus, à bon droit, pensait que l'évaluation de la qualité devait être faite quand est évincée la partie qui, au moment de la vente, existait et non lorsqu'elle est évincée ».*

[1527] (Note de Groenewegen) Voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. II, tit. 4, defin. 16.

[1528] (Note de Groenewegen) Voir dans le chapitre XLVIIII.

[1529] (Note de Groenewegen) Durant le délai commun d'un an, voir Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 4, defin. 11. Voyez les jurisconsultes ici cités.

[1530] (Note de Groenewegen) Voir l'instruction du Haut Conseil, art. 23 ; l'ampliation de l'instruction de la Cour de Hollande, art. 7. Voyez le formulaire des requêtes, p. 614.

[1531] (Note de Groenewegen) Voir là-dessus Covarruvias, *Variæ resolutiones*, II, cap. 3, nb 9 ; Fachinæus, liv. II, cap 23 et 24 ; Ayres Pinhel sur ledit texte de C. 4, 44, 2, part. II, cap. 3 et 4 ; Sande, *Decisiones Frisicæ* …, liv. III, tit. 4, defin. 12 à la fin et defin. 14 ; van Christijnen, *Decisiones*, vol. III, decis. 69, nb 6 ; Oddi dans son *Tractatus de restitutione in integrum*, quæst. 45, nb 28, 29 et 30.

[1532] (Note de Groenewegen) Voir en argument D. 2, 14, 62 ; Ayres Pinhel sur ledit texte de C. 4, 44 *(De l'annulation de la vente)*, 2, nb 43 et 44.

Extrait du livre I[er] sur l'*Édit du préteur* de Furius Anthianus : *« Si le débiteur, après qu'il a fait un pacte, de sorte que l'argent ne lui soit pas réclamé et que, pour cette raison, ce pacte a commencé à être valide pour le garant, a fait un pacte, de sorte qu'il soit permis de lui faire réclamation, on demande si la validité du premier pacte a été supprimée envers le garant. Mais il est plus vrai que l'exception de pacte, une fois acquise au garant, ne peut plus tard lui être ôtée des mains contre son gré ».*

[1533] (Note de Groenewegen) Voir D. 44, 1, 7 § 1.

Extrait du livre III *Sur Plautius* de Paul : *« 1 - Mais les exceptions attachées à un bien aussi, aux garants, se présentent, comme celle de chose jugée, de dol, de serment qui, à raison d'une crainte, a été faite. En conséquence, si le défendeur s'est accordé sur le bien, pour tout dire, l'exception se présente au garant. L'exception d'intercession aussi, ce qui est demandé pour charger la liberté, aussi, au garant, se présente. On le dit de même, si, en faveur d'une fille de famille, à l'encontre du sénatus-consulte, quelqu'un a donné garantie, ou en faveur d'un mineur de [moins de] vingt-cinq ans circonvenu ; s'il a été trompé sur le bien, alors, il n'a pas lui-même de secours avant qu'il ait été remis dans son état initial et, au garant, ne doit pas être donnée l'exception ».*